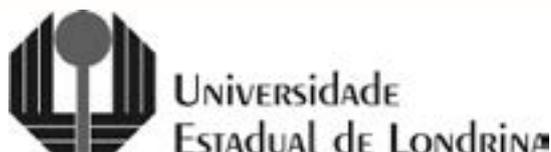




UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



Revista do
DIREITO PÚBLICO



REITOR

Prof. Dr. Sérgio Carlos de Carvalho

VICE-REITOR

Prof. Dr. Décio Sabbatini Barbosa

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfier

Diretora de Pós-Graduação: Prof.ª. Silvia Marcia Ferreira Meletti

Diretor de Pesquisa: Prof. Arthur Eumann Mesas

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretora: Prof.ª. D.ª. Tânia Lobo Muniz

Vice-Diretor: Prof. Daniel da Silva Barros

Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. Ms. Marília Salerno

Chefe do Departamento de Direito Público: Profa. Ms. Nélia Edna Miranda Batisti

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Vice-Coordenador: Prof.ª. Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina.

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Revista do Direito Público / Universidade Estadual de Londrina.

Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito

Público. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. –

Londrina: UEL, 2019-.v.3 ; 29 cm.

Quadrimestral.

Descrição baseada em: v. 14, n.3, set/dez. (2019).

ISSN: 1980-511X (online).

1. Direito Público – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina.

Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público.

Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial.

CDU 342

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos, cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada a fonte.

Indexada em: LivRe (Brasil), Doaj (Suécia), Latindex (México), SHERPA RoMEO (Inglaterra), Portal de Periódicos CAPES (Brasil), WorldCat (EUA), TULIPS-Linker (Japão), Aladin (EUA), New Jour (EUA), BASE(Alemanha).

Disponível nos catálogos digitais das bibliotecas: HKU Librarie (Hong Kong), Charles University (Rep. Checa), Gorky St. Petersburg State University (Rússia), Hebrew University of Jerusalem (Israel), Miami University Libraries (EUA), Yale University (EUA), Universidad Nacional Autónoma de México(México), Universidade do Porto(Portugal), University of Tsukuba (Japão).



Revista do
DIREITO PÚBLICO

ISSN 1980551-X

MESTRADO EM DIREITO
NEGOCIAL

DEPARTAMENTO DE
DIREITO PÚBLICO



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



ISSN 1980-511X (eletrônico)
Revista do Direito Público da UEL
Volume 14, número 3, dez. 2019

EDITORES RESPONSÁVEIS / EDITORS

Dr. Luiz Fernando Bellinetti
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Eduardo Reale Ferrari - Universidade de São Paulo (USP/SP)
Francisco Emílio Baleotti - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)
Irene Patrícia Nohara - Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM/MG)
Maria Auxiliadora Minahim - Universidade Federal da Bahia (UFBA/BA)
Tânia Lobo Muniz - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)
Thais Bernardes Maganhini - Universidade Federal de Rondônia (UNIR/RO)
Wilson Engelmann – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS)

PARECERISTAS AD HOC / REVIEWERS

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos
Anderson Vichinkeski Teixeira
André Felipe Soares de Arruda
Angelo Ricardo Christoffoli
Clarice Beatriz da Costa Sohngen
Daiane moura de Aguiar
Daniela Silva Fontoura de Barcellos
Eriberto Francisco Bevilaqua Marin
Erinaldo Ferreira do Carmo
Fernando César Costa Xavier
Flávia Pereira Hill
Giovanna Schiavon
Juliane Caravieri Martins
Marcelo Negri Soares
Rogerio Montai de Lima
Ronaldo Lindimar José Marton
Rubens Beçak
Sérgio Urquhart de Cademartori
Vanya Senegalia Morete Spagolla

Rio de Janeiro
Rio Grande do Sul
Goiás
Santa Catarina
Rio Grande do Sul
São Paulo
Rio de Janeiro
Goiás
Pernambuco
Roraima
Rio de Janeiro
Paraná
Minas Gerais
Rio de Janeiro
Rondônia
Brasília
São Paulo
Santa Catarina
Paraná

ASSESSORIA TÉCNICA
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

Alana Tiosso, Amanda Machado Sorgi, Bruna Faria, Gabriela Amorim Paviani, Laudicena Ribeiro, Natali Silvana Zwaretch, Luiz Gustavo Campana Martins, Raíssa Fabris de Souza e Vitor Gabriel Garnica.

SUMÁRIO | CONTENT

EDITORIAL.....	8
A IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELA SOLUÇÃO JUDICIAL DIALOGADA.....	11
THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES IN CONFLICT RESOLUTION <i>Eloy Pereira Lemos Junior e Aparecida Dutra de Barros Quadros</i>	
DIREITO À SAÚDE EM PORTUGAL: ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL E O DESENVOLVIMENTO DO SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE	35
RIGHT TO HEALTH IN PORTUGAL: A CONSTITUTIONAL FRAMEWORK AND THE DEVELOPMENT OF THE NATIONAL HEALTHCARE SYSTEM <i>Alexandre Morais Nunes e Rosa Raposeiro</i>	
RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DECORRENTE DO SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA	49
ENVIRONMENTAL CIVIL LIABILITY ARISING FROM THE PUBLIC SERVICE OF THE ELECTRICAL ENERGY SUPPLY <i>Marcos Vinicius Rodrigues e Elcio Nacur Rezende</i>	
REVISITANDO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM TEMPOS DE DESCONSTRUÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS (EDUCAÇÃO E TRABALHO): CONTRIBUTO DE GIOVANNI PICO DELLA MIRANDOLA	64
REVISITING THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON IN TIMES OF THE DEVELOPMENT OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS (EDUCATION AND LABOR): CONTRIBUTIONS OF GIOVANNI PICO DELLA MIRANDOLA <i>Juliane Caravieri Martins</i>	
CRÍTICA AO COMPLIANCE NA LEI BRASILEIRA DE ANTICORRUPÇÃO.....	87
COMPLIANCE'S CRITIC IN BRAZILIAN ANTI-CORRUPTION LAW <i>João Pedro Ceren e Valter Moura do Carmo</i>	
A RESTRIÇÃO DA IMUNIDADE PARLAMENTAR NA ADI 5526: UMA CRÍTICA AO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DA ANÁLISE DO VOTO DO MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO	110
THE RESTRICTION OF PARLIAMENTARY IMMUNITY IN THE ADI 5526: A CRITIQUE OF JUDICIAL REVIEW FROM THE ANALYSIS OF MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO VOTE <i>Claudio Ladeira de Oliveira e Marja Mangili Laurindo</i>	
CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA LEI DE ANISTIA Nº 6.683/79: DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE.....	131
CONVENTIONALITY CONTROL OF AMNESTY LAW Nº 6.683/79: RIGHT TO MEMORY AND TRUTH <i>Thaise Silva Rodrigues e Romulo Rhemo Palitot Braga e Ana Christina Soares Penazzi Coelho</i>	
RESGATE HISTÓRICO-FILOSÓFICO DOS CONCEITOS DE LIBERDADE: A CONSTRUÇÃO DA LIBERDADE COMUNICATIVA	150
HISTORICAL-PHILOSOPHICAL REVIEW ON THE CONCEPTS OF LIBERTY: CONSTRUCTION	

OF COMMUNICATIVE FREEDOM

Luiz Gustavo Campana Martins e Clodomiro José Bannwart Junior

RELAÇÕES DE CONSUMO E SERVIÇOS PÚBLICOS: A FIGURA DO ESTADO

CONSUMIDOR.....168

CONSUMER RELATIONS AND PUBLIC SERVICES: THE FIGURE OF THE STATE AS A CONSUMER

Caroline Belletti e Antônio Carlos Efig

A AMPLITUDE DO CONCEITO DE CIDADANIA PARA EFEITO DE PROPOSITURA DA AÇÃO POPULAR.....184

THE EXTENT OF THE CONCEPT OF CITIZENSHIP REGARDING THE USE OF POPULAR ACTION LAWSUITS

José Antônio Remedio e Gabriel Silva Aranjues

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO JURÍDICO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA MUNDIAL.....201

THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON IN CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL LAW: BUILDING A LEGAL CONCEPT IN THE LIGHT OF WORLD JURISPRUDENCE

João Pedro Minguete Goulart

DOS DELITOS E DAS PENAS204

ON CRIMES AND PUNISHMENT

Gilson Rodrigues da Silva

EDITORIAL

Apresentamos a nova edição da Revista do Direito Público.

Esta edição, nº. 3, do volume 14, é constituída por textos elaborados por autores de nosso estado, Paraná, e de todo o Brasil, com temas relacionados ao Estado Democrático de Direito e Políticas Públicas, Direitos Fundamentais, Direitos Humanos, Direito Civil, Direito Ambiental, Direito Constitucional, Compliance, Filosofia e Direito do Consumidor.

O estudo “*A implantação de Políticas Públicas pela solução judicial dialogada*”, possui como ponto de partida a necessidade de implementação de vias alternativas para a solução das controvérsias resultantes de colisões de Direitos e interesses fundamentais, de maneira a resultar na efetividade dos preceitos elencados pelo Estado Democrático do Direito. Neste interim, sob tal paradigma, a solução negociada dialogada se mostra satisfatória no que diz respeito a implementação de políticas públicas

Por sua vez, quanto aos Direitos Fundamentais, primordialmente o Direito à saúde, o artigo intitulado “*Direito à Saúde em Portugal: enquadramento constitucional e o desenvolvimento do serviço nacional de saúde*”, possui como escopo descrever, através da revisão da legislação publicada e da literatura especializada, o trajeto do Direito à Saúde em Portugal desde 1976 até aos dias de hoje, considerando as várias revisões constitucionais e o desenvolvimento do Serviço Nacional de Saúde (SNS) em tal país.

No campo do Direito Ambiental e Direito Civil, o artigo “*Responsabilidade Civil Ambiental decorrente do serviço público de fornecimento de energia elétrica*” realiza uma análise no que tange a responsabilidade civil e ambiental das empresas prestadoras de serviço público, em especial, as concessionárias de energia elétrica, de modo a considerar a energia como um direito de extrema imprescindibilidade.

Ainda no tocante aos Direitos Fundamentais e Humanos, o estudo nomeado de “*Revisitando a Dignidade da Pessoa Humana em tempos de desconstrução de Direitos Sociais fundamentais (educação e trabalho): contributo de Giovanni Pico Della Mirandola*” enfrenta o debate das crises do Estado Social no cenário brasileiro, precipuamente quanto a área da educação e do trabalho, cuja intensas subtrações ocasionaram em um desrespeito a dignidade da pessoa humana, elemento essencial para a concretização dos Direitos Fundamentais Sociais dos Cidadãos.

Nesse sentido, o trabalho faz menção à Giovanni Pico della Mirandola, o qual desenvolveu a ideia de que o homem pode ascender na cadeia das criaturas pelo exercício de suas capacidades intelectuais, fato tido como a garantia da dignidade da existência humana na vida terrestre.

Por sua vez, no âmbito do Compliance, o artigo *“Crítica ao Compliance na Lei Brasileira de Anticorrupção”* propõe avaliar a maneira pela qual tal dispositivo foi inserido na realidade brasileira, a partir do advento da Lei nº 12.846 de 2013, conhecida popularmente como Lei Anticorrupção, de modo a tecer críticas quanto ao instituto do Compliance, por meio da interpretação e da comparação com a realidade internacional

Com pauta no Direito Constitucional, o artigo *“A Restrição da Imunidade Parlamentar na ADI 5526: uma crítica ao controle judicial de constitucionalidade a partir da análise do voto do Min. Luís Roberto Barroso”*, constrói uma análise crítica do voto do Ministro Luís Roberto Barroso na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5526, que versou sobre se o alcance das medidas cautelares diferentes de prisão, quando aplicadas aos congressistas, seriam passíveis de revisão pelo Poder Legislativo - tal e qual ocorre com a prisão em flagrante. De forma a ponderar acerca dos limites do controle judicial de constitucionalidade e legitimidade política jurisdicional do controle de constitucionalidade exercido pelo Ministro mencionado.

Também com pauta no Direito Constitucional, o artigo *“Controle de Convencionalidade da Lei de Anistia nº 6.683/79: Direito à memória e à verdade”*, aborda a importância do controle de convencionalidade para a preservação da unidade do sistema jurídico brasileiro e para o controle de validade dos atos normativos internos com respeito aos Direitos Humanos. De feita a ser investigada a Lei de Anistia nº 6.683/79, a qual vem servindo de obstáculo para a investigação dos fatos e para a identificação e punição dos responsáveis pelas atrocidades ocorridas durante a fase do regime militar no país.

No tocante a Filosofia, o trabalho intitulado *“Resgate Histórico-filosófico dos Conceitos de Liberdade: a construção da liberdade comunicativa”* possui como escopo discutir a ressignificação do conceito de liberdade à luz da teoria comunicativa de Jürgen Habermas. O problema enfrentado consiste que a liberdade, enquanto reflexo do paradigma liberal, não mais atende às necessidades das sociedades contemporâneas, e, enquanto conceito reconstruído pelo republicanismo, não se mostra efetiva para garantir a proteção e a autonomia dos sujeitos individuais.

Por seu turno, o estudo *“Relações de Consumo e Serviços Públicos: a figura do Estado consumidor”*, de viés Constitucional, mas também sob a ótica do Direito do Consumidor, apresenta o conceito de serviços públicos, de consumidor e de fornecedor, com o fito de defender a possibilidade de aplicação do diploma consumerista na prestação dos serviços públicos, assumindo o Estado o papel de consumidor.

Por fim, também sob o prisma do Direito Constitucional, a pesquisa *“A amplitude do conceito de cidadania para efeito de propositura da ação popular”* discorre sobre a concepção de cidadania, a qual na atualidade deve ser encarada com um feitiço mais abrangente não só os Direitos Políticos, mas também os Direitos Sociais e Cívicos, motivo por que o termo cidadão, para fins de ajuizamento da ação popular, deve ser

amplo, não se limitando aos contornos estabelecidos pela Lei 4.717/65.

Nesta edição, a revista conta ainda com duas resenhas. A primeira examina a obra *“A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial”*, de Luís Roberto Barroso. E a segunda, trata da obra *“Dos delitos e das penas”* de Cesare Beccaria.

Esperamos que apreciem a leitura de nosso terceiro volume deste ano e que as pesquisas divulgadas aqui fomentem novos estudos.

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

A IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELA SOLUÇÃO JUDICIAL DIALOGADA

THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES IN CONFLICT
RESOLUTION

Eloy Pereira Lemos Junior*
Aparecida Dutra de Barros Quadros**

* Doutor em Direito Empresarial pela UFMG, Mestre e Especialista em Direito; Professor Universitário do Mestrado e da Graduação em Direito da Universidade de Itaúna (UIT), da graduação FUPAC; ex-bolsista CAPES e atual do FUNDEP/UFMG; Coordenador do Projeto Cidade Alteridade em Itaúna; e Advogado.

E-mail: eloy.junior@uol.com.br

** Mestranda do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito – Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna/MG. Graduada em Direito. Especialista em Direito Público, Direito Civil e Direito Registral e Notarial.

E-mail: aparecidaquadros@hotmail.com

Como citar: LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; QUADROS, Aparecida Dutra de Barros. A implantação de políticas públicas pela solução judicial dialogada. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 11-34, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p. 11. ISSN: 1980-511X

Resumo: As decisões judiciais para cumprimento de Políticas Públicas consubstanciadas em obrigações de fazer não encontra efetividade na execução forçada. O Estado Democrático de Direito requer vias alternativas para a solução das controvérsias resultantes de colisões de direitos e interesses fundamentais. A ebulição de necessidades de 2ª e 3ª dimensões que clamam pela via das tutelas coletivas requer ações prestacionais eficientes. A solução negociada dialogada para implementação de políticas públicas se afigura possível em face das normas fundamentais e de aplicação do direito processual constitucional reordenado com os valores e princípios estabelecidos no ordenamento jurídico. A metodologia empregada na elaboração do presente artigo foi dedutivo-hipotética por meio da pesquisa teórico-bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Controle jurisdicional. Direitos fundamentais. Políticas públicas. Vias alternativas. Solução judicial negociada.

Abstract: Judicial decisions complying with Public Policies are inefficient as they are not currently enforceable obligations. Furthermore, the democratic rule of law requires alternative ways of conflict resolution resulting from the many collisions of fundamental human rights and interests. Both 2nd and 3rd dimensions call for collective tutelage, which, essentially, requires efficient government

action. Nonetheless, dispute resolution should implement public policies considering fundamental norms and the application of constitutional procedural law with the values and principles already established in Brazil's legal order. This paper's methodology utilized the deductive-hypothetical with theoretical-bibliographic literature review.

Keywords: Jurisdictional control. Fundamental rights. Public policy. Alternative routes. Legal settlement.

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito se acha caracterizado pelo conjunto de princípios e regras irradiantes da Constituição e, uma vez entendido como integridade, comporta um sentido amplo sendo um dos instrumentos essenciais para o exercício do Poder e legitimação das funções estatais.

Buscando a conceituação de Poder esse pode ser traduzida na relação de conformação, legitimidade e controle entre aqueles que o detêm e aqueles que são os seus destinatários, sendo que essa relação tem bases políticas, sociais, culturais, religiosas e econômicas. Destarte, o Estado é o exercício do poder político legitimado por essa relação e centrado nos aspectos jurídicos que conformam sua atuação com vistas a garantir liberdade e proteção dos direitos aos destinatários.

Por essa compreensão tem-se o Poder exercido legitimamente por meio dos organismos estatais, os quais se valem do Processo, que uma vez estruturado como instrumento jurídico constitucional se apresenta como veículo de transformação da realidade social e, estará presente nas diversas funções do Estado a fim de possibilitar a efetiva tutela de proteção e fomento de direitos.

É necessário ressaltar que na concretização de direitos fundamentais frente às tensões entre as normas constitucionais, o Estado na execução das atividades administrativas de implantação de meios para atingir os fins públicos estabelecido pelo legislador, por vezes se vê envolvido em conflitos em face dos preceitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas, levando então o Judiciário a atuar no controle e fiscalização da implantação das promessas constitucionais.

No Direito Democrático Contemporâneo, sob a perspectiva do Direito Processual Constitucional, a jurisdição deve ser entendida como possibilidade de inserir o sujeito no sistema de direitos. Dessa forma o processo como defesa e garantia de direitos materializado pelo acesso à justiça se acha reordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), passando desta forma a ser imperioso a realização do processo plurilateral, negociado e com a participação ativa e dialogada dos interessados e do órgão jurisdicional.

O Devido Processo Constitucional oferece os instrumentos jurídicos necessários para o cumprimento da sua tarefa e ao mesmo tempo fornece os meios convenientes para a solução das tensões geradas pelos conflitos entre princípios colidentes diante de políticas públicas não implantadas ou mesmo ineficientes.

Com essas considerações objetiva-se por intermédio da presente pesquisa discorrer sobre a via alternativa do processo judicial enquanto ressignificado pelo Direito Processual Constitucionalizado, que se desponta como instrumento eficaz para a garantia da supremacia da Constituição na proteção de direitos fundamentais. Dessa forma busca-se a efetivação de uma cultura da solução consensual de conflitos, vez que a força irradiante da Constituição requer os ditames do bom senso, da consensualidade e da negociabilidade entre as partes, pugnando pela participação dialogada, flexibilização das amarras processuais e das técnicas administrativas,

podendo ser ajustado às especificidades da causa, convencionando-se sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Nesse contexto, sob a premissa de que o direito de ação enquanto instrumento de defesa e garantia de direitos previsto no capítulo de Direitos Fundamentais da Constituição é mais amplo e requer também uma nova leitura por meio do devido processo constitucional, procura-se demonstrar que a execução judicial forçada não é o único caminho para a prestação da jurisdição. Contudo não se pode prescindir das normas fundamentais do processo pautado pelos princípios de reordenação e interpretação dos valores constitucionais.

Assim, com o propósito de responder ao problema apresentado, a presente pesquisa subdivide-se em quatro partes, além da introdução e considerações finais: a) o primeiro capítulo, em que se busca compreender a dupla dimensão dos direitos fundamentais e sua eficácia nas relações jurídicas; b) no segundo, em que se discute a centralidade protagonizada pelo Judiciário; c) nesse terceiro capítulo aborda-se as vias alternativas para defesa e proteção dos direitos fundamentais; d) no quarto capítulo procura-se demonstrar a possibilidade da implantação da solução judicial dialogada para o cumprimento de decisões concernentes em obrigações da fazer contra a Fazenda Pública.

Trata-se de uma pesquisa de caráter descritivo pela qual busca-se realizar um estudo bibliográfico e documental sobre o Processo ressignificado e as alternativas para a resolução consensual de conflitos no âmbito judicial com competência para realização de acordos, transações, flexibilizações de prazos, definição de calendários de cumprimentos das obrigações e a participação ativa no planejamento e execução da política pública requerida em juízo, cuja prestação jurisdicional irá pautar pela boa-fé, colaboração, cooperação e lealdade entre as partes no processo, visto que no Estado Democrático de Direito está a pessoa humana em seus direitos e deveres a ocupar a centralidade do ordenamento, sendo esse o norte das finalidades estatais.

A pesquisa empreenderá uma investigação propositiva, visto que objetiva apresentar propostas para o debate científico visando discutir soluções judiciais negociadas como via alternativa para garantia e proteção dos direitos fundamentais exercido por meio do controle judicial de políticas públicas.

1 A DUPLA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Brasil experimenta situações paradoxais, iniciando pela passagem do Estado Liberal para o Estado Social na luta por direitos e a evolução de suas conquistas, na qual na fase do liberalismo exigia-se uma atuação negativa da administração com foco na preservação de direitos e contenção dos poderes visando a redução da influência estatal na vida dos indivíduos.

O Estado Liberal, nos pilares do iluminismo e da idade moderna, firmou um modelo para garantia da liberdade do exercício dos direitos civis e políticos em contraposição ao Estado Absolutista que imperava na idade média, definindo nessa órbita a autonomia individual com o protagonismo do direito privado, onde não se aceitava a interferência estatal e exigia-se a subsunção

do poder público ao império da lei, inaugurando assim a conquista de direitos de 1ª dimensão.

Na evolução dos direitos humanos, sendo esses históricos e universais, mas não definitivos, demandou-se a luta pelos direitos de segunda geração em face da necessidade de atendimento prestacional por parte do Estado, cujo destinatário do poder requeria maior atenção para a redução das desigualdades materiais entre os indivíduos diante do descompasso do capitalismo e, dessa forma, se viu o agigantamento da função executiva e a hipertrofia do Estado-Administração, caracterizando o Estado Social, no qual figurava o cidadão-cliente com predomínio da Administração sobre a Política e destaque do direito público sobre o direito privado.

Com a busca e ampliação dos direitos humanos assistiu-se o fenômeno do constitucionalismo, em especial no pós grandes guerras mundiais, onde no século XX pode-se destacar a Constituição do México em 1917 e a Constituição da Alemanha de 1919 em Weimar (PINHEIRO, 2006), nas quais positivou-se os direitos fundamentais e cujos documentos normativos inspiraram diversos Organismos Estatais a elaborarem seus textos constitucionais a exemplo do Estado Brasileiro, e, na sequência emergiram necessidades de proteção dos direitos fundamentais e a manutenção da vida na Terra passou a ser centro das discussões jurídicas ao que se denominou direitos de terceira dimensão ou geração.

Em face a ebulição natural de uma sociedade em evolução surge o neoconstitucionalismo pelo qual se reconhece a superioridade do texto constitucional e a eficácia irradiante dos parâmetros constitucionais na concretização das premissas de justiça social e construção de uma sociedade livre e solidária.

Nesse descortino rompe-se com o Estado de Direito do positivismo e volta-se para o Estado Democrático de Direito em uma versão pós-positivista, onde as prescrições constitucionais passam a possuir normatividade consubstanciada em regras ou princípios irradiantes e com força conformadora.

Os direitos fundamentais, com o fenômeno do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, passaram a experimentar uma ampliação dual de sua efetividade, pois ao mesmo tempo em que são possuidores de eficácia em uma dimensão proibitiva, voltada para o legislador a fim de que se abstenha de editar leis violadoras de direitos fundamentais, também experimentam uma dimensão positiva, de forma que esse mesmo legislador implemente os direitos fundamentais; porém agora com a superação da *summadvivisio* clássica de direito público e direito privado e a efetivação da nova *summadvivisio* constitucionalizada de direito coletivo e direito individual (ALMEIDA, 2008), emergindo, portanto a dimensão coletiva dos metainteresses ou direitos fundamentais que passa a figurar ao lado dos direitos ou interesses individuais.

Sobre direitos transindividuais e direitos individuais é oportuno trazer as especificidades que revelam cada qual, onde na categoria de direitos coletivos *latu sensu* situam-se os direitos ou interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis. Já os direitos individuais propriamente ditos são os tutelados pelas vias comuns individuais e protegem os direitos e interesses individualmente considerados.

Os direitos ou interesses difusos são trans-meta-supra individuais, isto é, aqueles que

abrangem um número indeterminado de pessoas, não têm como titular um único indivíduo, vez que os titulares são indeterminados ou indetermináveis, mas ligadas por uma situação de fato a exemplo de um dano ambiental, portanto não há uma relação jurídica entre os envolvidos. Contudo o direito difuso é indivisível e não pode ser fracionado, pois como lesados encontra-toda a coletividade e mesmo que possam ser indicados, porque são finitos, a sua individualização é trabalhosa e despropositada e que em nada altera a situação fática.

Os interesses ou direitos coletivos são também transindividuais, mas representados por uma coletividade e, portanto, indivisíveis, pois todos daquele grupo, classe ou categoria suportam os mesmos efeitos. Ademais essa coletividade é representada por pessoas que estão ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e não é o sujeito individualmente considerado, mas sim o grupo de sujeitos que *a priori* eram indeterminados, mas que são determináveis, sendo então individualizados os sujeitos lesados a exemplo do grupo de pessoas encarceradas vulnerabilizadas pela ausência de condições dignas de ser humano.

Já nos direitos individuais homogêneos o titular não é a coletividade ou uma comunidade, mas o direito é dos indivíduos e não é indivisível, pois que é decomponível entre cada um, mas em razão da origem comum, fática ou jurídica são acidentalmente coletivos, a exemplo dos direitos do consumidor, como se depreende do artigo 81, parágrafo único, inciso III da Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).¹

Nesse entendimento é a lição de Teori Albino Zavascki:

Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional coletiva, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da homogeneidade supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados. Há, é certo, nessa compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente desses (que são indivisíveis e seus titulares são indeterminados), a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos não é somente dos sujeitos (que são indivíduos determinados), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria. [...] Quando se fala, pois, em “defesa coletiva” ou em “tutela coletiva” de direitos homogêneos, o que se está qualificado como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa (ZAVASCKI, 2017, p. 40).

Os direitos individuais indisponíveis, por sua vez, são aqueles em que o interesse é individual e que podem ter até mesmo um único sujeito titular do direito material lesado, mas diante da sua hipossuficiência, ou hipervulnerabilidade, o Ministério Público se vê legitimado a

¹ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

ingressar em juízo com os instrumentos do microsistema coletivo com vistas ao acesso imediato desse indivíduo a direitos fundamentais relacionados com o mínimo existencial para a manutenção da dignidade humana, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, art. 201, V (BRASIL, 1990)² e o Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741, artigo 74, I (BRASIL, 2003).³

Sobre o fenômeno da irradiação dos direitos fundamentais coletivos e individuais, objetivando-se a eficácia plena das normas constitucionais, ainda que não exista normas infraconstitucionais são essas as lições de Luiz Roberto Barroso:

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior (BARROSO, 2007, p. 20-21).

Com o fenômeno da constitucionalização do direito irradiando princípios e valores consagrados na Carta Constitucional para todos os ramos do saber, elevou-se a dignidade humana ao status de fundamento republicano e se conferiu à pessoa humana a centralidade do ordenamento devendo todas as normas infra legais zelar pela sua defesa e proteção.

Dessa forma essa é a premissa do Estado Democrático de Direito Contemporâneo, que tem a Constituição como sua base hermenêutica e integradora, e justifica a releitura de todo o ordenamento com as lentes focadas à proteção do ser humano e defesa dos direitos fundamentais.

É inegável a relevância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito Contemporâneo, e sustentar a ineficácia é relegar a força normativa e irradiante das normas constitucionais. Portanto, uma vez reconhecido que são eles aplicáveis nas relações jurídicas de direito coletivo e de direito individual pela concepção dual dos direitos fundamentais, podendo-se afirmar que a visão dicotômica entre as esferas de direito público e de direito privado, não mais se coaduna com os valores democráticos de uma sociedade em evolução, visto que no constitucionalismo contemporâneo não há duas ordens jurídicas, mas tão somente uma única com dupla dimensão e que tem como norte a supremacia dos direitos fundamentais coletivos e individuais.

Destarte, a relação entre a administração e o particular não mais podem ser vistas como subordinação do interesse privado ao interesse público, pois o Estado-Administração ou o Estado-

2 Art. 201. Compete ao Ministério Público: V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal.

3 Art. 74. Compete ao Ministério Público: I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso.

Juiz que intervém na vida do cidadão deve rechaçar qualquer invocação genérica da preponderância do interesse público em sobreposição ao ser humano em sua dignidade e centralidade do ordenamento jurídico.

2 A CENTRALIDADE PROTAGONIZADA PELO JUDICIÁRIO

Sob o pálio da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) o Direito Brasileiro experimenta uma mutação em seu ordenamento e também no exercício da jurisdição, reconhecendo-se a força normativa de princípios com alta carga axiológica ao que se denominou de neoconstitucionalismo, conforme fora explicitado no tópico anterior, fato esse que coloca o judiciário na centralidade desse poder.

Destarte, pela CRFB de 1988, de onde se extrai direitos fundamentais de diversas dimensões e, frise-se, aos quais se conferiu aplicabilidade imediata como estabelece o seu art. 5º §1º, somado ao fortalecimento do Judiciário ao se consagrar a inafastabilidade da tutela judicial no mesmo artigo em seu inciso XXXV (BRASIL, 1988), privilegiou as decisões principiológicas e, portanto são judicializadas questões que não foram resolvidas pelo Poder Legislativo ou o foram de forma ineficiente, mas o certo é que grandes questões políticas, sociais, morais, econômicas, públicas ou privadas estão sendo decididas perante o Poder Judiciário e por isso tem-se que a judicialização é um fato.

Diante desse crescente acesso ao judiciário na busca da efetivação dos direitos fundamentais, para complementação ao debate destaca-se ainda o ativismo judicial, compreendendo-se esse como atitude do Poder Judiciário associada à participação ampla na implementação dos direitos fundamentais e que se contrapõe a autocontenção judicial. Contudo o acesso e a satisfação têm que ser proporcional ao limite existente e real, sob pena de se tornar insustentável, pois adverte Clayton Maranhão:

Assim, calha mencionar que correlativamente à era dos direitos mencionada por Norberto Bobbio, seguramente há um estado de perplexidade doutrinária e jurisprudencial concernente a um estado de insaciabilidade desses mesmos direitos, o que deve ser ponderado em tema de justiciabilidade das posições fundamentais no direito brasileiro[...] (MARANHÃO, 2010, p. 167).

O ativismo judicial é a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição por meio de expansão dos seus sentidos e do seu alcance. Trata-se de uma atitude mais intensa e expansiva do judiciário na concretização dos valores e dos fins constitucionais em face da forte densidade semântica dos princípios.

Ocorre que o Poder Judiciário, então ocupante da centralidade das funções estatais, em oposição à autocontenção judicial que se caracteriza como uma atitude mais conservadora, invade por vezes as esferas do Poder Executivo e do Poder Legislativo se projetando no cenário jurídico, político e administrativo em detrimento à especialização das funções do Estado, acarretando assim

um processo autofágico dos poderes estatais.

José Luiz Bolzan de Moraes assevera que a Constituição, enquanto documento jurídico-político, é um instrumento de segurança e legitimidade social, mas adverte que nos vemos em uma crise institucional sob a fórmula do neoconstitucionalismo e que repercute na própria funcionalidade do Estado onde assistimos a uma disputa intestina de poder e em cujo embate a centralidade é assumida pela função jurisdicional em afronta à separação e harmonia das funções estatais (MORAIS, 2011, p. 56).

Nessa perspectiva a Judicialização como fato e, na expressão cunhada por Moraes e Brum, seu irmão siamês o ativismo judicial (MORAIS; BRUM, 2016, p. 65), podem contribuir para a evolução democrática das relações jurídicas por meio da interpretação do dinamismo da mutação social, pois seja via legislativa, judicial ou por meio da própria Administração Pública, novos contornos devem e precisam ser adotados para se amoldar a lei à vida, essa é a lógica inevitável da evolução da conquista dos direitos humanos.

2.1 Os Filtros e a Inafastabilidade Do Acesso À Justiça

A terminologia acesso à justiça é usualmente empregada como a finalidade básica do sistema jurídico pelo qual o cidadão possa reivindicar seus direitos e resolver os conflitos mediante a intervenção do Estado, mas também se traduz no funcionamento de um sistema acessível a todos, pelo qual se busca o acesso ao direito e não somente acesso judiciário, podendo ser então firmado como um direito fundamental que deve ser garantido pelas funções estatais na busca de se promover a igualdade material e jurídica.

Nessa ordem Sérgio Shimura (2007) assim se expressa:

A previsão abstrata de direitos substanciais fundamentais perde muito de seu sentido se não tiver ao seu dispor instrumentos eficazes de materializá-los em sua plenitude. Daí a imperiosa necessidade de se buscar o verdadeiro sentido da expressão “acesso à Justiça”, sempre tendo com o norte o provimento jurisdicional mais próximo e rente possível daquela situação prevista no ordenamento (SHIMURA, 2007, p. 345).

A busca da igualdade e o equilíbrio entre a demanda e a prestação de serviço é o ponto central para a satisfação e efetividade na execução da atividade administrativa diante das promessas constitucionais do Estado do bem-estar social, pelo que é recorrente o surgimento de conflitos em decorrência das relações jurídicas travadas no cotidiano entre os Órgãos e Entidades da Administração e os administrados.

Nessa senda, para concretização de direitos fundamentais o Poder Judiciário é chamado a se pronunciar e assim se agiganta em busca de respostas rápidas a todos os conflitos. Entretanto, o acesso absoluto e irrestrito ao Judiciário diante da judicialização da política, da saúde, da vida privada e das mais diversas e variadas contendas diárias individuais, coletivas ou difusas, seja no

âmbito social, econômico e até religioso acaba por prejudicar a execução da atividade jurisdicional, embora não se possa afirmar que essa é a única razão para o estrangulamento da capacidade da função judicial, mas é certo ser um obstáculo à a duração razoável do processo e a efetividade das decisões provocando, dessa forma, a disfuncionalidade do sistema de acesso à garantia de direitos fundamentais.

É certo que diante das especificidades cotidianas de uma sociedade metamorfoseante é preciso reposicionar o fenômeno jurídico e político neste cenário de novas exigências para o desenvolvimento humano, econômico e social, pois diante do crescimento das demandas judiciais é cada dia mais frequente os discursos de reforma do judiciário para adoção de filtros judiciais em face da inviabilização quantitativa e qualitativa de responder ao incessante ingresso de demandas, podendo ser citados as reformas de procedimentos judiciais e as alternativas de solução extrajudicial, as quais muitas delas eficientes e adequadas, mas ainda a efetividade é reduzida diante da crise de sustentabilidade do sistema.

Entre as alternativas que surgem no cenário jurídico figura-se a criação dos Juizados Especiais pelas leis nº 9.099 (BRASIL, 1995), nº 10.259 (BRASIL, 2001) e nº 12.153 (BRASIL, 2009), a prévia conciliação judicial prevista pela Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2010) com a criação de núcleos de conciliação e agora com a exigência da audiência prévia de conciliação conforme determina o artigo 334 da Lei nº 13.105 (BRASIL, 2015a), destacando-se ainda diversos institutos de extrajudicialização a exemplo da usucapião administrativa, a consolidação da propriedade na alienação fiduciária e a retificação de área de propriedade, ambos de bens imóveis entre outros.

Outro importante instituto da desjudicialização é a arbitragem regulada pela Lei nº 9.307 (BRASIL, 1996), alterada pela Lei nº 13.129 (BRASIL, 2015b), tratando-se de uma solução alternativa, mas de pouca cultura no meio social na utilização desse método, restando em geral adstrito a discussões econômicas e patrimoniais de grande vulto e notadamente entre empresas.

A Lei nº 13.140 (BRASIL, 2015c) alterando a Lei nº 9.307 de Mediação e Arbitragem (BRASIL, 1996) contemplou a possibilidade da utilização desse instituto nos conflitos envolvendo a Administração Pública Direta e Indireta de quaisquer poderes, pelo qual discute-se então a possibilidade, por meio das Câmaras de Prevenção e Resolução de Conflitos, de serem regulamentadas no âmbito das administrações públicas permitir aos interessados a discussão prévia de matérias objeto de conflito em outra esfera que não o Judiciário.

Como se verifica, tentativas de soluções parecem viáveis diante desse principal problema do Judiciário e os institutos de desjudicialização vêm sendo trabalhado pelas vias legislativas e administrativas, tudo com o escopo de atender os objetivos fundamentais da preconizados na Carta Republica de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (BRASIL, 1988, art. 3º).

2.2 O Devido Processo Legal Constitucional

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem como direito fundamental

para a proteção e efetivação dos direitos o acesso irrestrito à justiça, conferindo constitucionalidade às ações na esfera individual e também coletiva, pelo que a exigência de efetividade dos direitos se traduz como norma de aplicação imediata a fim de garantir a proteção dos direitos fundamentais, devendo, portanto, o processo jurisdicional ser o instrumento de transformação da realidade social mediante as ações concretas que o intérprete legitimado vier a adotar.

Nota-se que os direitos fundamentais positivados no texto constitucional, e a sua proteção, devem ser trabalhados a partir de um novo conceito ressignificado de liberdade positiva e exigem não somente ações prestacionais do Estado para atendimento das promessas constitucionais no tocante aos direitos sociais, mas coloca o cidadão na condição de titular e destinatário do poder o que requer, portanto, observância da defesa e garantias de direitos fundamentais por parte de todas as esferas de poder estatal.

Diante da eficácia irradiante da normatividade constitucional o exercício do poder antes autoritário e centrado na Supremacia da Administração passa a legitimar-se nas democracias fundadas no poder genuíno do cidadão como titular desse poder, firmando a constitucionalização do Direito sob a perspectiva do devido processo constitucional.

A construção judicial do direito por meio do Processo é um compromisso entre a estabilidade e a evolução e, portanto, a função do processo deve ser instrumento de mudança da qual resulte segurança na realização dos interesses envolvidos.

A Teoria Geral do Processo é considerada como exposição de conceitos, instituições e princípios comuns aos distintos ramos do processo, sendo que a Constituição determina muitos dos institutos básicos do processo, restando estreitas as ligações entre a Constituição e o Processo, pelo que os direitos fundamentais vêm sendo usados recorrentemente na jurisprudência e doutrina.

Nesse contexto, e partindo-se da premissa de que o direito de ação enquanto instrumento de defesa e garantia de direitos previsto no capítulo de Direitos Fundamentais da Constituição é mais amplo e requer também uma nova leitura por meio da processualidade alargada, pode-se afirmar que não se pode prescindir do devido processo constitucional.

A terminologia acesso à justiça é usualmente empregada como a finalidade básica do sistema jurídico pelo qual o cidadão possa reivindicar seus direitos e resolver os conflitos mediante a intervenção do Estado, mas também se traduz no funcionamento de um sistema acessível a todos e ao final pode ser firmado como um direito fundamental o qual deve ser garantido pelas funções estatais na busca de se promover a igualdade material e jurídica mediante resultados justos.

Leonardo Carneiro da Cunha nos lembra:

Uma das maiores preocupações da doutrina é com a diminuição do tempo do processo e, de resto, com a efetividade processual. Já se constituiu jargão afirmar que *justiça tardia não é justiça*. Quando o texto constitucional assegura o livre acesso à justiça, está a garantir uma prestação jurisdicional efetiva e tempestiva, sem desgaste resultante das mazelas de uma insuportável demora na entrega da tutela jurisdicional [...] (CUNHA, 2012, p. 254).

Nesse sentido a busca da igualdade e o equilíbrio entre a demanda, a prestação de serviço e a duração razoável do processo é o ponto central para a satisfação e efetividade na execução das atividades estatais diante das promessas constitucionais do Estado do bem-estar social.

A Constituição, no artigo 1º, inciso III assegura a dignidade da pessoa humana e no artigo 5º, inciso XXXV (BRASIL, 1988) assegura que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito. Nessa senda, e em atendimento aos valores e princípios constitucionais, o artigo 1º da Lei nº 13.105 – Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a) determina que o processo será ordenado, disciplinado e interpretado conforme normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal de 1988.

Assim é que a legislação processual assegura inafastabilidade da tutela jurisdicional em seus art. 2º e 3º; o direito à solução integral do mérito, incluindo a atividade satisfativa em um prazo razoável conforme o art. 4º; o desenvolvimento do processo consoante a boa-fé e a cooperação processual previstos nos art. 5º e 6º; a equidade processual zelando pelo contraditório com paridade de armas na conformidade do art. 7º; a atenção aos postulados da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e a eficiência contidos no art. 8º; do contraditório amplo e da proibição surpresa estatuídos pelos art. 9º e 10 e que o processo seja resolvido mediante decisões fundamentadas na forma do art. 11, todos do Código de Processo Civil de 2015.

Nessa ordem o acesso à justiça ressignificado representa muito mais que a inafastabilidade jurisdicional prevista no artigo 5º XXXV da CRFB (BRASIL, 1988), mas materializa-se pela adequação do processo ao direito material, pela simplificação de formas e procedimentos, pela duração razoável do processo sem dilações indevidas e a racionalidade do sistema recursal, como também a valorização das ações coletivas e decisões individuais e socialmente justas.

3 VIAS ALTERNATIVAS PARA A DEFESA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pelas vias alternativas pode-se destacar como mencionado anteriormente a Arbitragem, a Mediação e a Conciliação, tratando-se, a primeira, de um método de jurisdição privada composto de técnicas de solução de conflitos no qual as partes consentem que o litígio seja resolvido por terceira pessoa, em regra de confiança e escolhida pelos próprios envolvidos, cuja normatividade acha-se estabelecida na Lei nº 9.307 (BRASIL, 1996) alterada pela Lei nº 13.129 (BRASIL, 2015b).

Nos artigos 165 a 175 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a) encontra-se previsto os institutos da mediação e conciliação, havendo nesse processo um terceiro intermediário com o fim de conduzir ou facilitar o diálogo entre as partes em busca da autocomposição consensual.

A diferença reside em que na arbitragem estaremos diante de uma forma de heterocomposição do conflito, onde será o terceiro a decidir o litígio. Já conciliação e mediação serão as próprias partes que chegarão ao consenso, sendo que o conciliador atua preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e propõe soluções. Na mediação ocorrerá nos casos em que já houver vínculo entre os envolvidos, mas não propõe nenhuma

solução, apenas auxilia os interessados a compreender o conflito para que eles mesmos possam restabelecer a comunicação e cheguem à soluções viáveis para ambas as partes.

3.1 Vias Alternativas Para A Implantação De Políticas Públicas

Na mudança do Estado Absolutista para o Estado de Direito figurou o império da lei para a organização das atividades estatais sob o julgo da legalidade. Contudo em face da ressignificação do princípio da legalidade, que se viu convertida em juridicidade, o legislador continuou a criar leis. Porém esteve centrado em fixação dos fins e objetivos do Estado, passando o Executivo à implantação de meios, ficando encarregado da programação e planejamento para a concretização das finalidades traçadas no âmbito legislativo, ao que se nomina como políticas públicas e ao Judiciário reservado está o controle da implementação dessas políticas.

Portanto, compreendendo políticas públicas como programas de ações governamentais com vistas à efetivação dos direitos fundamentais trazidos como princípios ou diretrizes constitucionais, pode-se afirmar que a inércia do Estado considerado em suas distintas funções estatais é violação do poder-dever estatal que subtrai direitos subjetivos do cidadão.

Luciana Gaspar Melquíades Duarte trazendo o conceito de política e função pública ensina:

Função política do Estado consiste na atividade atribuída a órgãos instituídos constitucionalmente para concretizar os valores maiores da nação e permitir a vida em comunidade. Tem por escopo preservar a sociedade política e promover o bem comum, através de determinação, mediante a interpretação de normas constitucionais, do que é o interesse público e de quais são os meios necessários à sua implementação (DUARTE, 2011, p. 68).

A autora, em complemento, assevera que a política consiste na atividade cuja essência é a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade de acordo com as escolhas realizadas pelo Estado previamente limitadas pelas normas constitucionais e buscando conceituar política pública acrescenta:

[...] A política pública é, do ponto de vista da ciência política, um conjunto de ações e omissões que manifestam uma modalidade de intervenção do Estado como resultado do conflito de interesses divergente, confrontos e negociações entre várias instâncias instituídas ou arenas e entre os atores que dela fazem parte, caracterizando formas de ação governamental aptas a alcançar finalidades públicas e a implementar, portanto, os propósitos do Estado do Bem-Estar Social. (DUARTE, 2011, p. 71).

A frequente provocação do judiciário para o controle de políticas públicas é o retrato da má elaboração das políticas ou de juízos de ponderação mal processados pelos poderes por elas responsáveis, sendo recorrente a utilização do judiciário para atendimento da demanda por promessas constitucionais reclamadas por meio dos institutos processuais de tutela coletiva para

proteção de direitos ou interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos. Inclui-se, ainda, os direitos individuais indisponíveis, pois seja a coletividade, a comunidade representada por grupos, classes ou categorias de pessoas, ou mesmo os indivíduos considerados em conjunto, em razão da lesão ao bem jurídico de origem comum e, mesmo que seja uma única pessoa, mas que diante de sua hipossuficiência ou hipervulnerabilidade reclama a prestação estatal, em razão do direito fundamental ressignificado de acesso à justiça, deve o sistema estar dotado de mecanismos jurídicos para implantar políticas públicas inexistentes, incrementar as deficientes e modificar as ineficientes.

É pela via da tutela coletiva que os destinatários das políticas públicas exercitam a sua voz para reclamar as obrigações prestacionais do Estado e, portanto, esses devem ser consultados, pois conforme Eduardo José da Fonseca Costa a política pública sem a participação da população é antidemocrática (COSTA, 2012, p. 112).

Fredie Didier e Hermes Zaneti, nessa linha de ideias, escrevem sobre um modelo participativo para implementação e participação de políticas públicas que permite a um só tempo o conhecimento colaborativo do problema pelas partes e pelo juiz, somado de uma maior responsabilização e legitimação da decisão:

A complexidade da matéria envolvida na implementação e aplicação de políticas públicas força a migração de um modelo meramente responsivo e repressivo do Poder Judiciário, modelo de atuação posterior aos fatos já ocorridos, para um modelo resolutivo e participativo, que pode anteceder aos fatos lesivos e resulta na construção de soluções jurídicas adequadas. Essa mudança está amplamente amparada pela ótica do Processo Civil do Estado Democrático Constitucional adotada pelo CPC, [...] através do qual o juiz abre mão da centralidade do processo, reconhecendo a complexidade do problema da escolha das medidas necessárias, trazendo para o processo ampla participação de todos os envolvidos [...]. (DIDIER Jr.; ZANETI Jr., 2017, p. 38-39).

As decisões judiciais de cumprimento de políticas públicas são em regra materializados em obrigações de fazer contra a Fazenda Pública. Contudo a definição, programação, planejamento e execução das medidas prestacionais estão a cargo do Executivo que se abriga sob o manto da discricionariedade, residindo nesse ponto a problemática do ativismo ou da autocontenção judicial em fazer cumprir as decisões em sede de Ações Judiciais e que resvalam na cláusula pétreia da separação de poderes do artigo 60, § 4º, III da CRFB de 1988 (BRASIL, 1988).

Acerca da investigação do mérito dos atos administrativos no controle jurisdicional sobre os Atos da Administração Pública e a separação de poderes escreve Saulo Versiane Penna:

A cláusula da “reserva do possível”, portanto, deve ser desmistificada, da mesma forma que a da “separação de poderes” ou de investigação judicial de “mérito” do ato administrativo, já que, sob o paradigma constitucional-democrático, somente se sustenta por intermédio da processualidade (devido processo legal) que garante à sociedade efetiva participação nos negócios do Estado (de interesse público) (PENNA, 2011, p. 297).

Outro obstáculo para a devida prestação jurisdicional no tocante às políticas públicas são as formas de execução forçada ou coercitiva previstas em lei para fazer cumprir as decisões judiciais e, não são poucas as condenações do Estado em que medidas voltadas a compelir o agente público a implantar políticas públicas se vêm esvaziadas de eficácia, restando, portanto, insuficientes a imposição de multas para o fim que se destina, que nada mais é que compelir o Administrador recalcitrante ao acatamento da política pública determinada em sede de controle jurisdicional.

A implementação de uma política decorrente de decisão judicial se faz na forma do artigo 536 do Código de Processo Civil e, pelo artigo 537 cabe ao Juiz fixar um prazo razoável para o seu cumprimento pelo Poder Público com a possibilidade da imposição de *astrent*, não se descurando o magistrado do rol exemplificativo de medidas de apoio que se acham no § 1º do art. 536, tudo com vistas à efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente (BRASIL, 2015a).

Como se verifica esses são meios essencialmente coercitivos, contudo não obstante a aplicação desses dispositivos à Fazenda Pública para o cumprimento de obrigações de fazer, não é raro a inefetividade do provimento jurisdicional, acarretando a insatisfação dos interessados diretos e ao Juiz restando a indignação.

Sobre a efetivação das decisões judiciais no cumprimento de políticas públicas Daniel Amorim Assunção Neves também escreve:

Por fim, é preciso registrar a extrema dificuldade de se efetivar decisões judiciais que determinam a implantação de políticas públicas. Naturalmente tratando-se de obrigação de fazer ou não fazer, serão aplicáveis todos os meios executivos indiretos e de sub-rogação, nos termos dos artigos 139, IV e 536, § 1º, ambos do Novo CPC. Ao agente recalcitrante também se poderá aplicar a multa prevista no art. 77, § 2º, do Novo CPC em razão do nítido caráter atentatório da dignidade da justiça da conduta (NEVES, 2016, p. 119-120).

Comportaria medidas mais gravosas para se fazer atendida a ordem judicial a exemplo da prisão por crime de desobediência previsto no artigo 330 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), a responsabilização do ato de improbidade tipificado a conduta no artigo 11 da Lei nº 8.429 (BRASIL, 1992) e a intervenção nos Estados e Municípios e também a intervenção judicial no órgão público previstas nos artigos 34 e 35 da CRFB (BRASIL, 1988). Contudo não se afiguram eficazes para o que se pretende, que é a implantação da política pública prestacional.

A uma porque a imposição de multa ao agente recalcitrante restará multiplicada pelos reiterados descumprimentos e ao final a soma vultuosa recairá sobre os cofres públicos atingindo os cidadãos contribuintes, a duas porque o delito de desobediência do artigo 330 do Código de Penal requer dolo e a prisão do administrador é o que menos interessa à sociedade, visto que medida gravosa como essa, não irá adiantar a implantação da medida judicial e na maioria das vezes acabará por tumultuar o processo, pelo que entende-se que a execução forçada por meio do

encarceramento não é o meio mais eficiente.

De igual forma, para a caracterização da infração civil do artigo 11 da Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992 (BRASIL, 1992) requer-se a demonstração do dolo ainda que genérico. Por sua vez a intervenção federal nos Estados ou a intervenção estadual nos municípios em face dos artigos 34, VI e 35, IV da CRFB (BRASIL, 1988) respectivamente, são cabíveis somente quando há descumprimento voluntário ou injustificado da decisão judicial.

Ademais a intervenção judicial em Órgãos Públicos que seja para simples verificação ou a cogestão ou até mesmo a substituição do Administrador com ou sem o afastamento do gestor público revela-se complexa e temerária, como também o próprio interventor encontrará tormentosas dificuldades para implantação desta e não daquela outra política pública.

Destarte, o descumprimento de políticas públicas poderá ocorrer por variadas razões, sejam por limitações orçamentárias, recursos públicos escassos, ações e obras emergenciais e outras tantas agravuras na gestão da coisa pública que pode inviabilizar ou dificultar o atendimento da decisão judicial. Ademais, o atendimento de políticas públicas é ato complexo e que envolve variadas secretarias, setores, agentes e órgãos diversos a depender da natureza e abrangência da ação programática para o planejamento, preparação e execução do que ora se pretende, não podendo, contudo, sob a pretensa alegação da reserva do possível que a Administração relegue o cumprimento de decisões judiciais, como realça Daniel Amorim Assunção Neves:

Registre-se, inclusive, que o Supremo Tribunal Federal não admite como defesa da Administração Pública a alegação da “reserva do possível,” o que justificaria, diante da insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, o que levaria inevitavelmente a sacrifícios significativos de determinados valores e interesse. Segundo a Corte Constitucional, a cláusula da reserva do possível não pode ser utilizada para fraudar, frustrar ou inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição, considerando a garantia do mínimo existencial, derivado do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana [...] (NEVES, 2016, p. 118-119, grifos no original).

De fato, é a Administração que detém a visão do todo na conjectura administrativa da máquina pública, cabendo ao Gestor escolher o meio, o modo, a técnica e o tempo para atender esse ou aquele outro interesse público, notadamente diante da insaciabilidade social quanto às exigências e carências dos direitos de 2^a e 3^a dimensão.

O cumprimento de uma obrigação de fazer em geral, em face da máquina burocrática administrativa, enseja adoção de procedimentos e atos administrativos que requerem cronogramas fracionados entre os atores envolvidos na prestação estatal e, nessa senda, os meios alternativos de solução de conflitos surgem como propostas para a busca da efetividade jurisdicional no atendimento à implementação de direitos fundamentais.

Esse também é o entendimento de Fredie Didier *et al.* (2017):

[...] o que autoriza a conclusão de que a criação de medidas executivas atípicas

pode ser obra das próprias partes, e não apenas do juiz, numa harmoniosa combinação entre cláusulas gerais e cláusulas gerais de negociação do art. 190 do CPC. Também se admite, como se disse em item anterior, a execução negociada das decisões estruturais, sobretudo daquelas que determinam a implantação de política pública. Nesse caso, a convenção processual incluirá o julgador. (DIDIER Jr. *et al.*, 2017, p.138).

Trata-se de celebração de cronogramas negociados de cumprimento voluntário das decisões judiciais, cuja solução irá prestigiar os princípios da boa fé, da cooperação e da adequação processual em atenção aos valores e fundamentos do ordenamento processual.

4 A SOLUÇÃO JUDICIAL DIALOGADA PARA O CUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O artigo 3º, § 3º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a) prevê a utilização dos métodos que privilegiem a solução consensual de conflitos, estabelecendo o legislador que a conciliação, mediação e outras técnicas, deverão ser estimuladas por Juízes, Ministério Público e Defensoria, inclusive no curso do Processo Judicial. Assim é dever do Estado-Juiz e Estado-Administrador e também do Estado-Legislador buscar a solução ajustável à contenda.

Ademais o artigo 165 traz que os tribunais exercitarão as resoluções consensuais mediante a criação de centros judiciários de solução de conflitos, onde poderão ser realizadas sessões e audiências de conciliação e mediação, e com o desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Nesse descortino é que se vislumbra técnicas ou métodos alternativos de solução judicial dialogada com a participação do Poder Público e do destinatário das políticas públicas como forma a viabilizar a execução da decisão judicial e com a atuação conciliadora do magistrado.

Verifica-se, portanto que o procedimento de controle judicial de políticas públicas no dizer de Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior é complexo, delongado, vários são os limites orçamentários e inflexíveis são os controles burocráticos internos e externos a obstaculizar a Administração de desincumbir-se da sua importante função na forma, quantidade e tempo desejado pela população.

Contudo, com a edição da Lei nº 13.140 (BRASIL, 2015c) que trata da mediação entre particulares como meio da solução das controvérsias e que inova permitindo a composição no âmbito da Administração Pública sobre direitos disponíveis e também direitos indisponíveis que admitam transações, incluindo a mediação coletiva envolvendo a não prestação ou a qualidade da prestação do serviço público, torna-se concreto a possibilidade da Administração no exercício da sua competência técnico-administrativa dirimir seus conflitos, avaliando composições amigáveis, com vistas a celebração de soluções dialogadas, sempre com o objetivo de se privilegiar as decisões pautadas na boa fé, na ética e na lealdade processual, com vistas ao consenso nas negociação e na ponderação dos interesses envolvidos.

Luiz Manoel Gomes Júnior já em época outrora inclinava-se a defender a possibilidade de

haver transações em Ações Coletiva, achando-as por viável a exemplo de negociar-se ampliação de prazo para o cumprimento da obrigação, ou mesmo a alteração do modo do seu cumprimento (GOMES JÚNIOR, 2005, p. 167).

Antes disso, Rodolfo de Camargos Mancuso (MANCUSO, 2002, p. 247-248 apud GOMES JÚNIOR, 2005, p. 168) já entendia nessa conformidade, contudo ressaltava da inconveniência em se alargar por demasia as alternativas e acrescia:

[...] preferível um a solução negociada, que se mostre idônea e eficaz para resolver o conflito gerado pela lesão ou ameaça ao interesse indigitado, do que uma obstinada busca pela solução judicial, que pode ser demorada, onerosa e, algumas vezes de difícil previsibilidade quanto ao seu desfecho (GOMES JÚNIOR, 2005, p. 168).

Eduardo José da Fonseca Costa (2012) nomina a intervenção judicial para a implantação de políticas públicas de “execução negociada” e explica a sua escolha para a denominação, pois execução propriamente não haverá, visto que o que se propõe é o cumprimento voluntário da busca da efetivação da decisão, onde a mediação judicial é uma via alternativa para a solução das controvérsias.

Entre as negociações que se apresentam possíveis diante do caso concreto, Fonseca Costa tece um rol exemplificativo como se vê:

Para que se consiga um cronograma negociado desse tipo, recomenda-se, entre outras coisas: i) que o juiz da causa se reúna as sós com cada uma das partes para ouvir suas posições, identificar interesses subjacentes comuns e contrapostos, simular algumas alternativas de acordo e interromper a audiência quando a conversação se mostrar hostil ou obstruída (na técnica da mediação, essa reunião privada é chamada de cáucus); ii) a instauração de rodadas de negociação para a discussão dos temas e de cada uma das etapas do cronograma; iii) a presença, não apenas dos advogados, do Ministério Público e dos representantes legais dos entes envolvidos, mas também dos responsáveis técnicos encarregados internamente do cumprimento de cada etapa do cronograma; iv) a consulta eventual a terceiros especialistas – nomeados pelo juiz como peritos, ou intervenientes na qualidade de *amici curiae* – para a ampliação das informações imprescindíveis; v) a possibilidade democrática de participação não só das partes e dos auxiliares da justiça, mas dos setores da sociedade interessados na implantação da política pública, fazendo-se, assim, com que a relação processual assuma uma estrutura polifônica transponha a bilateralidade autor-réu (já que, no Estado Social e Democrático de Direito, construído para uma sociedade fragmentária e pluralista, as experiências institucionais conquistam maior legitimidade – de natureza tópica, sublinhe-se – à medida que se estruturam sob canais de controle e participação direta dos destinatários da ação governamental); vi) a possibilidade de os presentes usarem na audiência mapas, planilhas, gráficos, plantas, desenhos, estudos, rascunhos, orçamentos, croquis, vídeos, fotografias, retroprojetores, slides, quadros, lousas, telas para PowerPoint, propostas, comentários e toda sorte de recursos audiovisuais necessários à explanação técnica de suas perspectivas; vii) a possibilidade de eventual interrupção da audiência para a realização de

inspeção judicial nos locais de instalação das estruturas que serão necessárias à implantação da política; viii) a reserva de um espaço amplo e informal para acolher com conforto os presentes, facilitar o diálogo entre eles e comportar toda a estrutura física acima sugerida (COSTA, 2012, p. 124).

Portanto, uma negociação da decisão judicial no âmbito do processo é uma medida que se apresenta viável, sendo que, por meio do procedimento executivo ou de cumprimento de sentença a conciliação seria construída pelas partes a partir de um negócio jurídico processual atípico na forma como autoriza os artigos 190 e 191 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a).

Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior apontam que em se tratando de implantação de políticas públicas, a decisão judicial que a determina estará contida em uma obrigação de fazer, regida pelo Código de Processo Civil e, dessa forma, consagrado está a atipicidade da execução conforme o § 1º do art. 536 e, pelo art. 139, IV ampliado poderá ser os poderes do juiz com o escopo da efetivação das decisões judiciais, possibilitando assim uma execução negociada na qual o procedimento será construído pelas próprias partes (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 482).

Uma execução ou cumprimento das partes pela qual possa se estabelecer acordos e calendários processuais, onde a definição de um cronograma de cumprimento da decisão judicial será elaborado pelas próprias partes e já com definição de etapas para a implantação da política pública mediante a previsão do tempo necessário, das formas para a supervisão e medidas moratórias para eventual retardamento total ou parcial do descumprimento.

Nesse compasso a solução judicial dialogada propõe a interação entre as partes do processo, no qual o cronograma poderá ser ajustado com compromissos factíveis e marcos temporários reais, onde o Estado-Juiz não estará para compelir o cumprimento na rigidez ou imposição da decisão judicial, mas sim voltado ao comprometimento com o interesse público, incitando o diálogo, relativizando as amarras judiciais e burocráticas da máquina administrativa, privilegiando a criatividade das partes envolvidas, flexibilizando os prazos e revisando os acordos a cada etapa cumprida.

Pode-se concluir que essa medida alternativa é viável, notadamente se desenvolvida por agentes públicos vocacionados, com inteligência transdisciplinar e juízes comprometidos com a efetividade da prestação jurisdicional e a satisfação do interesse da coletividade.

Necessário a complementação de que a possibilidade da composição de conflitos via solução judicial negociada ocorrerá na forma da proteção e garantia do direito processual constitucional, com a presença das partes em diálogo aberto e constante, pela cooperação e eticidade e, nessa plêiade de possibilidades para a efetivação das políticas públicas é a solução judicial dialogada uma via alternativa, legal e hábil como técnica e método do devido processo constitucional, medida essa necessária, urgente e esperada em contraposto à excessiva judicialização das políticas públicas e os entraves para a prestação jurisdicional efetiva.

Por essa razão tem esse trabalho de pesquisa o escopo da promoção do debate científico a fim de se sensibilizar juízes, gestores públicos, comunidade acadêmica, jurídica e doutrinária para a disseminação da necessidade de adoção de vias alternativas de solução consensual de conflitos

com vistas a adoção das soluções judiciais dialogadas, implantando-se a cultura de resolução dos seus conflitos por meio da revisitação do paradigma da supremacia da Administração e da superação do postulado da indisponibilidade do interesse público.

Nesse sentido a solução judicial negociada se desponta como via alternativa para a garantia do atendimento ao interesse público e proteção dos direitos fundamentais, sendo preciso ressaltar que as vias alternativas para a solução de conflitos são técnicas enquanto processo para garantia dos direitos fundamentais ou são métodos enquanto instrumentos do devido processo constitucional. Seja técnica e/ou método, o que não se pode prescindir é do processo enquanto via de acesso à inafastabilidade da justiça, haja vista os prejuízos e déficits no retardamento ou não cumprimento das políticas públicas prestacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ampliação da jurisdição constitucional tornada concreta pelo neoconstitucionalismo coloca o judiciário na centralidade do exercício de poder e, reforçada pelo protagonismo judicial, torna essa função estatal a mola propulsora do alcance da eficácia dos direitos fundamentais.

A inefetividade ou inexistência de ações programáticas para a implantação de programas governamentais de atendimento aos anseios e necessidades da população acarreta violações de direitos para o cidadão destinatário final da função administrativa, visto a caracterização constitucional dos direitos de 2ª e 3ª dimensão, dotados de eficácia plena e aplicação imediata, ficando explicando, portanto o fenômeno da judicialização da política com o escopo de ser executado pelo Judiciário como instrumento de garantia da justiça retributiva, resolutiva e participativa

A atividade jurisdicional diante da resignificação do acesso à justiça se vê no exercício do controle judicial da administração pública mediante a fiscalização e determinação de cumprimento das prestações de obrigação de fazer sem, contudo, violar a separação de poderes, uma vez que o Poder é uno e a jurisdição consensual exercida por meio do devido processo constitucional é mais uma forma em busca de soluções dialogadas e efetivas.

Assim com o fim de demonstrar a possibilidade de se firmar a solução judicial dialogada como via alternativa para proteção de direitos fundamentais a conclusão que se chega é a necessidade da revisitação na forma como o Estado-Juiz e Estado Administração na execução de suas atividades fins podem contribuir para a resolução consensual das complexas demandas de atendimento das prestações estatais.

É necessário o abandono *summa divisio* direito público e direito privado, da separação estanques de poderes, da premissa de indisponibilidade do interesse públicos e da Supremacia da Administração, visto que no Estado Democrático Contemporâneo o centro é o cidadão considerado na via coletiva ou individual, não mais prevalecendo a intransponível indisponibilidade do interesse público pela relação de desigualdade e subordinação dos administrados.

O devido processo constitucional como garantia do cidadão tem seus objetivos e métodos ampliados e alargam as suas funções mediante a participação dos destinatários de seus efeitos

com oportunidade de dizer, contradizer, ajustar, flexibilizar e encontrar soluções dialogadas e equilibradas para o cumprimento das decisões judiciais, daí esse método se desponta e se firma como uma via hábil e eficiente para proteção dos indivíduos mediante o um procedimento consensual de resolução das demandas de políticas públicas.

Dessa forma, e esperando haver contribuído para a reflexão sobre a temática da implementação de políticas públicas por meio do controle jurisdicional, espera-se que novas propostas aflorem no meio jurídico e doutrinário, sabendo certo, bem como não era essa a pretensão, do não esgotamento do assunto, tendo em vista que se trata de uma discussão que carece de complementação em face de sua importância e universalidade para a proteção dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 08 out. 2016.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 06 nov. 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. **Lex**: legislação federal e marginalia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 nov. 2017.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 06 nov. 2017.
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 12 nov. 2017.
- BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 3 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre o Juizado Especial Civil e Criminal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 27 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 jul. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 3 out. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre o Juizado Especial da Fazenda Pública. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 23 dez. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112153.htm. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 17 mar. 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 27 maio 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em 06 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 29 jun. 2015c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 06 nov. 2017.

COSTA, Carlos Eduardo da Fonseca. A execução negociada de políticas públicas em juízo. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 59, p. 109-136, jan./mar. 2012. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/106801>. Acesso em: 05 nov. 2017.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 10. ed. São Paulo: Dialética. 2012.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 4.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarna. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde**. BH, Fórum, 2011.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARANHÃO, Clayton. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. *In*: GOZZOLI, Maria Clara; PETRONIO, Mirna Ciani; QUARTIERI, Rita (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem à professora Ada Pelegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 167.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAIS, José Luiz Bolzan de.; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos, Estado e Constituição**. 16. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**. volume único. 3. ed. Salvador: JusPodvun, 2016.

PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

PINHEIRO, Maria Claudia Buchianeri. A constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917. **Revista de informação legislativa**, Brasília, DF, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006.

SHIMURA, Sérgio. O Reexame necessário nas Ações Coletivas. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (org.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2007. p. 345.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Como citar: LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; QUADROS, Aparecida Dutra de Barros. A implantação de políticas públicas pela solução judicial dialogada. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 11-34, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p. 11. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 26/06/2017

Aprovado em: 28/01/2019

**DIREITO À SAÚDE EM PORTUGAL: ENQUADRAMENTO
CONSTITUCIONAL E O DESENVOLVIMENTO DO SERVIÇO
NACIONAL DE SAÚDE**

RIGHT TO HEALTH IN PORTUGAL: A CONSTITUTIONAL
FRAMEWORK AND THE DEVELOPMENT OF THE NATIONAL
HEALTHCARE SYSTEM

* Doutor em Administração da Saúde, vinculado ao Centro de Administração e Políticas Públicas (CAPP), Lisboa, Portugal. E-mail: anunes@iscsp.ulisboa.pt

Alexandre Morais Nunes*
Rosa Raposeiro**

** Licenciada em Direito, jurista no Ministério da Saúde, vinculada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. E-mail: rosa.raposeiro@ms.gov.pt

Como citar: NUNES, Alexandre Morais; RAPOSEIRO, Rosa. Direito à saúde em Portugal: enquadramento constitucional e o desenvolvimento do serviço nacional de saúde. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 35-48, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p. 35. ISSN: 1980-511X

Resumo: Em Portugal, o direito à proteção da saúde encontra-se consagrado no artigo 64º da Constituição da República Portuguesa, que na sua redação original, realiza-se através da implementação de um serviço nacional de saúde, e de um conjunto de condições (sociais, sanitárias, económicas e culturais) que garantem a proteção de todos os cidadãos e contribuem para a melhoria geral das condições de vida e de trabalho. Ao nível da assistência em saúde, a criação do Serviço Nacional de Saúde (SNS), em 1979, foi um dos grandes passos dados no cumprimento deste desígnio constitucional, garantindo um acesso universal (para todos), geral (todas as especialidades) e gratuito. O presente artigo tem por objetivo descrever, através da revisão da legislação publicada e da literatura especializada, o trajeto do direito à saúde desde 1976 até aos dias de hoje, considerando as várias revisões constitucionais e o desenvolvimento do SNS.

Palavras-chave: Direito à saúde. Acesso. Constituição da República Portuguesa. Serviço Nacional de Saúde.

Abstract: In Portugal, the right to healthcare is enshrined in Article 64 of the Constitution of the Portuguese Republic, which, in its original form, is implemented through the enforcement of a national healthcare service and conditions (social, health, economic and cultural) that covers every citizen and contributes to the general improvement of living and working conditions. At the current level of healthcare delivery, the creation of the National Healthcare System (NHS) in 1979 was a major step

in guaranteeing healthcare universally (for all), generally (all specialties) and free of cost. The purpose of this paper is to describe, through the exploration of published legislation and literature on this topic, the path of the right to healthcare from 1976 to present day, whilst considering various constitutional revisions and the creation of the NHS.

Keywords: Right to healthcare. Access. Constitution of the Portuguese Republic. National Healthcare System Service.

INTRODUÇÃO

A saúde é uma das principais preocupações da população, sendo uma prioridade para os cidadãos, particularmente nos países com um modelo de Estado Social, nos quais o sector público é responsável por garantir a toda a assistência necessária (SILVA; PESTANA, 2013).

Em Portugal, o direito universal à saúde foi definido pela primeira vez com a publicação da Constituição da República em 1976 (REPÚBLICA PORTUGUESA, 1976), em vigor até aos dias hoje, sendo a sua oitava e última revisão datada do ano 2005 (REPÚBLICA PORTUGUESA, 2005).

O direito à proteção da saúde e o dever de a promover encontra-se consagrado no artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa, que na sua redação original, se realizaria através da criação de um serviço nacional de saúde, e pela criação de um conjunto de condições de adequadas económicas, sociais e culturais que garantissem a proteção da infância, juventude e da velhice, da promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, da promoção da educação sanitária e ainda da melhoria geral das condições de vida e de trabalho dos cidadãos (REPÚBLICA PORTUGUESA, 1976).

As disposições constitucionais foram implementadas três anos após a publicação da Constituição da República Portuguesa de 1976, com a criação do Serviço Nacional de Saúde (SNS) pela Lei n.º 56/79, de 15 de setembro (REPÚBLICA PORTUGUESA, 1979).

O Serviço Nacional de Saúde atualmente de gestão descentralizada e participativa. Surgiu como uma forma do Estado concretizar o seu papel de proteção da saúde dos seus cidadãos (CAMPOS, 2008), de acordo com as normas constitucionais da universalidade (para todos os cidadãos), generalidade (em todas as necessidades de saúde) e de forma gratuita para todos os cidadãos. Essa redação inicial do artigo 64º da Constituição da República Portuguesa referente ao direito à proteção da saúde foi objeto de três emendas constitucionais: em 1982 (onde foi incluída a gestão descentralizada e participada para o SNS), em 1989 (onde é afastado o princípio da gratuidade com a previsão da sua tendencial gratuidade e redefinida a sua finalidade) e em 1997 (foi ajustada a redação constitucional ao desenvolvimento do Serviço Nacional de Saúde).

Como imposição constitucional, a existência de um serviço público de saúde para todos os cidadãos ganhou uma forma que ultrapassa a vontade política (NOVAIS, 2010, a), cabendo ao Governo manter os princípios constitucionais na sua ação estratégica para a política de saúde e na definição de áreas prioritárias de intervenção, sempre promovendo o acesso, a eficiência e não negligenciando a qualidade (NUNES, 2016). No entanto, em termos jurídicos, se ocorrer uma extrapolação dos poderes e se verificar uma intenção ou mesmo limitação da prestação da assistência em saúde, o Governo incorre em um não cumprimento/violação da Lei que será sujeita numa instância superior à análise e julgamento por parte do Tribunal Constitucional (NOVAIS, 2011).

Desde a criação do SNS, a prestação de cuidados de saúde em território nacional passou a ser assegurada por um conjunto de unidades públicas e convencionadas, distribuídas por todo

o território nacional ao nível da assistência básica, diferenciada, pós hospitalar (continuada) e paliativa (FERNANDES, 2015).

O presente artigo tem por objetivo descrever, através da revisão da legislação publicada e da literatura nacional da especialidade, o trajeto do direito à saúde desde o ano de 1976 até aos dias de hoje (2018), considerando as várias revisões constitucionais, as delimitações jurídicas fundadas na jurisprudência emitida pelo Tribunal Constitucional e o desenvolvimento do Serviço Nacional de Saúde.

1 O DIREITO À SAÚDE: DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição da República Portuguesa enquadra-se em um modelo de Estado Social e de direito democrático que além dos direitos clássicos de liberdade, contém uma ampla gama de direitos sociais que exigem respeito por parte dos titulares políticos da área da saúde (NOVAIS, 2010, a, p. 20). Isso significa que os direitos atribuídos pela constituição aos cidadãos não podem ser alvo da vontade política e, por isso, não podem ser encarados como uma qualquer benesse que se possa retirar ou atribuir aos cidadãos em qualquer momento, exceto com a revisão da Lei constitucional.

O direito de proteção à saúde, é um direito social previsto no artigo 64.º da Constituição. Na sua redação original (REPÚBLICA PORTUGUESA, 1976), estava reconhecido que todos os cidadãos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover (n.º 1), proteção essa realizada pela criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito (n.º 2). Contudo, o artigo 64º destacava ainda um conjunto de condições necessárias em complemento ao Serviço Nacional de Saúde e essenciais para promover a saúde e prevenir a doença, a referir: a “criação de condições económicas, sociais e culturais que garantam a protecção da infância, da juventude e da velhice e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho”; a “promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular” e o “desenvolvimento da educação sanitária do povo”.

Porém, a Constituição da República Portuguesa desde 1976 foi objeto de sete revisões Constitucionais encontrando-se atualmente na sua oitava versão:

- 1ª versão - Decreto de 10/04 de 1976;
- 2ª versão - Lei nº 1/82, de 30 de setembro;
- 3ª versão - Lei nº 1/89, de 08 de julho;
- 4ª versão - Lei nº 1/92, de 25 de novembro;
- 5ª versão - Lei nº 1/97, de 20 de setembro;
- 6ª versão - Lei nº 1/2001, de 12 de dezembro;
- 7ª versão - Lei nº 1/2004, de 24 de julho;
- 8ª versão - Lei nº 1/2005, de 12 de agosto.

Apesar das sete revisões, o artigo 64.º sofreu alterações em três delas:

Primeira alteração ao artigo 64.º (através do artigo 54.º da Lei Constitucional

n.º 1/82, de 30 de setembro), na qual foi aditado um n.º 4 ao artigo 64.º, com a seguinte redação: “4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada”. Com base nesta alteração foi possível descentralizar a gestão e criar as Administrações Regionais de Saúde dotadas de personalidade jurídica e com autonomia administrativa e patrimônio próprio e localizadas em cinco regiões (Norte, Centro, Lisboa e Vale do Tejo, Alentejo e Algarve), que quando criadas tinham como atribuições planejar e gerir coordenadamente as ações que envolvem a promoção da saúde, prevenção e tratamento das doenças e reabilitação, promovendo o máximo aproveitamento, ao menor custo, dos recursos existentes nas estruturas do sector público e privado da saúde (REPÚBLICA PORTUGUESA, 1982). Ao nível da gestão participada salienta-se a indicação em determinadas unidades de saúde nas denominadas unidades locais de saúde, que congregam a assistência na atenção primária e hospitalar, de um dos elementos do conselho de administração designado por parte da comunidade intermunicipal; Segunda alteração ao artigo 64.º (artigo 36.º da Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de julho) através da qual foram concretizadas alterações mais substanciais, tendo sido introduzido pela primeira vez o termo da “tendencial gratuidade” que conduziu nos anos 90 à previsão de taxas moderadoras no acesso à assistência à saúde providenciados pelo Serviço Nacional de Saúde, através do Decreto-Lei n.º 54/92, de 11 de abril com a intenção não de limitar o acesso, mas sim de evitar o uso excessivo sem causa aparente; Terceira alteração ao artigo 64º (pelo artigo 37.º da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro) na qual são realizadas várias pequenas alterações de forma a ajustar a redação constitucional à linguagem, ao desenvolvimento do Serviço Nacional de Saúde e em conformidade com as políticas de saúde internacionais que vigoravam à data (como é exemplo a Carta de Ljubljana) que se mantém até hoje (CAMPOS; SIMÕES, 2011).

De acordo com o artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa, o Estado tem de garantir o direito à saúde a todos os cidadãos e em caso de incumprimento incorre num processo de inconstitucionalidade por omissão, que também está previsto na Constituição da República Portuguesa no seu artigo 283.º.

A fiscalização da constitucionalidade de acordo com o artigo 221.º da Constituição da República Portuguesa compete ao Tribunal Constitucional e pode realizar-se das seguintes de forma:

- i) Abstrata-preventiva - realizada previamente à entrada em vigor de uma determinada norma (por pedido do Presidente da República, Primeiro-Ministro, Ministros da República ou por um quinto dos deputados da Assembleia da República);
- ii) Abstrata-sucessiva - ocorre após entrada em vigor de uma norma;
- iii) Concreta - Quando colocada em simultâneo com um processo a decorrer também em tribunal.

Na prática, a legislação protege os cidadãos garantindo-lhes o direito à saúde. Essa questão assume uma particular importância dado que até 1974, Portugal vivia um regime ditatorial, que não garantia a proteção da saúde aos cidadãos. Desde 1976, além de ser dada essa garantia, existe

ainda fiscalização por parte do sistema de justiça que supervisiona e monitoriza o cumprimento desse direito e a satisfação de todas as necessidades na assistência à saúde.

2 DA CONSTITUIÇÃO À CRIAÇÃO DE UM SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE

No cumprimento do n.º 2 do artigo 64º da Constituição da República Portuguesa foi criado, durante o V Governo Constitucional e no âmbito do então Ministério dos Assuntos Sociais, o Serviço Nacional de Saúde (SNS), através do qual o Estado assegura o direito à proteção da saúde, nos termos da Constituição.

Com a publicação da Lei n.º 56/79, de 15 de setembro que cria o SNS, foi dado um grande passo e geradas as condições base para garantir o acesso universal, geral e com tendencial gratuidade envolvendo todos os cuidados integrados de saúde (incluindo atividades de promoção e vigilância da saúde, prevenção da doença, diagnóstico, tratamento e reabilitação médica e social).

Essas garantias de proteção da saúde referidas aplicam-se a todos os cidadãos nacionais (independentemente da sua condição económica e social), estrangeiros (em regime de reciprocidade), apátridas e aos refugiados políticos que residam ou se encontrem em Portugal. Esta garantia do SNS dada aos destinatários ficou condicionada no artigo 6.º da Lei nº 56/79 pelas restrições impostas pelo limite de recursos humanos, técnicos e financeiros disponíveis. Por isso, cabe ao Serviço Nacional de Saúde assegurar a distribuição racional, a hierarquização técnica e o funcionamento coordenado dos serviços e definir a complementaridade de valências e promover a descentralização decisória e a participação dos utentes no planeamento e na gestão dos serviços.

O Serviço Nacional de Saúde tem no espectro jurídico uma autonomia administrativa e financeira, integrando órgãos centrais, regionais e locais.

Em termos de organização, o Serviço Nacional de Saúde português, é constituído por uma rede de órgãos e serviços sob direção unificada, gestão descentralizada e democrática e visa a prestação de cuidados globais de saúde a toda a população na atenção primária à saúde, diferenciada (hospitalar) (artigo 18.º) e mais recentemente ao nível da assistência continuada pós hospitalares e também na assistência paliativos.

Desde a criação do Serviço Nacional de Saúde em 1979, várias mudanças legislativas tiveram efeitos no setor da saúde, sendo as principais destacadas na tabela a seguir:

Quadro 1 - Alterações legislativas com efeitos na Lei que instituiu o Serviço Nacional de Saúde português

Decreto-Lei n.º 254/82, de 29 de junho que revogou 46 artigos da Lei nº 56/79 de 15 de setembro.

Essa alteração foi declarada inconstitucional pelo Acórdão n.º 39/84, de 11 de abril do Tribunal Constitucional que considerou que o diploma se traduzia “na extinção do Serviço Nacional de Saúde” e como tal comprometeria a garantia do acesso à assistência à saúde conforme à redação Constitucional em vigor desde 1976.

Lei nº 48/90, de 6 de fevereiro (Lei de Bases da Saúde), alterada pela Lei nº 27/2002, de 8 de novembro, que em linha com a segunda revisão constitucional prevê que “o Estado atue através de serviços próprios, celebra acordos com entidades privadas para a prestação de cuidados e apoia e fiscaliza a restante atividade privada na área da saúde” (n.º 2 Base IV) e determinou ainda ao invés da articulação formas empresariais e privadas da medicina com o SNS (conforme n.º 3 da Constituição da República Portuguesa em vigor à dará), que “É apoiado o desenvolvimento do sector privado da saúde e, em particular, as iniciativas das instituições particulares de solidariedade social, em concorrência com o sector público” (alínea f) do n.º 1 da Base II) e ainda a possibilidade de serem realizadas convenções ao nível da prestação de cuidados de saúde “podem ser celebradas convenções com médicos e outros profissionais de saúde ou casas de saúde, clínicas ou hospitais privados, quer a nível de cuidados de saúde primários quer a nível de cuidados diferenciados” (n.º 1 Base XLI)

Estatuto do SNS, aprovado pelo Decreto lei nº 11/93, de 15 de janeiro – Revogou o Decreto-Lei n.º 254/82, de 29 de junho e derivou da incessante preocupação de propiciar aos utentes cuidados compreensivos e de elevada qualidade a fim de a compatibilizar com os princípios consagrados no capítulo II da Lei de Bases da Saúde. Numa perspectiva de organização e descentralização o Estatuto promoveu que a “gestão dos recursos se faça tão próximo quanto possível dos seus destinatários” criando as Administrações Regionais de Saúde.

Fonte: Elaboração própria.

Toda essa evolução permitiu um desenvolvimento contínuo da assistência em saúde realizada pelo Estado, que ano a ano ficou mais completa e com maior capacidade de resposta assistencial por todo o país. Em 2018, o SNS conta com um conjunto diverso de entidades de saúde, desde institutos públicos, unidades integradas no setor público administrativo e unidades integradas no setor empresarial do Estado:

- a) Institutos Públicos
 - Administrações Regionais de Saúde (Norte, Centro, Lisboa e Vale do Tejo, Alentejo e Algarve)
- b) Unidades integradas no setor público administrativo (5 entidades)
 - Centro Hospitalar Psiquiátrico de Lisboa
 - Hospital Arcebispo João Crisóstomo
 - Hospital Dr. Francisco Zagalo
 - Centro de Medicina de Reabilitação Rovisco Pais
 - Instituto de Oftalmologia Dr. Gama Pinto
- c) Unidades integradas no setor empresarial do Estado (40 entidades)
 - Hospitais
 - Centros Hospitalares

Na prática, era esperado que todas essas unidades de saúde articulassem entre si na assistência à saúde. Porém, nem sempre ocorre essa interação e ainda existem algumas fragilidades

no sistema, resultante entre outros aspetos, da dimensão, localização e grau de diferenciação na assistência à saúde.

3 O ACESSO UNIVERSAL E GERAL NA ASSISTÊNCIA PÚBLICA À SAÚDE

O acesso universal é consagrado tanto na redação original da Constituição da República Portuguesa “Todos têm direito à proteção da saúde” como em todas as suas versões, bem como na Lei que cria o Serviço Nacional de Saúde. De fato, o acesso ao SNS é garantido a todos os cidadãos de forma universal quanto à população abrangida” (LEI n.º 48/90, base XXIV) e traduz-se na assistência à saúde dirigida a todos os cidadãos nacionais e ainda estrangeiros (em regime de reciprocidade), apátridas e aos refugiados políticos que residam ou se encontrem em todo o território nacional.

Segundo a doutrina consolidada, o Tribunal Constitucional considera que o termo universal confere a todos o direito de recorrer à assistência no Serviço Nacional de Saúde e não impede o recurso aos serviços privados de saúde (CANOTILHO; MOREIRA, 2007; MIRANDA; MEDEIROS, 2005), nem o benefício incorrido por uma outra cobertura seja ela por um subsistema de saúde (seja ele de natureza pública ou privada) ou por um seguro privado voluntário (NOVAIS, 2010, b, 2011). Portanto, a inscrição de um cidadão num subsistema de saúde ou adesão a um plano de saúde privado não lhe retira qualquer direito à saúde no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, não existindo em caso algum a aplicação de uma imposição estatal para afastar um cidadão de um direito de assistência no SNS. Pelo exposto, a percentagem de cobertura do Serviço Nacional de Saúde é de 100%, independentemente do seu uso ou opção individual de cada cidadão em outras alternativas.

Além disso, nos casos em que o acesso esteja de alguma forma comprometido por falta de capacidade de resposta e não for possível garantir a assistência em tempo adequado, o acesso poderá ser realizado por entidades convencionadas ((REPÚBLICA PORTUGUESA, 1979). Esta possibilidade segundo Miranda e Medeiros (2005), reforça a garantia do cumprimento da universalidade por parte do SNS.

O fato da política de saúde definida a cada ano poder verter uma ou outra área prioritária muitas das vezes direcionada a grupos de cidadãos mais expostos e com maiores riscos não pode ser entendida como um comprometimento do acesso universal, pois a titularidade da prestação é que é universal, mas o dever de promover a saúde poderá ser diferenciado (NOVAIS, 2011).

Um outro ponto que até mais recentemente reforça a universalidade no acesso no Serviço Nacional de Saúde foi a implementação do Livre Acesso e Circulação (Despacho n.º 5911-B/2016, de 3 de maio), que permite ao utente que necessita de uma primeira consulta de especialidade, juntamente com o seu médico de família (responsável pelo encaminhamento) possa tomar a liberdade de escolher a instituição que lhe vai prestar cuidados de saúde de acordo com um conjunto de critérios que têm em conta o interesse do próprio utente e família, a proximidade geográfica e os tempos de resposta/lista de espera da instituição de destino (SIMÕES; AUGUSTO;

FRONTEIRA, 2017).

Quanto ao princípio da generalidade, esse é enunciado na própria Lei que cria o Serviço Nacional de Saúde “O SNS envolve todos os cuidados integrados de saúde, compreendendo a promoção e vigilância da saúde, a prevenção da doença, o diagnóstico e tratamento dos doentes e a reabilitação médica e social” (REPÚBLICA PORTUGUESA, 1979) e também na Lei de Bases da Saúde “Prestar integralmente cuidados globais ou garantir a sua prestação” (REPÚBLICA PORTUGUESA, 1990).

O termo geral abrange todos os serviços públicos de saúde e todos os domínios e prestações, o que significa a garantia de prestação de total assistência à saúde. De fato, a generalidade na prestação envolve uma ampla gama de serviços de saúde com resposta para todas as necessidades dos cidadãos desde: a atividade preventiva e de promoção e vigilância de saúde realizada sobretudo ao nível da atenção primária à saúde; a vertente curativa num nível mais diferenciado/especializado de assistência tradicionalmente conhecida como cuidados de saúde hospitalares; a realização de meios complementares de diagnóstico em unidades públicas ou privadas com convenções (acordos de complementaridade com o sector público) e ainda assistência na reabilitação médica de curta, média ou longa duração e/ou sociais integrados numa rede de assistência continuada e ainda a prestação de assistência paliativa. No entanto, de acordo com a redação da Lei que cria o SNS (REPÚBLICA PORTUGUESA, 1979), a garantia de assistência compreende o acesso a toda a demanda do Serviço Nacional de Saúde e não sofre restrições exceto as impostas pelo limite de recursos humanos, técnicos e financeiros disponíveis.

Embora presentes os princípios de universalidade e generalidade na Constituição da República Portuguesa e por consequência no Serviço Nacional de Saúde, a verdade é que ainda existe assistência que não é abrangida pelo Serviço Nacional de Saúde ou que têm ainda uma fraca resposta. Como exemplo, é possível referir os elevados tempos de espera em algumas especialidades médicas, da assistência em saúde bucal, da resposta às necessidades na assistência continuada e paliativa e ainda ao nível do paciente com problemas de saúde mental.

4 A TENDENCIAL GRATUITIDADE E A IMPLEMENTAÇÃO DE TAXAS MODERADORAS NO SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE

Como referido nos capítulos anteriores, o acesso ao SNS no momento da sua criação, em conformidade com a Constituição da República Portuguesa vigente à data, era gratuito para todos os cidadãos independentemente da sua condição económica ou social. Contudo, a Lei que cria o Serviço Nacional de Saúde deixou uma abertura ao fim da total gratuidade quando no seu artigo 7.º referindo que esse acesso é gratuito, mas sujeito ao estabelecimento de taxas moderadoras com objetivo de racionalizar a utilização.

Após a publicação do diploma foi emitido um parecer pela então Comissão Constitucional, que reconheceu que o carácter eminentemente programático como medida para fazer compartilhar os utentes no custo das prestações ou cuidados de saúde, de modo a evitar ou minorar os abusos

(v.g. de consumos) excessivos e desnecessários.

A introdução do termo “tendencialmente gratuito” na Revisão Constitucional de 1989 foi logo efetivado no ano seguinte com a publicação da Lei de Bases da Saúde que referia que as taxas moderadoras tinham por objetivo “completar as medidas reguladoras do uso dos serviços de saúde, podem ser cobradas taxas moderadoras, que constituem também receita do Serviço Nacional de Saúde” e introduziu igualmente um conjunto de isenções ao pagamento atribuídas aos grupos populacionais sujeitos a maiores riscos e os financeiramente mais desfavorecidos, nos termos determinados na lei.

A Lei de Bases da Saúde ainda determinou que deveria ser especificado por lei a assistência garantida aos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde e excluiu do objeto a assistência não justificados pelo estado de saúde.

A questão da constitucionalidade da aplicação das taxas moderadoras foi colocada em causa ao longo dos anos. A grande crítica assentava pelo fato de saber se os limites constitucionais da universalidade eram compatíveis com o pagamento a cargo dos cidadãos (NOVAIS, 2006).

Em termos de arbitragem, uma vez que o direito à saúde está legalmente estabelecido na Constituição da República Portuguesa, cabe ao Tribunal Constitucional garantir a constitucionalidade das políticas de saúde. Assim, no âmbito da fiscalização abstrata o Tribunal Constitucional foi algumas vezes suscitado a pronunciar-se sendo de referir:

- a) Em 1984, o Acórdão 39/84 relativamente à constitucionalidade do Decreto-Lei n.º 254/82, de 29 de junho que revogava 46 artigos da Lei n.º 56/79 de 15 de setembro (artigos 18.º a 61.º; artigo 64.º e artigo 65.º da Lei n.º 56/79, de 15 de setembro). O Tribunal de Contas considerou que este diploma representava um retrocesso e continha o risco de comprometer o acesso através da extinção do Serviço Nacional de Saúde. Assim foi declarada a sua inconstitucionalidade por violação do artigo 65.º da Constituição da República Portuguesa;
- b) Em 1989, o Tribunal Constitucional voltou a pronunciar-se através do Acórdão n.º 330/89, referindo que a introdução do pagamento de taxas moderadoras pelos utentes do Serviço Nacional de Saúde não constituía uma inconstitucionalidade. O Tribunal Constitucional entendeu o conceito normativo da gratuidade como “um certo halo de indeterminação” pois o utente não teria de pagar qualquer contrapartida, mas sim para salvaguardar o individual e total com efeitos de suporte da prestação e ainda pelo facto da aplicação de taxas estar associada à racionalização da procura procurando dissuadir o acesso abusivo e sem justificação aos serviços públicos de saúde.
- c) Em 1995, através do Acórdão n.º 731/95, o Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre o tema da incompatibilidade entre a aplicação de taxas moderadoras e o acesso universal aos cuidados de saúde do SNS, concluindo que a tendencial gratuidade tratava-se de uma forma de flexibilização da redação original não constituía uma inconstitucionalidade. Na fundamentação era considerado o facto da Lei que criou

o Serviço Nacional de Saúde, no seu artigo 7.º, já contemplar a possibilidade de se aplicarem taxas moderadoras como forma de racionalização da utilização dos serviços e ainda o facto de se aplicarem um conjunto de isenção, nomeadamente a não aplicação aos cidadãos economicamente mais desfavorecidos.

Atualmente (2018), as taxas moderadoras são cobradas no acesso:

- a) As consultas nos prestadores de cuidados de saúde primários (atenção primária à saúde);
- b) Nos hospitais e em outros estabelecimentos de saúde públicos ou privados convencionadas (com acordos de cooperação com o Serviço Nacional de Saúde em regime de complementaridade);
- c) Na realização de exames complementares de diagnóstico e terapêutica em serviços de saúde públicos ou privados convencionados (com exceção dos efetuados em regime de internamento em sessão de hospital de dia)
- d) No atendimento em serviços de urgência

Na prática o paciente quando recorre a um serviço de saúde público tem, além do pagamento prévio que realizou com seus impostos, de contribuir com parte do custo da intervenção, que embora residual é pesado para algumas famílias. Por esse motivo e de forma a não comprometer o acesso, a legislação que regulam a fixação de taxas moderadoras apresenta uma diferenciação dos utentes em três categorias: os isentos, não isentos ou dispensados do pagamento de taxas moderadoras (REPÚBLICA PORTUGUESA, 2016a).

Nos termos da legislação em vigor (REPÚBLICA PORTUGUESA, 2011), estão isentos do pagamento os pacientes que possuem as determinadas condições apresentadas na tabela seguinte:

Quadro 2 - Requisitos de isenção/dispensa do pagamento de taxas moderadoras na saúde em Portugal

As grávidas e parturientes;
Os menores de 18 anos de idade;
Os pacientes com grau de incapacidade igual ou superior a 60%;
Os pacientes em situação de insuficiência econômica, bem como os dependentes do respetivo agregado familiar;
Os doadores de sangue;
Os doadores vivos de células, tecidos e órgãos;
Os bombeiros;
Os doentes transplantados;

Os militares e ex-militares das Forças Armadas que, em virtude da prestação do serviço militar, se encontrem incapacitados de forma permanente;
Os desempregados com inscrição válida no Centro de Emprego bem como o respetivo cônjuge e dependentes;
Os jovens em processo de promoção e proteção a correr termos em comissão de proteção de crianças e jovens ou no tribunal, que não possam comprovar a sua condição de insuficiência económica;
Os jovens que se encontrem em cumprimento de medida tutelar de internamento, de medida cautelar de guarda em centro educativo ou de medida cautelar de guarda em instituição pública ou privada, por decisão proferida no âmbito da Lei Tutelar Educativa, que não possam, por qualquer forma, comprovar a sua condição de insuficiência económica;
Os jovens integrados em qualquer das respostas sociais de acolhimento por decisão judicial proferida em processo tutelar cível que não possam, por qualquer forma, comprovar a sua condição de insuficiência económica;
Os requerentes de asilo e refugiados e respetivos cônjuges ou equiparados e descendentes diretos.

Fonte: República Portuguesa (2011).

Contudo, na prática o impacto das taxas moderadoras não é significativo para a despesa em saúde, representando cerca de 1,68% do total da despesa pública do SNS (DGO, 2018). Além disso, são 61% os cidadãos que se encontram isentos/dispensados do pagamento das taxas moderadoras, o que contribui relevantemente para a sua pouca expressão.

CONCLUSÃO

Desde a primeira versão da Constituição da República Portuguesa até à mais recente, o direito à saúde foi sempre salvaguardado.

A materialização do direito constitucional à proteção da saúde por parte do Estado ocorreu no ano de 1979 com a criação de um Serviço Nacional de Saúde universal, geral e gratuito na sua redação original.

Durante muitos anos, a universalidade e a generalidade da provisão permaneceram inalteradas, no entanto a gratuidade passou a ser “tendencial” desde a revisão constitucional de 1989, sendo aplicadas taxas moderadoras aos cuidados de saúde prestados no SNS e que se mantêm até hoje com um conjunto de isenções e dispensas de pagamento legalmente definidas, que tiveram sempre em conta as condições socioeconómicas dos cidadãos, garantindo o direito de acesso aos mais desfavorecidos.

A Constitucionalidade da ação política é sujeita a uma análise, avaliação e julgamento por parte do Tribunal Constitucional. Desde 1979 foram já várias as ações desenvolvidas que resultaram num conjunto de Acórdãos que sempre salvaguardarem o cumprimento dos princípios de universalidade, generalidade e tendencial gratuidade.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, António. **Reformas no setor da saúde: o fio condutor**. Coimbra: Almedina, 2008.

CAMPOS, António; SIMÕES, Jorge. **O percurso da saúde: Portugal na Europa**. Coimbra: Almedina, 2011. (Coleção Olhares sobre a saúde).

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República anotada**. Coimbra: Almedina, 2007.

DGO - DIREÇÃO GERAL DO ORÇAMENTO. **Síntese da execução orçamental 2017**. Lisboa: DGO, 2017. Disponível em: <https://www.dgo.pt/execucaoorcamental/Paginas/Sintese-da-Execucao-Orcamental-Mensal.aspx?Ano=2018&Mês=Janeiro>. Acesso em: 20 fev. 2018.

FERNANDES, Adalberto Campos. **Combinação público-privado em saúde: impacto no desempenho no sistema e nos resultados em saúde no contexto português**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Política, 2015.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Coimbra: Almedina, 2005.

NOVAIS, Jorge. **Constituição e Serviço Nacional de Saúde**. Coimbra: Almedina, 2010a.

NOVAIS, Jorge. Constituição e Serviço Nacional de Saúde. **Revista de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 4, n.11, p.85-109, abr./jun. 2010b.

NOVAIS, Jorge. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Almedina, 2006.

NOVAIS, Jorge. **Os princípios constitucionais estruturantes**. Coimbra: Almedina, 2011.

NUNES, Alexandre Morais. **Reformas na gestão hospitalar: análise dos efeitos da empresarialização**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2016.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Administração Central do Sistema de Saúde. **Circular normativa n.º8: alteração do regulamento de aplicação de taxas moderadoras**. Lisboa: ACSS, 2016a.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Decreto 10/04 de 1976. Constituição da República Portuguesa. **Diário da República**, n.º 86/1976, Série I de 10 de abril de 1976.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Decreto-Lei n.º113/2011. Regula o acesso às prestações do Serviço Nacional de Saúde por parte dos utentes no que respeita ao regime das taxas moderadoras e à aplicação de regimes especiais de benefícios. **Diário da República**, n.º 229/2011, Série I de 29 de novembro de 2011.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Despacho n.º 5911-B/2016. Estabelece disposições para a referenciação do utente, para a realização da primeira consulta hospitalar, em qualquer das unidades hospitalares do Serviço Nacional de Saúde onde exista a especialidade em causa. **Diário da República**, n.º 85/2016, 2º Suplemento, Série II de 03 de maio de 2016b.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Lei n.º 1/2005, de 12 de agosto. Sétima revisão constitucional. **Diário da República**, n.º 155/2005, Série I-A de 12 de agosto de 2005.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Lei n.º 48/90. Lei de Bases da Saúde. **Diário da República**, n.º 195/1990, Série I de 24 de agosto de 1990.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Lei nº 56/79, de 15 de setembro. Cria o Serviço Nacional de Saúde. **Diário da República**, n.º 214/1979, Série I de 15 setembro de 1979.

SILVA, Pedro; PESTANA, Maria Helena. **Avaliação e atitudes perante os sistemas de saúde europeus numa perspectiva comparada**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2013.

SIMÕES, Jorge; AUGUSTO, Gustavo; FRONTEIRA, Inês. Introduction of freedom of choice for hospital outpatient care in Portugal: Implications and results of the 2016 reform, **Health Policy**, v.121, n.12, p. 1203-1207, 2017.

Como citar: NUNES, Alexandre Morais; RAPOSEIRO, Rosa. Direito à saúde em Portugal: enquadramento constitucional e o desenvolvimento do serviço nacional de saúde. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 35-48, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p. 35. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 05/08/2018

Aprovado em: 14/01/2019

**RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DECORRENTE
DO SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA
ELÉTRICA**

ENVIRONMENTAL CIVIL LIABILITY ARISING FROM THE
PUBLIC SERVICE OF THE ELECTRICAL ENERGY SUPPLY

Marcos Vinicius Rodrigues*
Elcio Nacur Rezende**

* Advogado. Especialista em Direito Empresarial (FGV). Mestrando em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC).

E-mail: marcos@lawyer.com

** Doutor e Mestre em Direito. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC).
E-mail: elcionrezende@yahoo.com.br

Como citar: RODRIGUES, Marcos Vinicius; REZENDE, Elcio Nacur. Responsabilidade civil ambiental decorrente do serviço público de fornecimento de energia elétrica. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 49-63, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p. 49. ISSN: 1980-511X

Resumo: O presente artigo analisou a responsabilidade civil e ambiental das empresas prestadoras de serviço público, em especial, as concessionárias de energia elétrica, utilizando-se da metodologia fundada na análise doutrinária, normativa e jurisprudencial, promovendo-se um raciocínio crítico-dedutivo. Nesse sentido, à luz da necessidade de energia como um direito fundamental, nos debruçamos sobre os desafios de se efetivar a proteção do meio ambiente e as imbricações no concernente à responsabilização por danos ambientais provocados pela prestação do fornecimento de energia.

Palavras-chave: Serviço público. Energia hidrelétrica. Responsabilidade civil.

Abstract: This study explores civil and environmental liability of public service companies, particularly, electric energy concessionaires. In order to research this topic, this paper utilizes literature review of normative, jurisprudential and scholarly works; therefore, promoting critical-deductive reasoning. From this sense, the need for energy should be seen as a fundamental right, whilst Brazil should also focus on the challenges of environmental protection. Moreover, there should be environmental liability if any energy provision causes environmental harm.

Keywords: Public Service, Hydroelectric energy, Civil Liability.

INTRODUÇÃO

O presente artigo consiste na abordagem inicial do conceito de serviço público diante da doutrina de alguns administrativistas. Este conceito é importante para balizar os elementos e critérios da identificação das atividades que caracterizam serviço público.

Nesta linha, constata-se o dever do Estado em prover para o cidadão, prestações sociais passíveis de possibilitar uma vida em sociedade apta a possibilitar um mínimo de dignidade da pessoa humana. Não destoia deste dever, a prestação do serviço público de fornecimento de energia elétrica.

Afinal, no mundo moderno, são várias as atividades que requerem o uso de energia, tornando-a com uma necessidade básica.

Por extensão, as diversas formas de obtenção de energia, por menos poluentes que sejam, ocasionam pontos positivos e negativos, com potenciais impactos ambientais.

A ocorrer tal fato, exsurge também os limites responsabilidade civil das empresas prestadoras de serviço de fornecimento de energia elétrica, na medida em que elas fazem às vezes do Estado na prestação do serviço público.

Efetuando estes importantes registros, a estruturação do trabalho desenvolve-se apresentando os fundamentos da prestação de serviços públicos pelo Estado, e a devida prestação do serviço público do fornecimento de energia elétrica considerada como um direito fundamental. Em seguida, expõem-se os limiares desta responsabilidade do fornecimento de energia ao lume dos limites da responsabilidade civil. Por fim, destaca-se que o exercício eficaz da prestação de um serviço público, no setor energético, deve pugnar pela proteção ambiental.

Nesse sentido, o presente artigo aborda a prestação do serviço público, no âmbito do Estado e do fornecimento de energia, posto diante do cenário da responsabilidade civil e sua inserção na proteção ambiental. Busca-se com este trabalho, sob o prisma da responsabilidade civil, debater sobre a efetividade da prestação do serviço público de fornecimento de energia elétrica, tendo como premissa um direito fundamental.

Para alcançar o objetivo pretendido com a pesquisa, o estudo apoiar-se-á na Constituição Federal, na legislação, na jurisprudência, e revisão de literatura, em interseção ao trinômio serviço público, direito fundamental e responsabilidade civil ambiental. A metodologia a ser utilizada para a realização deste trabalho será o método de abordagem dedutiva, através da exploração do acervo acima citado.

1 A DEVIDA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO E O DIREITO À ENERGIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

2

As necessidades de uma coletividade são consolidadas pela lei com a definição de um serviço como público, e a partir da regulação é concebido as forma de prestação destes serviços à sociedade. Com efeito, na doutrina, o conceito de serviço público pode ser delineado, tal como

apresentado alguns administrativistas (GALVÃO, 2016).

De acordo com Hely Lopes Meirelles, “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas de controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado” (MEIRELLES, 1993, p. 289).

Já consoante ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, conceitua-se serviço público de maneira sintetizada, como:

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada a satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público-portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais-, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo (MELLO, 2001, p. 600).

Para Eros Roberto Grau, a Constituição apresenta todos os contornos da noção jurídico-brasileira de serviço público. Assim o faz quando aparta essas atividades daquelas próprias dos particulares, entregando-as ao Estado como sendo um dever-poder (GRAU, 2001, p. 249).

Partindo para a conceituação do serviço público no âmbito da constitucional, a Constituição Federal de 1988 encerra todos os elementos e critérios para perfeita identificação das atividades que caracterizam serviço público. Desta forma, o de serviço público no direito brasileiro tem como base o Sistema Constitucional. Mesmo que alguma atividade tenha previsão expressa como sendo serviço público, sua natureza jurídica será verificada no texto constitucional e avaliada com a mesma para que se averigüe se há ou não de fato a presença de um serviço público (CATÃO, 2002).

Diante do exposto, a Constituição Federal traz no caput, do art. 175, as formas de prestação de serviço público:

Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado. (BRASIL, 1988)

Extrai-se da norma, que o Estado brasileiro assumiu o compromisso de garantir para o cidadão, todo um arcabouço de prestações sociais, de forma a viabilizar uma vida em sociedade

em consonância com a ideia de dignidade da pessoa humana (FRANÇA, 2004, p. 345).

Da mesma forma, verifica-se que a Constituição de 1988 prevê as bases para a uma descentralização da gestão dos serviços públicos, mediante técnicas como a de outorga de concessões e permissões.

No que tange ao tema ora abordado, dispõe o art.22, XII, “b”, da Carta, que:

Compete à União:

[...]

XII. explorar, diretamente ou mediante autorização concessão ou permissão:

[...]

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidro energéticos (BRASIL, 1988).

Mais adiante, prescreve o art. 175 que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (BRASIL, 1988).

E na forma do Parágrafo único desse mesmo dispositivo, ficou estabelecido que a lei deveria dispor sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado (BRASIL, 1988).

Forçoso é perceber as inúmeras necessidades básicas que permeiam a vida do homem contemporâneo. Tais utilidades básicas extrapolam a necessidade de acesso à alimentação, saúde ou educação, pois afinal, a própria manutenção da saúde, alimentação, bem como o exercício do direito à educação, que são consagrados direitos fundamentais e assegurados pelo art. 5º da Constituição Federal brasileira. Tais direitos dependem, atualmente, do acesso a outros bens, que *mutatis mutandis* devem ser considerados, também, como básicos para a concretização da vida digna. Nesta esteira, inclui-se, dentre outros, o acesso à energia elétrica como bem indispensável ao homem (ROSA; PES, 2012, p. 123).

Sob o pálio, há de se pensar os diversos aparelhos eletroeletrônicos que se tornam indispensáveis para uma vida com um mínimo de conforto e que em alguns casos, indispensáveis para o alcance de um mínimo de dignidade, como exemplo, do chuveiro elétrico, que se faz extremamente necessário durante o inverno do sul do Brasil; ainda, das necessárias lâmpadas elétricas nas escolas e casas para os estudantes, e da geladeira para aqueles que precisam guardar seus remédios em temperaturas adequadas (ROSA; PES, 2012, p. 123).

Impende destacar, “no contexto global deve-se perceber que o direito ao mínimo

existencial não pode ser reducionista, cabendo-lhe garantir apenas um mínimo dos mínimos” (TORRES, 2009), pugna por direitos fundamentais em sentido lato, quer sejam, amplos o suficiente para abarcar todas as necessidades básicas, bem como, assegurar também os meios para que as necessidades básicas sejam satisfeitas.

Com espeque neste raciocínio, podemos definir o direito ao mínimo existencial como:

[...] o núcleo essencial dos direitos fundamentais ancorado nos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito e na busca pela felicidade. Após a reserva do mínimo existencial, que garante a igualdade de chances, é que se iniciam a ação da cidadania reivindicatória e o exercício da democracia deliberativa, aptos a assegurar os direitos sociais prestacionais em sua extensão máxima, sob a concessão do legislador e sem o controle contra majoritário do judiciário (TORRES, 2009).

Atinente às considerações, destaca-se que os chamados direitos sociais referem-se à qualidade de vida dos indivíduos e devem ser garantidos pelo Estado. Como concebido na Constituição, em seu artigo 6º, a definição de direitos sociais, objetos de regulamentação por outras normas. Nesta gama de direitos está contemplada a educação, saúde, trabalho, alimentação, transporte, moradia, lazer, Previdência Social, segurança, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Devem-se trazer ao lume, as iniciativas de categorização do acesso à energia elétrica como direito social na Constituição. É o que prevê a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 44/2017 que começou a tramitar no Senado. Tal proposta tem como objetivo elevar o status da necessidade de energia elétrica para garantir o seu fornecimento para todo o território brasileiro. A PEC é justificada com fulcro no argumento de que “o acesso à energia elétrica é de fundamental importância para “garantir a dignidade humana”, pois possibilita o uso e acesso de diversos bens e serviços que dependem de fontes elétricas” (BRASIL, 2010).

Sublinhe-se a jurisprudência mais abalizada sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao enfrentar situação que envolvia como Agravante a Companhia Energética do Ceará (COELCE) e como Agravado o Município de Jucás, decidiu o STJ no sentido de que não é possível o corte no fornecimento do serviço sem prévia análise da essencialidade do serviço, quando o devedor for ente público (BRASIL, 2010). Da mesma forma, prevalece o entendimento de que, quando o devedor da conta de energia for ente público, não poderá ser realizado o corte de energia indiscriminadamente em nome da preservação do próprio interesse coletivo, sob pena de atingir a prestação de serviços públicos essenciais, tais como hospitais, centros de saúde, creches, escolas e iluminação pública (BRASIL, 2011).

À vista do exposto, a Constituição Federal conceitua e define os serviços públicos, bem como defende a primazia dos direitos fundamentais e do pleno exercício da cidadania, igualmente, é instrumento na defesa da dignidade da pessoa humana em seus aspectos amplos. Por conseguinte, com as atuais demandas, do cidadão, exsurge o direito ao acesso à energia elétrica como um direito

básico e indispensável.

3 A DEVIDA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Destaca-se que para o exercício pleno da dignidade é preciso ter condições basilares para isso, pois, por si só todos tem esse direito, simplesmente por ser pessoa, contudo, exercê-lo exige o preenchimento de uma série de aspectos. Aspectos estes que permeiam garantias mínimas de direito, afinal, a dignidade da pessoa humana abrangem os direitos sociais, e não há como falar em dignidade se não estiver garantido o mínimo vital (NUNES, 2009, p. 25).

Nessa vereda, tratando dos direitos inerentes à prestação de serviços públicos sob o foco da disponibilidade de energia e responsabilidade civil, o caput, do art. 25, da Lei nº 8.987/95 (BRASIL, 1995), aduz que o concessionário do serviço público responde objetivamente (independentemente da comprovação de dolo ou culpa) por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros. Assevera ainda o dispositivo legal que a fiscalização exercida pelo órgão competente não exclui, nem atenua a responsabilidade do concessionário (BOLZAN, 2012).

Enumera-se ainda como responsabilidade, a exigência de prestação de serviço público adequado e eficaz consoante previsão no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor. “Nos termos do art. 6º, da Lei de concessões e permissão, serviço público adequado é aquele prestado com regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade tarifária” (FADEL, 2009, p. 38).

Ainda, quanto às concessionárias, que são as prestadoras do fornecimento de energia elétrica, essas aderem também às normas do Código de Defesa do Consumidor. Segundo o art. 140 da resolução 440/2010 da ANEEL:

Art. 140. A distribuidora é responsável, além das obrigações que precedem o início do fornecimento, pela prestação de serviço adequado a todos os seus consumidores, assim como pelas informações necessárias à defesa de interesses individuais, coletivos ou difusos.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, assim como a melhoria e expansão do serviço (ANEEL, 2010).

Tratando-se ainda da responsabilidade, mais especificamente, o Código de Defesa do Consumidor, prevê às concessionárias, em seu artigo 22:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais,

contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código (BRASIL, 1990).

Ora face às considerações acima, conclui-se que: “o serviço público só é eficiente se for adequado” (NUNES, 2009, p. 105), respeitando as condições acima apontadas. A eficiência relativa a serviço público é exigida pelo Código de Defesa do Consumidor e sua observação atende a outros princípios que decorrem dele.

Retomando o pensamento de Hely Lopes Meirelles, e a respeito do princípio da eficiência voltado à prestação do serviço público: “é o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público” (NUNES, 2009, p. 104). Isso significa dar aos consumidores não apenas a devida prestação do serviço, mas sim garantir o direito de que estes tenham a satisfação de recebê-lo sem imperfeições, vícios e transtornos.

É de se perceber que o fornecedor de serviço público tem alguns princípios aos quais deve respeitar e que o fazem ser responsável por danos causados aos consumidores, seja por defeitos atinentes a prestação de serviço, ou pelas informações insuficientes e/ou inadequadas, nos termos do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor (NUNES, 2009, p. 104).

Nesse sentido, vale coaduna o entendimento de Maria Helena Diniz, o qual a responsabilidade civil gera a obrigação de indenizar, em suas palavras: “a responsabilidade civil tem, essencialmente, uma função reparadora ou indenizatória. Indenizar é ressarcir o dano causado, cobrindo todo o prejuízo experimentado pelo lesado” (DINIZ, 2005, p. 131), significa dizer que apontar a responsabilidade civil em determinada situação é identificar quem responderá pela reparação do dano que resultar dessa, isso porque se houve lesão nasce a encargo de indenizar.

Conforme Guimarães (2006, p. 233) indenização por danos materiais acontece “quando afeta fisicamente a pessoa, seus bens corpóreos ou interesses econômicos.” Rizzato Nunes (2009, p. 177) entende que é composta pelos danos emergentes e os lucros cessantes, Guimarães (2006, p. 234) por sua vez, diz que “é o efeito, direto e imediato, de ato ilícito, prejuízo que alguém sofre por deterioração, diminuição atual do patrimônio ou pelo que razoavelmente deixou de ganhar. Enseja reparação de perdas e danos”.

Corroborando o entendimento dos princípios ora expostos e requisitados pelos serviços públicos prestados pelas concessionárias de serviços públicos no setor de energia e sob o âmbito da responsabilidade civil, o Supremo Tribunal Federal (STF), em um agravo de instrumento no recurso extraordinário assim decidiu:

AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MATERIAIS. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. [...] “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS

MATERIAIS. QUEDA DE ENERGIA ELÉTRICA. DANOS EM APARELHO DE EMPRESA SEGURADA. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. SUBROGAÇÃO DA SEGURADORA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR PARTE DA CONCESSIONÁRIA. CASO FORTUITO NÃO DEMONSTRADO. DEVER DE INDENIZAR. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. PRECEDENTES DESTA CORTE. APELO DESPROVIDO”. 2. A Agravante afirma ter o Tribunal de origem contrariado o art. 37, § 6º, da Constituição da República. Argumenta que, “independentemente da responsabilidade objetiva que possa recair sobre a recorrente por conta da concessão de serviços públicos, esta resta afastada quando não comprovado o nexo causal entre a conduta da concessionária e os danos sofridos pela parte recorrida”. [...]. “Demonstrado o dano e sendo” ao ofensor (omitente) imputado a conduta lesiva que resultou na queda ou ausência de energia elétrica, cabia à empresa ré demonstrar que o defeito não pode lhe ser exigido, o que não ocorreu, ante a não juntada aos autos de prova nesse sentido. No caso em tela, não se verifica a ocorrência de nenhuma causa de exclusão de responsabilidade, portanto, configurado está o dever de indenizar, haja vista que estão presentes os três elementos da responsabilidade civil, quais sejam: o dano, a conduta ilícita civil e o nexo causal entre esta e àquela. Logo, decorre o dever de indenizar. [...]. STF - ARE: 830518 RS, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 25/08/2014, Data de Publicação: Dje-167 DIVULG 28/08/2014 PUBLIC 29/08/2014. (BRASIL, 2014).

Do exposto, forçoso é concluir tratando-se da prestação do serviço de distribuição de energia elétrica, as concessionárias devem ser responsabilizadas objetivamente por todos os prejuízos causados aos consumidores, independentemente de culpa conforme já explicitados acima.

4 A DEVIDA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA E A PROTEÇÃO AMBIENTAL

Cumprido apontar que cada forma de obtenção de energia, seja de forma renovável ou não, possui pontos positivos e negativos, todavia os pesos para cada forma devem ser atribuídos corretamente para que o planejamento seja válido e realmente possa mitigar os impactos ambientais. Urge o conhecimento e a quantificação adequada bem como um amplo planejamento energético como forma de mitigar os impactos ambientais provocados pela obtenção de energia elétrica (INATOMI; UDAETA, 2005, p. 189).

E a obtenção de energia sempre gera algum tipo de impacto ambiental, e conforme o empreendimento seja em grande ou pequena proporção. É com um planejamento integrado de recursos bem desenvolvido e devidamente avaliado, que é possível analisar a real necessidade de implantação de um projeto, mitigar os impactos ambientais provenientes da obtenção de energia elétrica, e promover o desenvolvimento sustentável (INATOMI; UDAETA, 2005, p. 189).

Face às considerações aduzidas, o Direito Ambiental impõe as regras e ações de proteção ambiental, nesta esteira, Pozzetti e Moneverde (2013, p. 203) ensinam que:

Os objetivos do Direito Ambiental é estabelecer regras cogentes, de maneira a prevenir danos futuros. Neste sentido, o direito ambiental atua no campo educativo, preventivo e não no âmbito reparador. As regras são postas no sentido de que as ações sejam tomadas antes que o dano se consolide. Como a crise ambiental assola o planeta como um todo, gerando diversas catástrofes, o direito ambiental se consolida através dos Princípios que lhe são próprios, no sentido de se invocá-los diante da ameaça de danos à saúde pública e ao meio ambiente. (POZZETTI; MONTEVERDE, 2013, p. 200).

Sob o viés da proteção ambiental, a Carta Constitucional de 1988 consagra, no §3º do artigo 225, o direito a um meio ambiente sadio, determinando a responsabilização dos infratores em reparar os danos causados. E a Lei n.º 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), além da visão sistêmica de meio ambiente natural, alarga o conceito e protege expressamente o meio ambiente artificial e cultural, ao arrolar os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural (BRASIL, 1998).

Uma vez constatada e comprovada a lesão ambiental, torna-se indispensável o estabelecimento da relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano dele advindo. Para isto, não é imprescindível que seja somente evidenciada a prática de um ato ilícito, mas que seja efetivamente demonstrada a existência do dano para o qual exercício de uma atividade perigosa exerceu decisiva influência (DALLA ROSA, 2011, p. 163).

Vale ressaltar que, mesmo sendo lícita a conduta do agente, tal fator torna-se irrelevante se dessa atividade resultar algum dano ao meio ambiente. Trata-se de uma consequência advinda da teoria do risco da atividade ou da empresa, o qual cabe o dever de indenizar àquele que exerce atividade considerada perigosa, consubstanciando ônus de sua atividade o dever de reparar os danos por ela causados. Assim, tal teoria decorre da responsabilidade objetiva, adotada pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente.

O dano pode ser denominado como o prejuízo (uma alteração negativa da situação jurídica, material ou moral) causado a alguém por um terceiro que se vê obrigado ao ressarcimento. A doutrina civilista tem entendido que somente é ressarcível o dano que preencha aos requisitos da certeza, atualidade e subsistência (GIEHL, 2006).

Sendo a responsabilidade civil ambiental objetiva, a produção de energia estará obrigada a reparar tanto os danos ocorridos quando ela atua sem a devida licença ambiental ou contrariando as normas por ela impostas, quanto os danos ocorridos quando ela age em estrito cumprimento às normas impostas pela licença ambiental. Do ponto de vista da responsabilização das empresas geradoras de energia, será irrelevante analisar a licitude ou não da atividade, pois isto teria apenas o condão de afastar a culpabilidade do agente o que é totalmente desnecessário para a teoria da responsabilidade objetiva (GIEHL, 2006).

Ainda conforme ensina Giehl (2006), a teoria da responsabilidade civil do Estado adotada pelo Brasil, consoante o que preconiza a maior parte da doutrina nacional, é a teoria do risco administrativo, segundo a qual o Estado responde objetivamente (sem análise da culpabilidade)

pelos danos que sua atividade cause a terceiros, exigindo-se, apenas, a conduta do agente (positiva ou negativa), o dano e o nexo de causalidade. Vale ressaltar que aos órgãos e entidades ambientais cabe estabelecer padrões e princípios gerais; realizar o Estudo de Impacto Ambiental, o processo de licenciamento ambiental e emitir a respectiva licença ambiental e realizar o controle e a inspeção das atividades das empresas geradoras de energia elétrica.

A guisa da responsabilidade civil, a Constituição Federal prevê, em seu § 6º, artigo 37, a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos frente aos danos que seus agentes causarem a terceiros (BRASIL, 1988). Ressaltam-se ainda, no plano legal e regulatório, que a responsabilidade estatal se estende às entidades da administração indireta, como as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as autarquias.

Conforme leciona, Santos (2017, p. 40):

A obrigação do Poder Público e da coletividade de efetivação do Estado Socioambiental de Direito, que surgiu com a Constituição de 1988, conduz à reflexão acerca da legalidade dos atos normativos tendentes à relativização da regulação ambiental. É importante mencionar que, por meio do Poder Judiciário, tem se buscado a máxima efetividade dos postulados constitucionais mediante o modelo axiológico denominado ‘neoconstitucionalismo’, o que pode resultar em conflitos jurídicos e arguições de inconstitucionalidade formal desses atos.

A obrigação de reparar danos, decorrente da responsabilidade civil, é recorrente no judiciário e surge nas mais diversas situações, tais como atropelamentos em rodovias cedidas, acidentes na rede de transmissão elétrica e até mesmo a falta de peixes em um rio em razão da construção de usinas hidrelétricas (BRASIL, 2017).

Assim, as empresas que firmam contratos para a execução de serviços como fornecimento de água ou energia, ou construção e conservação de rodovias, são responsabilizadas pelos possíveis danos na mesma proporção do poder público executando os mesmos serviços. Para o STJ, é aplicada a teoria de risco administrativo do negócio (BRASIL, 2017).

Tal entendimento, pode ser constatado no julgado REsp. 1.330.027:

Quanto à ré, concessionária de serviço público, é de se aplicar, em um primeiro momento, as regras da responsabilidade objetiva da pessoa prestadora de serviços públicos, independentemente da demonstração da ocorrência de culpa. Isso porque a recorrida está inserta na Teoria do Risco, pela qual se reconhece a obrigação daquele que causar danos a outrem, em razão dos perigos inerentes a sua atividade ou profissão, de reparar o prejuízo (BRASIL, 2017).

Sobre a matéria, outro julgado que merece nota é o REsp 1.095.575, a ministra Nancy Andrichi lembrou que, mesmo antes da introdução do Código Civil de 2002, já era reconhecida a responsabilidade objetiva da concessionária de serviços públicos, tendo em vista o risco inerente à atividade exercida (BRASIL, 2017).

Outro caso digno de nota e que demonstra os limites da responsabilidade civil envolvendo a prestação de serviço de geração de energia, sobrevém o caso envolvendo a instalação das Usinas Hidrelétricas Canoas I (entre Cândido Mota/SP e Itambaracá/PR) e II (entre Palmital/SP e Andira/PR), de propriedade da concessionária Duke Energy. O Inf. 574 do STJ sintetiza o julgamento:

O pescador profissional artesanal que exerça a sua atividade em rio que sofreu alteração da fauna aquática após a regular instalação de hidrelétrica (ato lícito) tem direito de ser indenizado, pela concessionária de serviço público responsável, em razão dos prejuízos materiais decorrentes da diminuição ou desaparecimento de peixes de espécies comercialmente lucrativas paralelamente ao surgimento de outros de espécies de menor valor de mercado, circunstância a impor a captura de maior volume de pescado para a manutenção de sua renda próxima à auferida antes da modificação da ictiofauna (BRASIL, 2017).

Em resumo, para a instalação das usinas, foi necessário o represamento do rio, de modo que as condições ambientais ficaram mais propícias a espécies de peixes de médio/pequeno porte (ditas “sedentárias”, em contrapartida às “migradoras”, muitas vezes de grande porte). E desta forma, seguiram-se rigorosamente as exigências legais, tendo havido EIA/RIMA que apontou, dentre as condicionantes, a necessidade de introdução de espécies de peixes mais adaptadas à vida no lago (represa) das hidrelétricas.

Inconformado com a instalação das usinas e o represamento do rio, um pescador profissional artesanal, que exercia sua profissão nesse rio, pediu indenização por danos materiais e morais, sustentando ter havido diminuição/desaparecimento de peixes de espécies comercialmente lucrativas, paralelamente ao surgimento de outros de espécies de menor valor de mercado. Tendo a sentença acolhido os seus pedidos, fixando, a título de danos materiais, pensionamento de 1/2 salário mínimo mensal até a data da aposentadoria do autor e R\$ 7.000 a guisa de danos morais. Interposta apelação, o TJ/PR manteve a sentença objurgada. Daí o recurso especial ao STJ. (EMAGIS, 2018).

À vista do exposto, a responsabilidade da empresa prestadora do serviço persegue os mesmos critérios da responsabilidade do Estado; uma vez que o comando constitucional alcança a empresa de Direito Privado que prestar serviço público. Nesta toada, significa que o concessionário vai responder pelos danos causados ao usuário. Havendo nexos causal entre o dano e a conduta, a empresa será responsável. Oportuno ressaltar que o comando do artigo em comento protege tanto o usuário do serviço quanto o terceiro que sofra o dano (RIBEIRO, 2014, p. 16).

O deslinde da questão, é que se constata evidente que as concessionárias respondem pelos prejuízos sejam eles causados aos usuários do serviço ou a terceiros. Bruno Gonçalves Pereira em passagem clara assim esclarece:

[...] na hipótese da concessionária de energia elétrica, em plena atividade de reparação de cabos elétricos, ou seja, no exercício da prestação do serviço objeto da concessão, venha a provocar dano a terceiros, devesse responder de forma objetiva, conforme se extrai do já citado artigo 37, § 6º, Carta Magna. A

entidade sujeitar-se-á a responsabilidade objetiva como se fora o próprio Estado. (PEREIRA, 2013, p. 62).

Conclui-se que as concessionárias de serviços públicos respondem pelos danos e prejuízos causados, na medida em que elas fazem às vezes do Estado na prestação do serviço público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Extraem-se da análise doutrinária o reconhecimento que o serviço público de fornecimento de energia é necessário à vida contemporânea e a plena satisfação dos anseios sociais, inclusive como meio de prover uma vida em sociedade em consonância com a ideia de dignidade da pessoa humana.

Em que pese as várias necessidades diárias e essenciais do cidadão, a exemplo da educação e da saúde, sustenta-se que o direito à energia elétrica, atualmente, possui uma valoração jurídica, social e antropológica, alçada ao rol dos direitos fundamentais.

Ao final desse trabalho verificou-se que apesar do acesso à energia elétrica ser considerado um direito fundamental e, portanto, intimamente ligado à dignidade da vida humana, muitas vezes, a sua indispensabilidade não é reconhecida pelo Estado, acarretando, por vezes, uma infeliz judicialização daquilo que deveria ser uma política pública promovida espontaneamente pela Administração.

À luz do panorama apresentado, é necessário reconhecer que ter acesso à energia elétrica propicia que os indivíduos tenham melhores condições de vida e, por vezes, à própria vida, como nos casos de equipamentos hospitalares que permitem a manutenção da atividade cardíaca ou respiratória.

Lado outro, colocar em disponibilidade energia elétrica em suas várias fontes, exige o estudo da responsabilidade jurídica, eminentemente, a civil e ambiental.

Assim, as concessionárias que tem por escopo a produção de energia estão obrigadas a reparar tanto os danos ocorridos quando atuam sem a devida licença ambiental ou contrariando as normas por ela impostas, bem como, quando os danos ambientais ocorreram apesar do cumprimento às normas impostas pela licença ambiental.

Incide sobre a prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica e suas nuances de produção, o fator de proteção ambiental. Fator este sempre sustentado na responsabilidade civil ambiental objetiva. Desta forma, enfatizou-se no trabalho que a responsabilização das empresas geradoras de energia independe da licitude ou não da atividade, bem como, dos elementos subjetivos do dolo ou culpa, ante a adoção da teoria da responsabilidade objetiva.

Conclui-se, portanto, que o tema em questão se reveste de robusta complexidade, porquanto, na medida em que o direito ao acesso à energia é fundamental, importante também é a construção de uma doutrina jurídica vigorosa que fundamente a responsabilidade das empresas fornecedoras de energia, sempre em vista à construção de uma sociedade fundada na Dignidade

da Pessoa Humana que exige o acesso à energia e que a vida se insira, sem paradoxo, em um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS

ANEEL - AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução Normativa nº 414, de 9 de setembro de 2010**. Estabelece as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica de forma atualizada e consolidada. 2010. Brasília, DF: ANEEL, 2010. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BOLZAN, Fabrício. Serviços públicos. **Jus Brasil**. 2012. Disponível em: <https://fabriciobolzan.jusbrasil.com.br/artigos/121819347/servicos-publicos>. Acesso em: 2 abr. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm. Acesso em: 5 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 9 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. A responsabilidade do Estado e das concessionárias de serviços públicos. **Especial Notícias STJ**, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/A-responsabilidade-do-Estado-e-das-concessio%C3%A7%C3%ABAblicos. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nº 1.329.795 - CE (2010/0131851-9)**. Agravante: Companhia Energética do Ceará - COELCE. Agravado: Município de Jucás. Relator: Ministro Herman Benjamin, 5 de outubro de 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15995702/ag-1329795>. Acesso em: 17 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nº 1.336.503 - RO (2010/0144408-2)**. Agravante: Centrais Elétricas de Rondônia S/A - CERON. Agravado: Porto do Velho Comércio de Alimentos Ltda. Relator: Ministro Cesar Astor Rocha, 5 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17133542/ag-1336503>. Acesso em: 2 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental ARE: 830518 RS**. Relator: Min.

Cármem Lúcia, 25 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000218082&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 30 abr. 2018.

CATÃO, Adrualdo de Lima. O serviço público no direito brasileiro. Breves comentários acerca de sua natureza jurídica. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2606>. Acesso em: 25 abr. 2018.

DALLA ROSA, Mardióli. O dano ambiental ocasionado pela exploração desenfreada dos recursos naturais. **Veredas do Direito: direito ambiental e desenvolvimento sustentável**, Belo Horizonte, v. 7, n. 13-14, 2011. Disponível em: https://www.domhelder.edu.br/%2Frevista%2Findex.php%2Fveredas%2Farticle%2Fdownload%2F16%2F152&usg=AOvVa_w1SERX9s4-dA8Y1hY8Uinio. Acesso em: 30 abr. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 7.

EMAGIS. **Danos ocasionados por construção de hidrelétrica**. 2018. Disponível em: <http://www.emagis.com.br/area-gratuita/voce-sabia/danos-ocasionados-por-construcao-de-hidreletrica/>. Acesso em: 30 abr. 2018.

FADEL, Marcelo Costa. **O direito da energia elétrica sob a ótica do consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a Prestação de Serviços Públicos por Entidades do Terceiro Setor. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 238, p. 345, out./dez. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/44086/44759>. Acesso em: 30 abr. 2018.

GALVÃO, Vitor Turton Lopes. Breves considerações sobre o conceito de serviço público. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 16 abr. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55656&seo=1>. Acesso em: 25 abr. 2018.

GIEHL, Germano. A responsabilidade civil ambiental e o gás natural. **Portal Jurídico–Trinolex.com**, v. 2, n. 1, 2006. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12559%26revista_caderno%3D28?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4339&revista_caderno=5#_ftn17. Acesso em: 29 abr. 2018.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. *In*: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 249.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

INATOMI, Thais Aya Hassan; UDAETA, Miguel Edgar Morales. **Análise dos impactos ambientais na produção de energia dentro do planejamento integrado de recursos**. 2005. Disponível em: https://www.academia.edu/36538516/AN%3%81LISE_DOS_IMPACTOS_AMBIENTAIS_NA_PRODU%3%87%3%83O_DE_ENERGIA_DENTRO_DO_PLANEJAMENTO_INTEGRADO_DE_RECURSOS 189-205. Acesso em: 5 nov. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

PEREIRA, Rodrigo Gonçalves. Responsabilidade civil das concessionárias de energia elétrica pelos danos causados em decorrência de curto circuito elétrico. **Fórum Administrativo**. 2013. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/xmlui/handle/11037/5721>. Acesso em: 30 abr. 2018.

POZZETTI, Valmir Cesar; MONTEVERDE, Jorge Fernando Sampaio. Gerenciamento ambiental e descarte de lixo hospitalar. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 200, jan./abr. 2013.

RIBEIRO, Osmail. **Responsabilidade das concessionárias de energia elétrica pelos danos causados aos usuários**. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <http://tcconline.utp.br/media/tcc/2015/05/responsabilidade-das-concessionarias-de-energia-eletrica-pelos-danos-causados-aos-usuarioS.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

ROSA, Taís Hemann; PES, João Hélio. Análise jurisprudencial do direito de acesso à energia elétrica. *In*: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (org.). **Direitos sociais e políticas públicas I**. São Paulo: Publica Direito, 2012. p. 123-137.

SANTOS, Thiago Flores; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Relativização da regulação ambiental pelo estado de emergência. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, n. 30, p. 117-142, set./dez. 2017. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1168>. Acesso em: 2 abr. 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Como citar: RODRIGUES, Marcos Vinicius; REZENDE, Elcio Nacur. Responsabilidade civil ambiental decorrente do serviço público de fornecimento de energia elétrica. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 49-63, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p.49. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 15/05/2018

Aprovado em: 18/02/2019

REVISITANDO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM TEMPOS DE DESCONSTRUÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS (EDUCAÇÃO E TRABALHO): CONTRIBUTO DE GIOVANNI PICO DELLA MIRANDOLA

REVISITING THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON IN TIMES OF THE DEVELOPMENT OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS (EDUCATION AND LABOR): CONTRIBUTIONS OF GIOVANNI PICO DELLA MIRANDOLA

Juliane Caravieri Martins*

* Professora Adjunta na graduação e no Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), Coordenadora da Revista da Faculdade de Direito (UFU), Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutora em Ciências da Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo (PROLAM/USP) e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) E-mail: julianecaravieri@gmail.com

Como citar: MARTINS, Juliane Caravieri. Revisitando a dignidade da pessoa humana em tempos de desconstrução de direitos sociais fundamentais (educação e trabalho): contributo de Giovanni Pico Della Mirandola. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 64-86, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p. 64. ISSN: 1980-511X

Resumo: Giovanni Pico della Mirandola desenvolveu a ideia de que o homem pode ascender na cadeia das criaturas pelo exercício de suas capacidades intelectuais o que seria a garantia de dignidade da existência humana na vida terrestre, contribuindo para a compreensão da dignidade da pessoa humana nos pactos internacionais, bem como na Constituição brasileira de 1988. O respeito à dignidade da pessoa humana permite a concretização dos direitos fundamentais sociais dos cidadãos, mas, na atualidade brasileira, tem-se visível afronta à sua fundamentalidade, em especial na área da educação e do trabalho. Houve a aprovação da ‘reforma’ trabalhista (Lei nº 13.467/2017) que esgarçou o sistema juslaboral de proteção e a adoção na educação superior pública da figura do docente voluntário. Tais situações promovem profundo retrocesso social no Estado Democrático de Direito mediante a desconstrução de direitos sociais fundamentais dos cidadãos brasileiros.

Palavras-chave: Dignidade humana. Direitos sociais. Cidadania. Trabalho. Educação.

Abstract: Giovanni Pico della Mirandola developed the idea that man can ascend in the chain of creatures by exercising his

intellectual abilities which would guarantee the dignity of human existence in his earthly life. This school of thought contributed to the understanding of the dignity of the human person in international agreements, as well as in the Brazilian Constitution of 1988. Moreover, respecting the dignity of the human person is the first step in guaranteeing other fundamental social rights, but, in the Brazilian context, there is a visible confrontation in its importance, especially in the area of education and labor. Furthermore, the approval of the Brazilian labor reform (Law n. 13.467/2017) shattered the labor protection system and unfortunately created the institute of “volunteer professors” in higher education. Such situations promote a deep social inequality in Brazil’s Democratic State of Law through the deconstruction of fundamental social rights.

Keywords: Human dignity; social rights; citizenship; labor; education.

INTRODUÇÃO

O ser humano, enquanto ser social e político, sempre procurou estabelecer regras de convivência em comunidade, objetivando a harmonia na coexistência com seus semelhantes desde tempos remotos da civilização. O direito é, pois, originário da própria natureza do homem que “sentiu” a necessidade de conversão dos anseios sociais em normas coercitivas, superando a época em que a força física prevalecia na vida em comunidade.

Remonta ao período axial, entre aos anos de 600 a.C a 480 a.C., as primeiras reflexões do homem sobre si mesmo e a tentativa de explicar a dignidade humana, destacando-se como Zaratrusta na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e Dêutero-Isaías¹ em Israel os quais difundiram ideias acerca da compreensão do homem no mundo.

Após o período axial, “[...] o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.” (COMPARATO, 2007a, p. 11-120). Entretanto, foram necessários vinte e cinco séculos para que se positivasse num documento escrito, de cunho universal, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948, que todas as pessoas nasciam livres e iguais em dignidade e direitos (art. I).

No decorrer da história e da civilização, evoluiu a concepção da dignidade da pessoa humana como indissociável do direito, em especial no âmbito dos direitos humanos e fundamentais, pois ela não esteve sempre presente nas leis escritas para todos os povos e os Estados. Esta concepção foi construída e reconstruída permanentemente ao longo do tempo a partir do convívio em comunidade, pois “o valor da pessoa humana enquanto ‘valor-fonte’ da ordem de vida em sociedade encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem.” (LAFER, 2006, p. 20).

Então, a dignidade da pessoa humana despontou, após o término da Segunda Guerra Mundial, como princípio e valor de maior importância nos Estados Democráticos de Direito, sendo a referência ético-jurídica a inspirar o direito construído e positivado, norteador a interpretação e aplicação das normas em nível interno e internacional. Tal concepção representou uma resposta mundial aos regimes totalitários, em especial nazista e fascista, que praticaram atrocidades contra a pessoa humana em função das diferenças étnicas, culturais, religiosas etc. Porém, a “reconstrução” dos direitos humanos, iniciada no pós-1945, encontra-se atualmente ameaçada apesar das declarações, dos pactos e dos organismos internacionais existentes em sua defesa.

Sob esse prisma, é de suma importância visitar a concepção de dignidade da pessoa humana à luz do pensamento de Giovanni Pico della Mirandola (1463-1494) exarado no Discurso sobre a Dignidade do Homem (*Oratio de Hominis Dignitate*), sobretudo nos tempos atuais em

1 O livro de Isaías abrange um período de quase trezentos anos, assim, nem todos os capítulos poderiam ter sido escritos pela mesma pessoa. A maioria dos estudiosos da Bíblia acredita que os capítulos 01 a 39 foram escritos pelo profeta chamado Proto-Isaías, enquanto os capítulos 40 a 55 teriam sido escritos por profetas anônimos que viveram nos séculos seguintes, sendo chamados de Dêutero-Isaías (PROFETAS..., 2006, p. 35).

que se verifica a reiterada desconstrução dos direitos sociais fundamentais no Brasil, apesar da Constituição de 1988 possuir significativo elenco desses direitos os quais integram o patrimônio jurídico dos cidadãos brasileiros.

A realidade brasileira contemporânea se mostra distante da efetivação dos preceitos constitucionais, sobretudo na educação e no trabalho que estão entre os direitos sociais fundamentais (art. 6º da CF), pois o governo federal - amparado em diretrizes neoliberais disseminadas a partir do Consenso de Washington (1989) - está implementando ações que promovem significativo retrocesso social. Dentre tais ações, está a aprovação da reforma trabalhista pela Lei nº 13.467/2017 que esgarçou o sistema juslaboral de proteção aos trabalhadores e a adoção na educação superior pública, principalmente nas universidades federais, da figura do docente voluntário, situações que aprofundarão as desigualdades sociais e econômicas nos anos vindouros da nação brasileira.

Assim, o presente estudo dividiu-se em três partes. Primeiramente, buscou-se apreender a concepção de dignidade da pessoa humana no pensamento de Giovanni Pico della Mirandola. A seguir, centrou-se na análise da dignidade humana como princípio e valor constitucional. Por fim, apreendeu-se a fundamentalidade dos direitos sociais sob influência da concepção de dignidade de Pico della Mirandola e a vedação ao retrocesso social na Constituição brasileira de 1988, enfocando criticamente o significado da ‘reforma’ trabalhista (Lei nº 13.467/2017) e a adoção na educação superior pública da figura do docente voluntário, principalmente nas universidades federais.

Como metodologia científica, a pesquisa utilizou os seguintes métodos: dialético (contraposição entre tese e antítese) e histórico-sociológico (investigação de fatos, processos e instituições ao longo do tempo). Quanto à técnica de pesquisa, utilizou-se a bibliográfico-doutrinária, enfocando interdisciplinarmente o Direito Constitucional e os Direitos Humanos.

Desse modo, com fundamento nas lições de Giovanni Pico della Mirandola, a pesquisa tentou, na medida do possível, refletir acerca dos direitos sociais fundamentais inspirados nessa concepção jusfilosófica de dignidade humana, sobretudo em tempos sombrios de globalização neoliberal excludente ora vivenciados.

1 FUNDAMENTOS JUSFILOSÓFICOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA POR GIOVANNI PICO DELLA MIRANDOLA

Giovanni Pico della Mirandola, filósofo humanista, nasceu em Mirandola, próximo a Modena (Itália), em 24 de fevereiro de 1463, morrendo aos trinta e um anos de idade em Florença, em 17 de novembro de 1494, ficando conhecido como “a fênix dos gênios”, em função da amplitude e precocidade de seu saber. Era filho de Gian Francesco I e Giulia Boiardo, Conde e Condessa de Concordia e de Mirandola, e impressionava, desde a infância, por suas faculdades intelectuais, dedicando-se aos estudos. Sua mãe destinou-o à vida eclesiástica e, em 1477, foi enviado, aos quatorze anos, para a Universidade de Bolonha, no intuito de estudar Direito Canônico. Entretanto, após dois anos de estudos jurídicos, descobriu que não estava seguindo o caminho adequado (LOIA, 2006).

Entre 1479 e 1480, Pico della Mirandola realizou o curso de Letras em Ferrara, sob a orientação de Batista Guarino de Verona e, posteriormente, instalou-se em Pádua (1481-1482), onde se dedicou aos estudos de Filosofia e Teologia que, no seu entender, representariam conhecimentos mais aprofundados da realidade humana. Nesse período, resgatou, em seus estudos, as ideias de Platão, Aristóteles, São Tomás de Aquino e outros, aprofundando seus conhecimentos nas línguas latina e grega, tendo praticado também o árabe e o hebraico. Ele passou, ainda, sete anos viajando pela Itália e França, estudando nas principais faculdades em Ferrara, Pádua, Mântua, Pavia, Florença e Paris. O seu objetivo principal era a conciliação entre a religião e a filosofia (LOIA, 2006).

A partir de 1484, Pico della Mirandola ingressou na Academia Florentina e, acolhendo os ensinamentos de seu mestre Marcílio Ficino, alterou suas concepções do aristotelismo paduano para o platonismo florentino, sendo que estas últimas o seguirão no seu pensamento filosófico. De 1485 a 1486, dirigiu-se a Paris para aperfeiçoar seus conhecimentos em Filosofia e línguas orientais e depois retornou à Itália onde aprofundou seus estudos na Cabala e no hebraico com dois mestres judeus: Elias de Mendigo e Flávio Mitríades (LOIA, 2006).

Retornando da França à Itália, em 1486, em Fratta, Pico della Mirandola, com somente vinte e três anos, redigiu a sua obra mais original, sob o prisma do contexto histórico-social da época, propondo-se a reunir neste trabalho todo o conhecimento que havia adquirido até aquele momento. Desse modo, em dezembro de 1486, tornou pública a polêmica obra “Novecentas Teses” ou “Conclusões” (*Conclusiones nongentae in omni genere scientiarum*) ao fixar o elenco das Teses nas portas de Roma (antigo costume acadêmico em voga na vida universitária da época), lançando, assim, aos juízes da banca examinadora o desafio de avaliá-las e ficou aguardando por um ano o resultado do julgamento. O Discurso sobre a Dignidade do Homem (*Oratio de Hominis Dignitate*), escrito em latim, não foi concebida como uma obra autônoma, mas representou uma introdução às “Novecentas Teses” (LOIA, 2006).

Entretanto, treze das Teses não foram aprovadas, sendo consideradas heréticas e proibidas de divulgação, justamente aquelas integrantes da segunda parte do trabalho em que Pico della Mirandola exprimia as suas opiniões. Assim, ele apresentou sua resposta aos examinadores da banca, intitulada *Apologia* (1487), contrária à desaprovação de suas treze teses, mas não obteve sucesso, sendo condenado à prisão pelo Santo Ofício da Inquisição. Utilizando-se de suas influências políticas, em 1488, Giovanni Pico della Mirandola conseguiu ser posto em liberdade, retornou à Itália, sob a proteção de Lourenço, o Magnífico², e refugiou-se em Florença onde passou a viver de modo singelo e austero, renunciando aos seus bens materiais e dedicando-se aos estudos religiosos até a sua morte em 1496. Giovanni Francesco Pico della Mirandola, seu sobrinho, publicou a *Oratio de Hominis Dignitate*, postumamente à morte do tio, precedida de uma biografia onde tentou reabilitar a sua figura, maculada pela Santa Inquisição (LOIA, 2006).

A *Oratio* está dividida em duas partes: a primeira analisa a questão da natureza e da

2 Lourenço de Médici (1449-1492), chamado o Magnífico, foi o governante de Florença (Itália) no período renascentista do *quattrocento*.

dignidade do homem, justificando o estudo da filosofia como instrumento para a concretização dessa natureza; a segunda parte, por sua vez, representa uma justificação da existência de contraditórias posições filosóficas e religiosas acerca dessa natureza e dignidade, sendo que, no presente estudo, serão realizadas considerações acerca somente da primeira parte da obra.

Na *Oratio de Hominis Dignitate*³ é nítida a influência humanista e renascentista no pensamento de Giovanni Pico della Mirandola, pois a temática da obra é inovadora para a época porque, até aquele momento, os filósofos e os pensadores, influenciados pela Idade Medieval, estavam mais direcionados a temas relacionados às questões de cunho religioso não se preocupando em explicar a natureza humana.

Giovanni Pico della Mirandola imaginou que Deus, ao completar a sua obra, tendo criado todas as criaturas, povoando o mundo terrestre com animais de toda espécie e o mundo celeste com espíritos puros, acabou gerando outra criatura - um ser consciente - que fosse capaz de apreciar a sua criação divina, amando sua beleza e admirando a sua vastidão. Assim, Deus criou o homem que, ao contrário das demais criaturas, não possuía um lugar próprio e específico no âmbito da criação e, para compensar essa “inadequação” (o homem seria naturalmente incompleto), Deus decidiu, em sua infinita sabedoria, que ao homem fosse conferida a capacidade de apreender sobre si mesmo, sobre a natureza e os demais animais.

Então, Pico della Mirandola desenvolveu a ideia de que o homem poderia ascender na cadeia das criaturas pelo exercício de suas capacidades intelectuais o que seria a garantia de dignidade da existência humana na vida terrestre. Assim, a própria dignidade humana residiria na afirmação de que somente os seres humanos poderiam mudar a si mesmos pelo seu livre arbítrio, possuindo a vida que almejavam.

Para o Conte di Concórdia e della Mirandola, o homem é um ser entre dois mundos – o mundo celeste que é superior e o mundo terrestre, inferior – e entre dois tempos -, a finitude e a eternidade – mas é também um ser dotado de corpo, de sensibilidade e de razão e, como suprema e mais perfeita criatura de Deus, é portador de uma “natureza indefinida” que necessita de ser concretizada, isto é, realizada de acordo com esta sua essência. Neste sentido, o homem é livre e responsável perante a vida que tem e a vida que quer ter, visto que esta é obra sua. Pode-se, assim, falar de uma natureza animal, uma natureza propriamente humana e uma natureza divina que coexistem no homem visto, neste sentido, como um microcosmos de toda a realidade (LOIA, 2006, p. XLVI).

Na *Oratio*, a partir de complexos argumentos, raciocínios e citações de livros sagrados (nem todos cristãos), Pico della Mirandola pretendeu situar o homem como um ser digno que, do ponto de vista de sua singularidade e perfectibilidade, seria superior aos querubins e serafins oriundos diretamente de Deus. No transcorrer desta obra, que elogiava o homem, ele demonstrou

3 Esta obra apresenta o profundo conhecimento do autor acerca dos filósofos gregos, cristãos, judeus e árabes, além de conter referências a metafísica, antropologia, religião e magia. Esses estudos, fortemente influenciados por Platão, levaram Giovanni Pico della Mirandola a tentar conciliar a filosofia clássica, especialmente a grega, com o cristianismo, questionando o lugar do homem no mundo. Logo, o homem é concebido como sendo de diferentes ordens do universo: a divina, a celeste e a terrena, o que corresponderia ao corpo, a alma e ao espírito humanos.

o quanto Deus foi sublime e admirável na criação da espécie humana e o quanto caberia ao próprio ser humano manter a sua dignidade e ampliar a sua condição de perfectibilidade como forma de glorificar a Deus.

Assim, o homem possui a felicidade de ser livre para escolher seu caminho, obter o que deseja e ser aquilo o que quer, podendo, inclusive, ascender na cadeia evolutiva, sendo anjo e filho de Deus. Mirandola (2006, p. 57 e p. 59) viu o homem como animal celeste de natureza vária, multiforme e mutável, semelhante a um camaleão:

Ó suma liberalidade de Deus pai, ó suma e admirável felicidade do homem! ao qual é concedido obter o que deseja, ser aquilo que quer. As bestas, no momento em que nascem, trazem consigo do ventre materno, como diz Lucílio, tudo aquilo que depois terão. Os espíritos superiores ou desde o princípio, ou pouco depois, foram o que serão eternamente. Ao homem nascente o Pai conferiu sementes de toda a espécie e germes de toda a vida, e segundo a maneira de cada um os cultivar assim estes nele crescerão e darão os seus frutos. Se vegetais, tornar-se-á planta. Se sensíveis, será besta. Se racionais, elevar-se-á a animal celeste. Se intelectuais, será anjo e filho de Deus, e se, não contente com a sorte de nenhuma criatura, se recolher no centro da sua unidade, tornado espírito uno com Deus, na solitária caligem do Pai, aquele que foi posto sobre todas as coisas estará sobre todas as coisas. Quem não admirará este nosso camaleão? [...] Daí o dito caldaico de que o homem é animal de natureza vária, multiforme e mutável.

O Conde della Mirandola pregou o homem como milagre da criação divina, de modo que, graças à possibilidade de ser tudo o que quisesse, ele se tornaria o centro do universo, a centralidade do mundo, o mediador das realidades terrena, celeste e divina. Tais preceitos lançaram as raízes da visão antropocêntrica que influenciaria a filosofia e as ciências no período após o Renascimento. Portanto, na condição de representante do humanismo renascentista, Mirandola (2006, p. 55-57) evidenciou a pessoa humana enquanto ser terreno e celeste, ou seja, na condição de sujeito central do mundo:

Já o Sumo Pai, Deus arquitecto, tinha construído segundo leis de arcana sabedoria este lugar do mundo como nós o vemos, augustíssimo templo da divindade. Tinha embelezado a zona superceleste com inteligências, avivado os globos etéreos com almas eternas, povoado com uma multidão de animais de toda a espécie as partes vis e fermentantes do mundo inferior. Mas, consumada a obra, *o Artífice desejava que houvesse alguém capaz de compreender a razão de uma obra tão grande, que amasse a beleza e admirasse a sua grandeza*. Por isso, uma vez tudo realizado, como Moisés e Timeu atestam, *pensou por último criar o homem*. [...] Assim, tomou o homem como obra de natureza indefinida e, colocando-o no meio do mundo, falou-lhe deste modo: “*Ó Adão, não te demos nem um lugar determinado, nem um aspecto que te seja próprio, nem tarefa alguma específica, a fim de que obtenhas e possuas aquele lugar, aquele aspecto, aquela tarefa que tu seguramente desejares, tudo segundo o teu parecer e a tua decisão*. A natureza bem definida dos outros seres é refreada por leis por nós prescritas. Tu, pelo contrário, não constringido por nenhuma limitação, determiná-la-ás para ti,

segundo o teu arbítrio, a cujo poder te entreguei. Coloquei-te no meio do mundo para que daí possas olhar melhor tudo o que há no mundo. Não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, *a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo*, te plamasse e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido [...] (grifo nosso).

Revela-se, assim, a valorização do homem como soberano de si mesmo, orientado por sua razão e livre arbítrio, como a centralidade do mundo, superior às outras criaturas, sendo a sua dignidade condição intrínseca da sua natureza de “camaleão”, multiforme e mutável. As considerações deste filósofo renascentista contribuíram para a consolidação da visão antropocêntrica da relação homem e mundo. Entretanto, a partir do século XIX, com o desenvolvimento do capitalismo industrial e financeiro, houve a agudização do individualismo como referencial adotado nas sociedades, proporcionando a mitigação da dignidade da pessoa humana.

É notório nas declarações de direitos elaboradas após o século XIX e influenciadas pelo Iluminismo, o “abandono” da referência ao homem como criatura divina e, conseqüentemente, da sua dignidade como intrinsecamente relacionada a um poder divino e superior, sendo enfatizada a visão do homem como ser individual e singular, dotado de racionalidade e de igualdade perante o direito⁴, resgatando-se concepções da filosofia grega.

Historicamente, o fundamento da dignidade humana justificou-se a partir de três aspectos complementares e não excludentes: o religioso, o filosófico e o científico. No âmbito religioso, o monoteísmo realçou a dignidade da pessoa humana, destacando-se, no relato bíblico da Gênese, que na criação do mundo Deus criou primeiramente os animais mais simples, sobrepondo-os uns aos outros, até a criação final do ser mais complexo: o homem, criado à sua imagem e semelhança (*imago Dei*), estando situado entre o Céu e a Terra e possuindo, a um só tempo, natureza divina e terrena. No âmbito da antropologia filosófica, a dignidade humana está relacionada à condição do homem como animal racional e à sua consciência, individual e coletiva, dessa questão única no mundo. [...] Finalmente, sob o aspecto científico, a dignidade humana está relacionada à condição do homem como espécie que ocupa o ápice do processo evolutivo, oriundo da transformação dos hominídeos primitivos na espécie *homo sapiens*. Ademais, o homem, ao atingir esse ponto na cadeia evolutiva, com o desenvolvimento da ciência, em especial a genética, passa a interferir não somente em seu entorno, mas se volta para o próprio corpo humano no intuito de manipulá-lo a seu bel prazer, transformando-se de criatura em criador (COMPARATO, 2007b, p. 481-483).

Portanto, é notória a difícil tarefa de estabelecer algum conceito jusfilosófico para a dignidade da pessoa humana ante as constantes alterações ao longo da história da compreensão acerca da natureza humana, sendo importante, nos dias atuais, a contribuição de Giovanni Pico della Mirandola na seara dos direitos sociais fundamentais.

4 Nesse sentido, foram elaboradas a *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América* de 1776, a *Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789 e a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948.

2 A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO E VALOR CONSTITUCIONAL

No âmbito do humanismo renascentista do século XV, demonstrou-se fundamental o pensamento de Giovanni Pico della Mirandola para a concepção de dignidade humana a fim de apreender o homem como o milagre da criação divina, guiando-se por seu livre arbítrio, sendo semeada a visão antropocêntrica do ser humano na condição de sujeito central do mundo, da *polis* e da *communitas*. Após a segunda metade do século XX, a dignidade humana foi erigida ao *status* de princípio e valor de maior importância presente nas Constituições dos Estados Democráticos, sendo a referência ético-jurídica a nortear a interpretação e a aplicação do direito, especialmente os direitos humanos e fundamentais.

Mas, afinal, como se pode conceituar a dignidade da pessoa humana? Segundo o *Vocabulário Jurídico*, a dignidade deriva do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), representando a qualidade moral de uma pessoa e servindo de base ao próprio respeito em que é compreendida. Além disso, é entendida como “[...] o próprio procedimento da pessoa, pelo qual se faz merecedor do conceito público. Mas, em sentido jurídico, também se entende como a *distinção* ou *honraria* conferida a uma pessoa, consistente em *cargo* ou *título* de alta graduação.” (SILVA, 2005, p. 458).

Abbagnano (2007, p. 326), quando se refere à dignidade, faz menção direta a Immanuel Kant na *segunda formulação do Imperativo Categórico*, sistematizado na “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, o qual dispõe: “age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio”. Portanto, todo o ser humano deve ser visto como um fim em si mesmo, possuidor de um valor (a dignidade) e não como mercadoria descartável no mundo capitalista.

Portanto, segundo Kant (2008), “tudo possui ou um preço ou uma *dignidade*. Aquilo que tem preço pode ser substituído por algo *equivalente*; por outro lado, o que se acha acima de todo preço e, portanto, não admite nada equivalente, encerra uma dignidade”. Em sentido semelhante, Garcia (2004, p. 211) pontua que “a dignidade da pessoa humana corresponde à compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente”. Por fim, Sarlet (2007, p. 62) formula conceito de cunho jusfilosófico para a compreensão da dignidade humana, a saber:

[...] além de reunir a dupla perspectiva ontológica e instrumental referida, procura destacar tanto a sua necessária faceta intersubjetiva e, portanto, relacional, quanto a sua dimensão simultaneamente negativa (defensiva) e positiva (prestacional). Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana *a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além*

de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (grifo do autor).

É nessa direção jusfilosófica que deve caminhar a compreensão da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a dignidade do trabalhador no âmbito dos Estados Democráticos, sendo protegida integralmente pelo direito. A dignidade da pessoa humana, incluindo o homem-trabalhador, é inerente à própria condição humana e não deve ser mitigada, pois, nesse caso, o ser humano - embora ser único e insubstituível - passará a ser tratado como mercadoria sujeita às trocas no sistema capitalista, contrariando a *segunda formulação do Imperativo Categórico* de Immanuel Kant.

Essa acepção da dignidade da pessoa humana, como princípio e valor constitucional, foi incorporada nas Constituições de diversos países, destacando-se na Europa: Alemanha (art. 1º, I), Grécia (art. 2º, I), Irlanda (Preâmbulo), Itália (art. 3º), Espanha (Preâmbulo e art. 10, § 1º) e Portugal (art. 1º). Na América do Sul, a dignidade da pessoa humana está presente na Constituição do Paraguai (Preâmbulo), da Venezuela (Preâmbulo), do Peru (art. 4º), da Bolívia (art. 6º, II) e do Chile (art. 1º).

No Brasil, na Constituição de 1988, chamada de *Constituição Cidadã*, a dignidade humana foi consagrada ao longo de todo o texto constitucional, com ênfase no art. 1º, inciso III como fundamento do Estado Democrático de Direito; como finalidade precípua da ordem econômica (art. 170) e da ordem social (art. 193); como fundamento da família e do planejamento familiar (art. 226, §7º), tendo especial proteção do Estado. Apresentou-se, ainda, como princípio que assegurará uma vida digna à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso, sendo dever da família, da sociedade e do próprio Estado (arts. 227 e 230). Ademais, a dignidade humana orienta e protege as relações de trabalho, incluindo o trabalho subordinado exercido por conta alheia, e irradia-se pelos arts. 7º a 11 da Constituição ao disciplinar os direitos sociais (individuais e coletivos) dos trabalhadores.

Então, a dignidade da pessoa humana - sistematizada por diversos filósofos ao longo da história humana, especialmente por Giovanni Pico della Mirandola como já demonstrado - foi incorporada e positivada pelo direito, cristalizou-se nas declarações e pactos internacionais firmados pelos Estados após a segunda metade do século XX e adentrou nas ordens constitucionais de diversos países, principalmente ocidentais, como princípio e valor de maior importância axiológica, unificando os direitos humanos e fundamentais.

Piovesan (2006, p. 31) dispõe acerca do significado e da importância do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional e no âmbito internacional:

Sustenta-se que é no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a

hermenêutica constitucional contemporânea. Consagra-se, assim, a dignidade humana como *verdadeiro superprincípio* a orientar tanto o direito internacional como o direito interno. [...] Assim, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do direito constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. *A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo*, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido. (grifo nosso)

Analisando a dignidade humana com conceito e valor constitucional, Bartolomei (1987, p. 11 e p. 23) compreende-a como ordem de valor superior (*Grundnorm*) a orientar a interpretação e a aplicação do direito:

[...] *il concetto di “dignità umana” non è già, esclusivamente, una pretesa contro lo Stato, né è un diritto che possa essere esercitato contro altri, ma è un concetto giuridico costituzionale a livello istituzionale con la c.d. pluralità di effetti: a) nessuna “norma” costituzionale può porsi in contrasto con tale concetto, né il concetto è suscettibile di modificazione mediante revisione costituzionale; b) ogni norma, sia di grado costituzionale, sia di grado subordinato che si ponga in contrasto con detto concetto, va dichiarata inconstituzionale; c) tutta la serie degli atti amministrativi, nonché giurisdizionali non confaceti con il medesimo concetto debbono ritenersi illegittimi. [...] Tale ordine di valori vede come Grundnorm la dignità umana il cui concetto viene a concretare uno di quei principi costituzionale superiori che vale per tutti i campi del diritto: contiene e/o esprime proposizioni precettive regolative di tutte i campi del diritto: da quella d’indirizzo politico a quella legislativa, dalla funzione giurisdizionale a quella amministrativa, e così via.*

Desse modo, a dignidade da pessoa humana é vista como princípio e norma de maior hierarquia axiológica na ordem constitucional brasileira, pois se consubstancia em mandamento nuclear do sistema jurídico pátrio a orientar a interpretação e a concretização dos direitos fundamentais. Portanto, se houver a mitigação do princípio da dignidade humana, estar-se-á ignorando o conteúdo axiológico-valorativo que o fundamenta e, conseqüentemente, toda a carga histórico-filosófica que o embasa.

Havendo a mitigação do princípio da dignidade humana, ter-se-á a relativização do ser humano, seja em favor do capital nas relações de trabalho quando, por exemplo, há a diminuição de direitos para que se garantam postos de emprego ou quando se implementam políticas públicas que fomentam trabalhos precários e flexíveis que, embora desrespeitem a dignidade do trabalhador e afrontem o direito ao trabalho digno, são justificadas pelos governos como medidas para a diminuição do desemprego etc.; seja, também, em favor da ciência genética no uso de embriões humanos em experiências científicas e na aceitação da prática do aborto no caso de fetos anencéfalos, dentre outros casos. Em tais situações sempre haverá argumentos utilitaristas que justifiquem a relativização da dignidade humana em prol de um “bem maior” que a sociedade

global de consumo tenha elegido como prioridade em detrimento do respeito ao ser humano.

Não se pode olvidar que a dignidade humana é inerente à própria condição humana, mas se for mitigada, cada pessoa - ser único e insubstituível - será tratada como mercadoria, estando sujeita às relações comerciais e financeiras do sistema capitalista global.

Portanto, após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana deve ser sempre vista e considerada como o princípio constitucional de *maior hierarquia axiológica* em face de sua importância ético-jurídica para a humanidade e na qualidade de vetor de proteção aos direitos sociais fundamentais dos cidadãos, especialmente no âmbito da educação e do trabalho, consoante analisado a seguir.

3 A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E A VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA – REFLEXÕES SOBRE EDUCAÇÃO E TRABALHO

A partir da compreensão da dignidade humana sob o prisma jusfilosófico, é preciso verificar os termos “*Direitos do Homem*”, “*Direitos Humanos*” e “*Direitos Fundamentais*” no contexto da concepção contemporânea dos direitos humanos. Essa discussão foi impulsionada, no século XX, pela doutrina alemã a partir da Constituição ou Lei Fundamental (*Grundgesetz*) da República Federal Alemã de 1949 ao estabelecer:

[...] uma distinção entre direitos humanos (*Menschenrechte*) e direitos fundamentais (*Grundrechte*). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas no interior dos Estados, ou no plano internacional: são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis e nos tratados internacionais. Segundo essa concepção, os direitos humanos em sentido estrito vigoram como princípios jurídicos não declarados textualmente em diplomas normativos (COMPARATO, 2007, p. 516).

Nesse sentido, Canotilho (2002, p. 393) preleciona:

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (grifo do autor)

Acerca dos direitos fundamentais, Ferrajoli (2011, p. 9) também dispõe:

Proponho uma definição teórica, puramente formal ou estrutural, de “direitos fundamentais”: são “direitos fundamentais” todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por *status* a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor de atos que estão em exercício.

Então, apesar de os direitos humanos e os fundamentais possuírem diversas definições baseadas na necessidade de seu reconhecimento a fim de garantir a dignidade da pessoa humana, nem sempre eles coincidirão porque nem todos os direitos humanos consagrados no plano internacional foram reconhecidos no plano interno dos Estados na condição de direitos fundamentais.

A Constituição brasileira de 1988, apesar de possuir um texto extremamente avançado com detalhado rol de direitos, caracterizou-se pelo uso da diversidade de termos, destacando-se, *ilustrativamente*, as seguintes expressões: direitos humanos no art. 4º, inciso II e no art. 5º, §3º; direitos e garantias fundamentais na epígrafe do Título II e no art. 5º, § 1º; direitos e liberdades constitucionais no art. 5º, inciso LXXI e o art. 60, §4º, inciso IV dispõe sobre direitos e garantias individuais.

No plano internacional há também o uso variável de expressões para os direitos da pessoa humana. A *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948) estabelece no Preâmbulo o necessário respeito aos “direitos do homem”, mais à frente cita a “fé nos direitos fundamentais do homem” e o respeito aos “direitos e liberdades fundamentais do homem”. A *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia* (2000) usa o termo “direitos fundamentais” e, por seu turno, a *Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem* (1948) apresenta as expressões “direitos do homem” e “direitos essenciais do homem”.

Em suma, em termos didáticos, os direitos humanos são considerados aqueles resguardados na ordem jurídica internacional enquanto os direitos fundamentais estão previstos no ordenamento constitucional dos Estados, mas a *essência* ou o *fundamento* de ambos os direitos é similar: a *preservação da dignidade da pessoa humana em sua integralidade porque integra a própria condição humana*.

Dessa maneira, os direitos humanos e os fundamentais são considerados indispensáveis e necessários para assegurar a todas as pessoas uma vida digna, livre e mais igualitária, pois se correlacionam com a dignidade humana que é condição intrínseca à própria condição humana. Enfim, a distinção entre direitos humanos e fundamentais, apregoada pelos juristas, possui mais caráter didático porque a *essência* ou o *fundamento* desses direitos efetivamente é a mesma, ou seja, visam à proteção da dignidade humana em sua integralidade, havendo diferenciação apenas no grau de concreção positiva: *positivação no âmbito do direito constitucional ou do direito internacional dos direitos humanos*.

No bojo dos direitos fundamentais estão inseridos os direitos sociais que podem ser

entendidos como direitos subjetivos. Entretanto, estes “não são meros poderes de agir – como é típico das liberdades públicas de modo geral – mas sim poderes de exigir. São direitos de ‘crédito’” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 49-50). O sujeito passivo dos direitos sociais é o Estado enquanto responsável pelo seu atendimento ou concretização na convivência social; por outro lado, o objeto de tais direitos é tipicamente “uma contraprestação sob a forma da prestação de um serviço. [...] Ou, na impossibilidade de satisfazer o direito por uma prestação direta, uma contrapartida em dinheiro.” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 51).

Os direitos sociais buscam a implementação da *justiça social* mediante o fomento integral da pessoa humana e o respeito à sua dignidade, almejando a concretização dos princípios constitucionais da isonomia e de não discriminação. Enfim, os direitos sociais fundamentais são “[...] *derechos de la persona concreta y situada, donde, por razones culturales, sociales, físicas o psíquicas, personas o colectivos se encuentran en desigualdade de condiciones sobre otras. Son los derechos de la mujer, de los niños, de los ancianos, de los minusválidos, de los consumidores.*” (MARTÍNEZ, 1999, p. 65).

De acordo com Luño (2007, p. 65), os direitos sociais gozam de um *regime de proteção jurídica reforçada*, justamente em razão de sua fundamentalidade e de seu conteúdo essencial na ordem constitucional, a saber:

La protección de los derechos fundamentales quedaría en entredicho de no hallarse previstos instrumentos normativos de garantía dirigidos a evitar la alteración de su contenido. Los derechos fundamentales son parte del núcleo definitorio de la propia Constitución, cuya permanencia se hace necesaria para mantener y salvaguardar la propia identidad del texto constitucional. De ahí que la mutación del estatuto de los derechos fundamentales no implique una mera mutación parcial de la norma básica, sino que puede entrañar la sustitución de una Constitución por otra. [...].

Logo, os direitos sociais se enquadram na categoria de direitos fundamentais, pois sua fundamentalidade decorre da sua essência ancorada na dignidade da pessoa humana, consoante preceitos analisados à luz do pensamento de Giovanni Pico della Mirandola.

Nesse sentido, o art. 6º da Constituição estabeleceu que são direitos sociais “a **educação**, a saúde, a alimentação, o **trabalho**, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” (grifo nosso). Tais direitos se enquadram na categoria de fundamentais, gozando de regime de proteção jurídica mais significativa decorrente da *força normativa da Constituição brasileira e do caráter vinculativo e obrigatório* de suas disposições (regras ou princípios)⁵. Portanto, os direitos previstos no art. 6º

5 Segundo Hesse (1983, p. 74), “[...] resulta de fundamental importancia para la preservación y la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución la interpretación constitucional. Esta se encuentra sometida al mandato de la realización óptima de la norma. Que dicho mandato no puede ser cumplido con los medios de la subsunción lógica o de la construcción conceptual es algo que se comprende por sí mismo. Si el Derecho, y en especial el Derecho constitucional, ve condicionada su eficacia por las concretas relaciones sociales, la interpretación no podrá entonces ignorarlas. Tendrá que apreciar estos condicionamientos y ponerlos en relación con el contenido normativo del precepto constitucional. La interpretación correcta será aquella que, bajo las condiciones concretas de la situación

se desdobram ao longo do texto constitucional em outros preceitos normativos, contribuindo para minimizar as desigualdades sociais e reforçando o vínculo da cidadania, pois cidadão é “aquele que detém direitos civis (liberdades individuais) e políticos (participação política), mas também direitos sociais (trabalho, educação, habitação, saúde e prestações sociais em tempo de vulnerabilidade). O vínculo da cidadania, sob esse ponto de vista, materializa-se em duplo sentido.” (MARTÍNEZ, 1999, p. 65, tradução nossa).

Na ordem jurídica brasileira, a Constituição de 1988 inaugurou novos contornos para a concepção de cidadania, incluindo-a dentre os princípios e direitos fundamentais (art. 1º, II da CF) a fim de conceder a máxima efetividade aos direitos sociais fundamentais (art. 5º, §1º da CF). Na contemporaneidade, há ainda outras dimensões a balizar a cidadania, pois se está diante de direitos de titularidade difusa e universal que requerem a inclusão de pessoas com particularidades e diversidades culturais, étnicas etc. Logo, faz-se necessário o reconhecimento de uma “*ciudadania multicultural*” na medida em que o cidadão poderá exercer várias cidadanias (locais, regionais, nacionais etc.) no âmbito de diferentes comunidades políticas a que pertença (SMANIO, 2009, p. 17).

Nesse contexto, o **princípio da proibição de retrocesso social** está umbilicalmente relacionado ao respeito à cidadania e à garantia dos direitos fundamentais já conquistados pelos cidadãos brasileiros, decorrendo, principalmente, de princípios como o do Estado Democrático e Social de Direito, o da dignidade da pessoa humana, o da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais e o da segurança jurídica, conforme Sarlet (2006, p. 320-321) também preleciona:

[...] verifica-se que a proibição de retrocesso, mesmo na acepção mais restrita aqui enfocada, também resulta [...] diretamente do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais. Por via de consequência, o art. 5º, § 1º, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o art. 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais, já que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança.

Desse modo, o legislador ordinário, na elaboração das normas infraconstitucionais, e os órgãos públicos, na concretização dessas normas, não podem restringir ou suprimir os direitos fundamentais, principalmente sociais como é o caso da educação e do trabalho, havendo, em nível constitucional, *limites ao poder de livremente reformar a Constituição*, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais (art. 60, § 4º, inciso IV).

dada, realice de forma óptima el sentido de la regulación normativa. Ello implica el que, con el cambio de las relaciones de hecho, la interpretación de la Constitución también pueda cambiar, tenga incluso que cambiar. Pero al mismo tiempo en la vinculación de toda interpretación constitucional al sentido de la regla normativa radica el límite a cualquier interpretación constitucional por medio de la interpretación. La finalidad (telos) del precepto constitucional y su clara voluntad normativa no deben ser sacrificados al cambio de situación. Cuando el sentido de una regulación normativa no puede ser realizado en una realidad modificada sólo queda la posibilidad de la revisión constitucional”.

Entretanto, a realidade fática brasileira se mostra bastante distante da efetivação desses preceitos constitucionais porque se vivencia no país nos últimos anos o aprofundamento do processo de desconstrução dos direitos sociais, ameaçando as mais diferentes áreas, como a educação em que o Estado está contratando professores voluntários temporários no ensino público superior, principalmente nas universidades públicas federais. Essa modalidade de trabalho não gera vínculo empregatício e nem obrigações trabalhistas e previdenciárias, trazendo profunda insegurança jurídica aos trabalhadores.

A Resolução nº 02, de 11 de setembro de 2018, do Conselho Nacional de Educação do Ministério da Educação e Cultura (MEC) - publicada no DOU em 12 de setembro de 2018, seção 01, p. 147 - instituiu diretrizes para o *trabalho voluntário na educação básica e superior* que já vinha sendo utilizado nas universidades públicas federais com fulcro na Lei nº 9.608/1998, precarizando o labor intelectual dos professores e, por via reflexa, desconstruindo o direito fundamental à educação (arts. 6º e 205 da CF).

Segundo prevê o art. 1º da Lei nº 9.608/1998, considera-se serviço voluntário, a *atividade não remunerada* prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou a instituição privada de fins não lucrativos que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência à pessoa. O serviço voluntário *não gera vínculo empregatício*, nem obrigação de natureza trabalhista previdenciária ou afim.

O serviço voluntário será exercido mediante a celebração de termo de adesão entre a entidade, pública ou privada, e o prestador do serviço voluntário, dele devendo constar o objeto e as condições de seu exercício (art. 2º da Lei nº 9.608/1998). O prestador do serviço voluntário poderá ser ressarcido pelas despesas que comprovadamente realizar no desempenho das atividades voluntárias as quais deverão estar expressamente autorizadas pela entidade a que for prestado o serviço voluntário (art. 3º da Lei nº 9.608/1998).

A adoção da figura do professor voluntário em universidades públicas federais se respalda na Lei nº 9.608/1998, em resoluções específicas de cada instituição de ensino superior e agora está chancelada pelo MEC na Resolução nº 02/2018 ao permitir a utilização de estudantes no desenvolvimento de atividades pedagógicas e educacionais que eram, até então, desenvolvidas pelos docentes efetivos.

A situação é caótica e deveras preocupante, pois, além da questão da precarização do trabalho intelectual desses profissionais, ocorre também a contratação pelo Estado de professores voluntários, substituindo pessoal permanente, para a prestação de serviços sem a realização do concurso público. Tal fato viola o art. 37, *caput* e inciso II da Constituição, pois o concurso é a forma mais democrática de acesso de pessoas aos cargos públicos em observância ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput* da CF).

Somente poderia ocorrer exceção à regra geral do concurso público em casos excepcionais, autorizados no art. 37, IX da Constituição, havendo a previsão dos casos permitidos (*numerus clausus*) na Lei nº 8.745/1993⁶. Nestes casos, haveria a contratação de trabalhadores por tempo

6 Dispõe sobre a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional

determinado e sem concurso público para atender a *necessidade temporária de excepcional interesse público*, ou seja, foram estabelecidas exceções restritivas ao acesso a cargos, empregos e funções públicas em consonância com os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput* da CF), norteadores dos atos do Estado no exercício da função administrativa.

No caso da docência, o art. 2º da Lei nº 8.745/1993 autoriza a admissão de *professor substituto e professor visitante*, bem como de *professor e pesquisador visitante estrangeiro* (incisos IV e V, respectivamente) para suprir a necessidade temporária de excepcional interesse público. O parágrafo 1º do art. 2º da Lei nº 8.745/1993 aponta que a contratação de professor substituto (IV) somente poderá ocorrer para suprir a falta de professor efetivo em razão de: vacância do cargo; afastamento ou licença, na forma do regulamento e nomeação para ocupar cargo de direção de reitor, vice-reitor, pró-reitor e diretor de campus. O número total de professores contratados nesta modalidade não poderá ultrapassar vinte por cento do total de docentes efetivos em exercício na instituição federal de ensino (art. 2º, § 2º da Lei nº 8.745/1993).

O parágrafo 5º do art. 2º da Lei nº 8.745/1993 estabelece que a contratação de *professor visitante* e de *professor visitante estrangeiro* (IV e V, respectivamente) tem por objetivo: apoiar a execução dos programas de pós-graduação *stricto sensu*; contribuir para o aprimoramento de programas de ensino, pesquisa e extensão; contribuir para a execução de programas de capacitação docente e viabilizar o intercâmbio científico e tecnológico.

Desse modo, no caso de professores não efetivos, a Lei nº 8.745/1993 apresenta rigorosamente os casos permitidos para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Entretanto, o governo federal está burlando a aplicação desta norma, permitindo a contratação de professores voluntários (não efetivos) em situações que extrapolam os limites jurídicos disciplinados na Lei nº 8.745/1993, precarizando o labor intelectual dos professores nas universidades públicas federais. Por via reflexa, não há efetividade aos direitos fundamentais à educação e ao trabalho digno os quais estão sendo dilacerados no Brasil.

No âmbito laboral, vislumbra-se nas últimas décadas que o Direito do Trabalho brasileiro sofreu ataques de várias frentes, no contexto nacional e internacional, que alardearam que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) estaria ultrapassada e engessaria o desenvolvimento econômico, a geração de empregos e a competitividade das empresas. Tais discursos flexibilizadores, de cunho neoliberal, são falaciosos, pois objetivaram apenas o desmonte da legislação laboral brasileira, que goza de proteção constitucional, bem como a extinção da Justiça do Trabalho que promove a efetivação da justiça social, sendo especializada na resolução das lides trabalhistas, conforme competência material prevista no art. 114 da Constituição.

Nesse contexto, foi aprovada a Lei nº 13.467/2017, chamada de “reforma” trabalhista, que impactou no Direito Material e Processual do Trabalho, esgarçando o sistema juslaboral de proteção aos trabalhadores. Tal situação é crítica porque a desproteção dos obreiros é evidente pelo conteúdo da maioria das alterações realizadas por tal lei no texto celetista e seu impacto na geração

interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal e dá outras providências.

de empregos mostrou-se ínfimo até o presente momento, pois há no Brasil mais de doze milhões de pessoas desempregadas na atualidade.

À título exemplificativo, no Direito Individual do Trabalho, destaca-se o contrato de trabalho intermitente (art. 443, §3º da CLT) que possui jornada de trabalho e salário variáveis, compreendendo períodos de atividades e inatividades não previamente estabelecidos entre o empregado e o empregador - independentemente do ramo da atividade econômica -, causando total incerteza aos obreiros se o seu trabalho será requisitado ou, ainda, o valor efetivo da remuneração recebida ao final do mês, violando os princípios trabalhistas da continuidade da relação de emprego e da proteção laboral (princípio *tuitivo* ou *tutelar*).

Introduziu-se também na norma celetista a tarifação do dano extrapatrimonial (art. 223-A e seguintes da CLT), impondo faixas de reparação dos danos extrapatrimoniais segundo a natureza e a gradação da lesão sofrida (leve, média, grave e gravíssima) para as indenizações devidas aos empregados, tendo por base o salário contratual. Tal preceito normativo viola o princípio constitucional da isonomia e o direito à igualdade (art. 5º, *caput* da CF), pois impõe parâmetros diferenciados de indenização aos trabalhadores com base na sua remuneração, algo inexistente no Direito Civil brasileiro para outros sujeitos de direito.

Outra modificação decorrente da “reforma” foi o termo anual de quitação do contrato de trabalho (art. 507-B da CLT) que facultou aos empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de trabalho, dar quitação anual das obrigações trabalhistas devidas. É notório que os empregados, na condição de parte hipossuficiente da relação empregatícia, serão compelidos à assinatura anual deste termo de quitação das verbas trabalhistas a fim de manterem seus postos de trabalho, principalmente em razão do número expressivo de desempregados atualmente existente no país, ainda que discordem dos valores a serem quitados ou na pendência de obrigações trabalhistas não pagas. Logo, caberá ao empregado hipossuficiente a prova da ocorrência de possível erro, dolo ou coação na assinatura deste termo de quitação, o que estimulará a proliferação de abusos e práticas ilícitas por parte daqueles empregadores que agem de má-fé.

No campo do Direito Coletivo do Trabalho, a “reforma” promoveu o enfraquecimento do sindicato, muito ao contrário do que foi alardeado, pois tornou facultativa a cobrança da contribuição sindical sem outra contrapartida financeira (art. 579, CLT); permitiu a realização de banco de horas, prorrogação e compensação de jornada (art. 59, CLT) e jornada de trabalho 12x36 (art. 59-A, CLT) por acordo individual, esvaziamento a atuação sindical; extinguiu a homologação sindical das rescisões contratuais de empregados com mais de um ano de vigência de contrato de trabalho pela revogação do §1º do art. 477, CLT; dispensou a autorização prévia do sindicato para as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas (art. 477-A, CLT), dentre outras situações.

Na seara do processo do trabalho, dentre as várias mudanças realizadas na norma consolidada pela “reforma”, cita-se exemplificativamente a inclusão do §4º no art. 790 da CLT exigindo a comprovação da hipossuficiência do trabalhador para a concessão da gratuidade dos atos processuais, ou seja, o obreiro deverá apresentar muito mais do que a simples declaração. No

caso de pessoa natural, a hipossuficiência é presumida no art. 99, §3º do CPC cuja aplicação deve ser subsidiária no processo do trabalho (art. 15 do CPC e art. 769 da CLT). Esta imposição para se comprovar a hipossuficiência dificulta ao trabalhador o pleno exercício do seu direito fundamental de acesso à tutela jurisdicional justa e efetiva garantida no texto constitucional (art. 5º, XXXV e LXXIV da CF).

Em relação aos honorários periciais, a alteração da parte final do *caput* do art. 790-B da CLT exigiu o pagamento dos honorários periciais pela parte sucumbente na pretensão objeto da perícia mesmo na condição de ser beneficiária da gratuidade dos atos processuais – o que se aplicava a muitos trabalhadores na condição de reclamantes -, violando o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional. O §4º do art. 790-B da CLT autorizou, ainda, a utilização de créditos de natureza alimentar obtidos pelo trabalhador na ação em curso ou noutro processo (trabalhista ou não) para o pagamento dos honorários periciais. Este parágrafo é inconstitucional ao violar direitos fundamentais dos trabalhadores, em especial o direito à vida e à saúde no meio ambiente do trabalho, o devido processo legal e o direito de acesso à prestação jurisdicional justa e efetiva no âmbito individual ou coletivo.

Por seu turno, o art. 878 da CLT passou a exigir que a execução trabalhista seja iniciada, em regra, por provocação do exequente, sendo de ofício quando as partes estiverem no exercício do *jus postulandi* (art. 791, CLT) e no caso das contribuições sociais oriundas das sentenças proferidas na Justiça do Trabalho e dos acordos por ela homologados (art. 876, parágrafo único, CLT). Criam-se, assim, procedimentos distintos para o exequente-trabalhador e para a exequente-Fazenda Pública em detrimento daquele que terá cerceado seu pleno exercício de acesso à tutela jurisdicional justa e efetiva.

Em síntese, as alterações realizadas pela “reforma” trabalhista na Consolidação das Leis do Trabalho, em sua maioria expressiva, objetivaram a desconstrução dos direitos sociais laborais conquistados pelos cidadãos nos últimos séculos.

Desse modo, a realidade demonstra que se vivencia no Brasil etapa sombria de desmonte da estrutura de bem-estar social e de direitos sociais, principalmente na educação e no trabalho consoante apontado, que vem sendo empreendida sob os auspícios da globalização econômica neoliberal que está esvaziando e anulando a dignidade da pessoa humana, apregoada desde Giovanni Pico della Mirandola, em prol de interesses das elites econômicas e políticas que estão no poder.

CONCLUSÃO

O ser humano “criou” o direito, convertendo as necessidades sociais e políticas em normas cogentes de conduta e convivência social, disciplinando suas relações na vida em comunidade. No decorrer da história e da civilização humanas evoluiu a concepção da dignidade da pessoa humana como indissociável do direito, pois ela não esteve sempre presente nas leis escritas para todos os povos e Estados, mas foi construída e reconstruída permanentemente no convívio social na

condição de valor inerente à condição humana.

Sob esse prisma, verificou-se a importância do pensamento de Giovanni Pico della Mirandola, no âmbito do humanismo renascentista do século XV, ao apreender o homem como o milagre da criação divina, a centralidade do mundo e o mediador das realidades terrena, celeste e divina, guiando-se por seu livre arbítrio, semeando-se, assim, a ideia de que a pessoa seria o sujeito central do mundo, da *polis* e da *communitas*.

Giovanni Pico della Mirandola desenvolveu a ideia de que o homem pode ascender na cadeia das criaturas pelo exercício de suas capacidades intelectuais o que seria a garantia de dignidade da existência humana na vida terrestre. Assim, a própria dignidade humana residiria na afirmação de que somente os seres humanos poderiam mudar a si mesmos pelo seu livre arbítrio, tendo responsabilidade pela vida que tinham. Revela-se, assim, a valorização do homem como soberano de si mesmo, orientado por sua razão e livre arbítrio, como a centralidade do mundo, sendo a dignidade uma condição intrínseca à sua natureza de “camaleão”, multiforme e mutável.

As considerações deste filósofo renascentista contribuíram para a consolidação da visão antropocêntrica do mundo. Entretanto, a partir do século XIX, com o desenvolvimento do capitalismo industrial e financeiro, houve a agudização do individualismo como referencial adotado nas sociedades, proporcionando a mitigação dessa dignidade da pessoa humana.

Entretanto, Immanuel Kant entendeu que a ação humana deveria se limitar por primados éticos, que convencionou chamar de imperativos categóricos, tendo como referência a *relação Eu-Outro*, pois o homem não poderia ser visto no mundo de forma isolada como senhor absoluto de sua vontade e liberdade, mas, ao invés disso, estaria em constante inter-relação e interdependência com seu semelhante, devendo nortear sua ação por princípios éticos e racionais que considerassem a pessoa humana como um fim em si mesma.

Assim, a dignidade da pessoa humana cristalizou-se nas declarações, pactos e convenções internacionais firmados pelos Estados, sobretudo após a segunda metade do século XX, sendo incorporada, posteriormente, nas ordens constitucionais de diversos países, principalmente ocidentais, inclusive no Brasil, como princípio e valor de maior hierarquia axiológica a fim de nortear a interpretação e aplicação do direito, em especial dos direitos humanos e fundamentais.

Na Constituição brasileira de 1988, a dignidade humana foi consagrada ao longo de todo o texto constitucional, com ênfase no art. 1º, inciso III como fundamento do Estado Democrático de Direito; na condição de finalidade precípua da ordem econômica (art. 170) e da ordem social (art. 193); bem como orientando e protegendo as relações de trabalho nos contornos evidenciados nos arts. 7º a 11 da Constituição.

Portanto, o respeito à dignidade da pessoa humana permite a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, principalmente dos direitos sociais, que se desdobram ao longo do texto constitucional em outros preceitos normativos como a educação e o trabalho, sendo compreendidos como indispensáveis e necessários para assegurar a todas as pessoas uma existência digna, livre e igual, minimizando as desigualdades sociais e reforçando o vínculo da cidadania.

Porém, o Congresso brasileiro e o governo federal promoveram visível afronta à

fundamentalidade dos direitos sociais e ao princípio de vedação ao retrocesso social ao permitirem a aprovação da “reforma” trabalhista cujas “novidades” inseridas no texto celetista, em sua maioria expressiva, objetivaram apenas a desconstrução dos direitos trabalhistas, prevalecendo os interesses da globalização neoliberal e excludente que transforma as pessoas em mercadorias.

Esta “nova” desordem capitalista global impulsiona a desconstrução dos direitos sociais laborais, promovendo a generalização da *flexibilidade laboral* com a crescente *precarização do trabalho humano* e das *condições de trabalho* para que as empresas se mantenham competitivas, em nível interno e internacional, em detrimento da dignidade humana do trabalhador, comprometendo a efetividade social dos direitos trabalhistas e, conseqüentemente, a busca da justiça social.

Na seara da educação, destacou-se o uso indiscriminado de professores voluntários no ensino superior, principalmente nas universidades públicas federais, evidenciando que a educação brasileira não está sendo considerada como projeto de Estado, mas como projeto de um governo de cunho neoliberal que, mediante ações e políticas públicas restritivas, está promovendo o retrocesso social e a desconstrução dos direitos fundamentais sociais. A situação é preocupante, pois, além da questão da precarização do trabalho intelectual desses profissionais, está ocorrendo a contratação de professores voluntários, substituindo pessoal permanente, para a prestação de serviços sem a realização do concurso público em afronta ao art. 37, *caput* e II da Constituição, pois o concurso é a forma mais democrática e isonômica de acesso de pessoas aos cargos públicos (art. 5º, *caput* da CF).

Chanceladas pelo Congresso Nacional brasileiro, tais situações representam profundo retrocesso social ao Estado Democrático de Direito, desconstruindo direitos sociais fundamentais (educação e trabalho), colocando o país no caminho inverso ao que propõe a Constituição ao estabelecer que, dentre os objetivos do Estado brasileiro, está a construção de uma sociedade justa e solidária com a erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III da CF).

Então, está prevalecendo atualmente o jogo de interesses de elites econômicas e políticas que simplesmente está “rasgando” os compromissos assumidos pelo Brasil perante a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a comunidade internacional, bem como “esfacelando” os preceitos resguardados na Constituição Cidadã de 1988.

Contrariamente a esse “estado de coisas”, todo o ser humano, em especial o trabalhador, deveria sempre ser visto como um fim em si mesmo, possuidor de um valor (a sua dignidade) e não como mera mercadoria descartável, sendo-lhe garantidas políticas públicas que promovessem sua reintegração social na comunidade e sua recolocação profissional no mercado de trabalho, contribuindo para a concretização dos direitos sociais fundamentais ao trabalho digno e à educação superior pública, gratuita e de qualidade, pois “[...] o comportamento ético é bom ou é mau conforme ele seja bom ou mau para os laços de nossa irmandade natural. Só pode ser bom, à luz da ética quântica, o comportamento que trata o próximo como irmão.” (TELLES JUNIOR, 2014, p. 280).

Essa interpretação compatibiliza, no âmbito do Constitucionalismo do século XXI, os

fundamentos do Estado Democrático e Social de Direito - a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho - com o objetivo de se construir uma sociedade fraterna e pluralista, reduzindo-se as desigualdades sociais, minimizando a pobreza e a marginalização sociais, nos termos do pensamento de Giovanni Pico della Mirandola - exarado na *Oratio de Hominis Dignitate* - que deve ser revisitado em tempos tão sombrios de desconstrução dos direitos sociais fundamentais dos cidadãos brasileiros.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BARTOLOMEI, Franco. **La dignità umana come concetto e valore costituzionale**. Torino: Italia, G. Giappichelli Editore, 1987.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 6. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

PROFETAS: Oséias, Amós, Isaías, Miquéias, Daniel, Jeremias, Ezequiel, Jonas, Zacarias, **Revista das Religiões**, São Paulo, v. 1, 2006. Coleção Grandes Heróis Bíblicos

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007a.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. 5. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007b.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1999.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional (selección)**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LOIA, Luís. Acerca do pensamento de Giovanni Pico della Mirandola. In: MIRANDOLLA, Giovanni Pico della. **Discurso sobre a dignidade do homem (Oratio de Hominis Dignitate)**. Tradução de Maria de Lurdes Sirgato Ganho. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 7-39

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico: escritos de**

filosofia jurídica y política. **Cuadernos Bartolome de Las Casas**, Madrid, n. 11, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Dimensões da cidadania, novos direitos e proteção da cidadania. **Revista da Escola Superior do Ministério Público**, São Paulo, ano 2, p. 13-23, jan./jun. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *In*: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 291-355.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Ética: do mundo da célula ao mundo dos valores**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Como citar: MARTINS, Juliane Caravieri. Revisitando a dignidade da pessoa humana em tempos de desconstrução de direitos sociais fundamentais (educação e trabalho): contributo de Giovanni Pico Della Mirandola. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 64-86, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p. 64. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 18/07/2017

Aprovado em: 20/05/2019

**CRÍTICA AO COMPLIANCE NA LEI BRASILEIRA DE
ANTICORRUPÇÃO**

COMPLIANCE'S CRITIC IN BRAZILIAN ANTI-CORRUPTION
LAW

João Pedro Ceren*
Valter Moura do Carmo**

* Graduado e mestre em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Foi bolsista PROSUP-CAPES entre 2017 e 2019. Advogado.
E-mail: joapcceren@gmail.com

** Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e doutorado em Direito pela UFSC, tendo realizado o doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha) com bolsa do PDSE da CAPES e período de investigação na Universidade Federal da Paraíba - UFPB com bolsa do PROCAD da CAPES. Atualmente é professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIMAR e diretor de relações institucionais do CONPEDI.
E-mail: vmcarmo86@gmail.com

Como citar: CEREN, João Pedro; CARMO, Valter Moura do. Crítica ao compliance na lei brasileira de anticorrupção. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 87-109, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p. 87. ISSN: 1980-511X

Resumo: Sob o influxo de combater a corrupção e responsabilizar também as pessoas jurídicas de forma objetiva, surgiu a lei nº 12.846 de 2013 conhecida como lei anticorrupção, trazendo alguns institutos salutares para os mais otimistas, e institutos repetidos para os mais céticos, uma vez que a lei traz disposições já existentes em solo nacional como na lei de improbidade administrativa e na lei de licitações, a título de exemplo. Fato é que o Brasil, com a promulgação da lei em apreço, adequou-se à realidade internacional, trazendo mais um dispositivo para vedar atos maculados oriundos não só de agentes públicos como também de pessoas jurídicas, alinhando-se a ideias de *compliance*. Todavia, o *compliance* previsto na lei anticorrupção é algo benéfico, ou este é um discurso repetido sem razão? O artigo trará críticas ao instituto do *compliance*, por meio da interpretação e da comparação com a realidade internacional para chegarmos ao resultado que é objeto deste artigo, desvendar se o instituto é realmente eficaz do jeito que foi proposto na lei anticorrupção ou se a utilização pode tornar-se apenas artífice para aqueles que querem se utilizar de uma nova manobra para evitar penalidades. Para tal, será utilizado o método dedutivo.

Palavras-chave: Compliance. Corrupção. Estatais; Direito administrativo.

Abstract: Law n. 12,846 of 2013, also known as the Brazilian Anti-corruption Law, was created with the aim of combating

corruption as well as holding legal entities responsible for their actions. For the optimistic few, it created salutary institutes. However, for those who are a bit more skeptical, it is easy to see that it doesn't innovate in its institutes, as it copies perfectly already known provisions existing in the Brazilian Legal System, such as the law of administrative impropriety and the law governing public contracts. It happens that, with the enactment of this law, Brazil conformed to the international standard, creating legal provisions to regulate and punish maculate acts originating not only from civil servants but also from legal entities – thusly, aligning itself with modern compliance ideas. Yet this paper questions, if the compliance prescribed in the anti-corruption law is beneficial, or if it is an empty repeated promise? From this question, this study offers a much needed criticism of the institute of compliance, utilizing a moray of interpretations and comparisons with foreign and international law as a means for reaching this manuscript's objective, ie, to find out if compliance is an effective instrument for combating corruption as proposed in the anti-corruption law or if it can become an artifice for those who want to use it in order to avoid penalties. For this reason, this paper uses the deductive method.

Keywords: Compliance. Corruption. State. Administrative law.

INTRODUÇÃO

A corrupção não é um mal que assola apenas o Brasil, suas consequências ultrapassam fronteiras culturais, linguísticas e econômicas. O problema atualmente é visto e combatido coletivamente, visto que as consequências desse mal atingem proporções mundiais. Frente ao problema, o Brasil vem adotando formas de mitigar a corrupção por meio de tratados internacionais, como a Convenção Interamericana contra a Corrupção, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), dentre outras medidas de cunho internacional e nacional.

Fruto da necessidade de combater a corrupção no plano interno, surgiu a lei anticorrupção (12.846 de 2013), inspirada por diplomas internacionais como o *Bribery Act* e o *Foreign Corrupt Practices Act*. Embora seja recente, trouxe temas muito relevantes para o combate à corrupção. Para citá-los, apenas a título de exemplo: a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas, o acordo de leniência, e a criação de uma cultura de *compliance*, visto que a legislação traz um incentivo para tal. Apesar das inovações benéficas trazidas pela lei, o escopo do presente artigo recairá sobre um tópico negligenciado até então, a efetividade do *compliance* previsto na lei anticorrupção.

O foco crítico da pesquisa mostra-se relevante em razão de existirem algumas brechas encontradas no dispositivo que incentiva o uso do *compliance* pelas pessoas jurídicas, o que pode beneficiar inclusive as que não o praticam de forma adequada, utilizando-o apenas como artifice jurídico para outras finalidades.

A lei incentiva a cultura do *compliance*, pois se a pessoa jurídica mantém uma postura ética cumprindo os requisitos legais, pode eventualmente reduzir a pena pecuniária prevista na lei anticorrupção, caso venha cometer algum delito previsto na própria lei. Porém, o legislador, ao possibilitar a concessão do benefício, não levou em conta o critério da temporalidade, ou seja, qual é o marco que encaixará as empresas que mantêm um comportamento ético, das que não seguem tal raciocínio, mas aderem apenas para benefício próprio e malefício da coletividade, e do próprio instituto do *compliance*.

As análises feitas no artigo científico recairão na obrigatoriedade ou não das práticas de *compliance* por todas as pessoas jurídicas, e se o *compliance* previsto na lei anticorrupção é benéfico levando-se em conta o critério da temporalidade, comparando o instituto nacional com a realidade dos diplomas *Bribery Act* e da *Foreign Corrupt Practices Act*. Para tal, será utilizado o método dedutivo de pesquisa, bem como diversos textos de autores nacionais e estrangeiros para a fundamentação dos argumentos aqui tecidos.

O artigo, longe de esgotar os questionamentos que envolvem o tema, tenta trazer respostas para o assunto sob um ponto de vista crítico e sóbrio, abordando, nas linhas subsequentes, tópicos conexos para um melhor entendimento da matéria.

1 CORRUPÇÃO

Os Estados-nação, em razão de sua tarefa de gerir, criar, modificar ou extinguir benefícios e ônus, têm uma importante missão de equilibrá-los para que não se criem vantagens desproporcionais para certos indivíduos (incluindo as pessoas jurídicas) e ruína para outros.

Quando um indivíduo quer prerrogativa de tratamento, vantagem econômica (que pode se desdobrar em contratos vantajosos, cláusulas benéficas, prioridade processual, ou mesmo sentença favorável) dentre tantas modalidades de atos, conforme a imaginação humana, não a merecendo, ou seja, quando não há motivos legais para tal, e quando os há abusa de seu direito prejudicando os demais ainda que indiretamente, oferecendo pagamento em dinheiro ou em outra espécie com a finalidade de permutar o benefício desejado, manifesta-se a corrupção. “A própria corrupção pode ser considerada como uma distorção da premissa que serve como substrato da dicotomia público-privado. Esta dicotomia, concebida para atingir o bem comum, é corrompida de maneiras e intensidades diferentes no processo corruptivo.” (BLANCHET; AZOIA, 2017, p.164).

Podemos considerar a corrupção como um indício, um prognóstico de que existem sérias imperfeições na relação entre Estado e indivíduos (ACKERMAN, 1999), exemplificando da seguinte forma: em um Estado no qual a burocracia mostra-se como verdadeiro óbice para a realização de uma obra, elevando seus custos, tornando sua execução um transtorno, o indivíduo (ou pessoa jurídica) a quem incumbe a tarefa, pode avaliar os custos de pagar ilicitamente um agente público para antecipar determinada documentação. Percebe-se que onde há ineficiência e dificuldade de relação entre Estado e particular, existe solo propício para atos eivados de corrupção.

A corrupção gera a desigualdade e esta se torna seu principal combustível, ambas ligadas de forma umbilical. Não é errôneo afirmar que a corrupção e a democracia formam uma união onde não há harmonia, já que a natureza daquela corrompe verdadeiramente a essência desta (YAZIGI, 1999). Mais que isso, como efeito indireto da crescente desigualdade que a corrupção fomenta, movimentos populistas são cada vez mais atrativos aos olhos de uma população que não vê resultado, vê a gangrena no corpo social doente, mas não vê o emplastro, enxergam-se apenas promessas vazias e abstratas de combater a corrupção sem medidas práticas.

O fenômeno analisado, qual seja, a corrupção, não é novo, embora venha ganhando espaço nos noticiários nos últimos tempos, “Pelo contrário, a corrupção acompanha o homem desde o início da civilização, de modo que, inclusive, tem sido considerada por renomados filósofos como resultado de uma má natureza própria do ser humano.” (PORTO; WERLE, 2015, p. 139).

Álvaro Filipe Oxley da Rocha e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (2008, p. 155) trazem um nexos entre a corrupção na seara política e a cordialidade:

A corrupção na política pode ser tomada como a principal consequência da relação simbiótica entre o patrimonialismo e o clientelismo. A forma privatística de gestão do público que marca historicamente o campo político brasileiro baseia-se precipuamente nas relações pessoais de cordialidade estabelecidas entre aqueles que detêm em suas mãos o monopólio do poder e nas relações de

troca de favores entre estes e a população alçada à condição de “clientes” [...] A partir das relações de cordialidade, portanto, utilizam-se as instituições do Estado para que dívidas de cunho pessoal ou político sejam constantemente criadas e sanadas, em uma espécie de círculo vicioso. Com isso, aquilo que aos olhos do homem civil constitui “corrupção”, é visto pelo homem cordial como uma “prova de amizade”.

Podemos associar a desigualdade, a corrupção, e os movimentos populistas autocráticos com informações oriundas do Índice de Percepção de Corrupção (ou em inglês Corruption perception index – CPI) elaborada pela Transparência Internacional¹. Para entendermos a colocação dos países no ranking, primeiramente é necessário entendermos a pontuação para avaliar a corrupção: quanto menor o número em uma escala de 0 a 100, mais práticas corruptivas existem naquele país, a contrário sensu, quanto maior o número, mais práticas honestas e maior integridade é encontrada naquele solo. Países que recebem pontuação na escala menor que 50, a corrupção é altamente elevada e perceptível hodiernamente (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2017). Ressaltamos que a avaliação do Índice de corrupção elaborada em 2016 demonstra que mais de 2/3 dos 176 países e territórios estão abaixo da escala de 50 pontos (TRANSPARENCY INTERNATIONAL 2017), situação que ainda ocorre no ano de 2017 (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2018), ou seja, a corrupção globalmente não diminuiu. As três últimas colocações são ocupadas respectivamente por Somália, que no ano de 2016 ostentou 10 pontos e no ano de 2017 caiu para 9 pontos, país que vive em estado de guerra desde 1991 quando o ditador Mohamed Siad Barre foi deposto, o que propiciou ao país tornar-se alvo de radicais islâmicos; Sudão do Sul, com 11 pontos em 2016, porém com um aumento de um ponto no ano de 2017, nação de maioria cristã que surgiu após anos de guerra civil com o Sudão do Norte de maioria islâmica, e a Síria marcada por uma profunda guerra civil que ainda se estende, conflito marcado pela opressão do ditador Bashar al Assad e os opositores de seu governo, com pontuação de 14 pontos no ano de 2016, e 17 pontos no ano de 2017.

Quanto ao Brasil, no ano de 2016, este ocupava a 79º posição na escala de corrupção com 40 pontos, situação que reflete internacionalmente e nacionalmente como o Brasil anda. Porém, em 2017, a situação do país se agravou, pois se encontra na 96º posição com 37 pontos. Embora o povo brasileiro tenha adquirido uma percepção maior da corrupção como verdadeiro fenômeno

1 Para ser calculado o Índice de Percepção da Corrupção são necessários alguns passos para que seja feito tal empreitada. Com o fito de tornar a metodologia mais palatável ao leitor segue uma explicação mais didática com um enfoque menos técnico: 1- o primeiro passo é a coleta de dados que engloba: a) quantificar a percepção da corrupção no setor público; b) quando da colheita das informações buscar em pesquisas ou instituições que sejam confiáveis; c) na elaboração dos dados permitir uma margem de variação de pontos na escala, não apenas entre países, como dentro do próprio país; d) colher opiniões de especialistas no país analisado, ou pessoas que fazem negócios no país (grandes empresários). Na fase posterior, é feito uma coleta de 13 tipos de informações, dentre elas o nível de suborno, o uso de recursos públicos para ganhos privados, o nível de nepotismo, a capacidade do Estado-nação conseguir criar medidas para que reforce a integridade e políticas de éticas contra a corrupção, a proteção de testemunhas e de delatores, dentre tantos outros fatores. O Índice de Percepção da Corrupção então padroniza as pontuações numa escala de 0-100, onde 0 significa que a percepção da corrupção é a mais alta e números próximos de 100, encontram níveis de corrupção mais baixo. Feito essa etapa será calculado uma média entre países, e o índice será elaborado. Salientamos que essa é uma visão muito resumida do que de fato ocorre, ressaltamos novamente que questões técnicas mais aprofundadas a transparência internacional disponibiliza com um detalhamento maior em seu próprio site. Para mais informações acessar: <https://www.transparency.org/cpi2018>

social, a redução é paulatina e morosa, quiçá inócua. Fernando Filgueiras (2011, p. 366) cita uma mudança de paradigma em solo nacional, apesar da corrupção ainda estar presente no cotidiano:

Pode-se dizer que, no Brasil depois de 1988, configurou-se uma política pública de controle e combate à corrupção. Se associada a princípios como responsabilidade fiscal e controle de gastos, percebe-se um avanço da gestão, apesar de a corrupção ser uma prática ainda comum e recorrente.

Dos dados expostos percebe-se que não há dificuldade em medir a corrupção de maneira genérica, a julgar pela riqueza de dados de várias pesquisas que apontam o quão perceptível a corrupção é aos olhos de todos, porém a dificuldade reside em ponto de importância ímpar, qual seja medir o tamanho e a necessidade de uma reforma para mitigar ou extinguir a corrupção (JOHNSTON, 2005). Para ficar ainda mais claro, é notório que o Brasil encontra-se em uma má posição no Índice de Percepção de Corrupção e que a reforma necessária seria de uma proporção gigantesca, porém como seria operacionalizada tal reforma? Apenas dispositivos legais seriam suficientes? Caso não fossem, quais outras medidas seriam necessárias? Em um mundo ideal, os números da corrupção seriam detalhados com extrema minúcia, o que tornaria seu combate potencialmente mais eficaz. A precisão em empregar a cura para este mal, em tal cenário utópico, perfeito, similar às instituições da ilha de Thomas More, seria mais efetiva, porém, em razão de faltar uma vítima imediata, dado que os atos de corrupção geralmente têm como destinatários toda a sociedade de forma indiscriminada, dificulta verdadeiramente seu relato de maneira plena.

Zani Andrade Brei (1996, p. 106) traz observação pertinente sobre a relação da corrupção dos países desenvolvidos e em desenvolvimento:

O problema não diz respeito unicamente aos países subdesenvolvidos. Não existe monopólio americano ou europeu da moral. As causas é que são diferentes e, portanto, são também provavelmente diferentes os efeitos em países desenvolvidos e subdesenvolvidos. Nos últimos, constata-se muitas vezes a ausência de um forte sentido de nacionalidade, grande desigualdade na distribuição da renda, o acesso à riqueza feito principalmente por meio de cargos políticos e a baixa legitimidade das instituições de governo. Daí os custos de atos corruptos se manifestarem por certo nível de decomposição do Estado e da sociedade civil, pela instabilidade gerada pela maior destruição da legitimidade das estruturas políticas, pelo desperdício de recursos em decorrência da evasão de riquezas para outros países, e até mesmo pela alienação de bons servidores civis, redução de seus esforços ou sua retirada do país.

Problema que também paira sobre a questão da corrupção é a subjetividade de seu conteúdo e como ela é encarada em diferentes comunidades, alterando-se conseqüentemente ideias ligadas ao que é correto ou errado; enquanto há aqueles que podem considerar determinado ato como corrupto, outros podem considerá-lo como uma prática corriqueira ou mesmo honesta

(VORSTER, 2013).

Não é apenas a subjetividade que afeta a ética, a própria dinamicidade da vida (liquidez), modifica a noção do que é probo, pois os antigos valores já não se adequam à realidade atual, Bauman (2000, p. 94) a esse respeito assevera:

É difícil conceber uma cultura indiferente à eternidade e que evita a durabilidade. Também é difícil conceber a moralidade indiferente às conseqüências das ações humanas e que evita a responsabilidade pelos efeitos que essas ações podem ter sobre outros. O advento da instantaneidade conduz a cultura e a ética humanas a um território não mapeado e inexplorado, onde a maioria dos hábitos aprendidos para lidar com os afazeres da vida perdeu sua utilidade e sentido.

Para explanarmos de forma clara a subjetividade do probo e do incorreto, nos utilizamos dos pensamentos de Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 141-142) que coloriu a expressão homem cordial. Para entender um pouco sobre a corrupção no Brasil, faz-se necessário entender suas palavras, assim é possível compreendermos um pouco mais a relação que o brasileiro tem com o Estado e com as próprias leis:

O Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo [...] O conflito entre Antígona e Creonte é de todas as épocas e preserva-se sua veemência ainda em nossos dias. Em todas as culturas o processo pelo qual a lei geral suplanta a lei particular faz-se acompanhar de crises mais ou menos graves e prolongadas, que podem afetar profundamente a estrutura da sociedade.

Em razão exatamente dessa não diferenciação entre privado e público (ou trazendo à expressão pública um quê de intimidade) que é feita até hoje no Brasil, não raro, “a escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias” (HOLANDA, 1995, p. 146). Este desprezo por uma disciplina social, marcado pela cordialidade que se constitui verdadeiro óbice a uma sujeição impessoal por parte do Estado é a marca do homem cordial.

Ou seja, através dessa familiarização ou confusão entre privado e público, as escolhas governamentais de pequeno porte ou de grande calibre são feitas levando-se em conta outros critérios, que não o da competência, da honestidade, da legalidade, da moralidade. Tais virtudes são postas de lado, e o “jeitinho brasileiro” torna-se institucionalizado. Deturpa-se a intenção do legislador não de maneira expressa, mas com aquela sinuosidade, com aquele traquejo, tão típico do povo que aqui vive. Exemplo atual da “cordialidade brasileira” é a insistência inquebrantável do presidente Michel Temer em nomear Cristiane Brasil ao posto de Ministra do Trabalho (URIBE; CARVALHO, 2018); conquanto não haja verdadeiro impedimento para assumir o cargo de Ministra do Trabalho por ter dívidas trabalhistas, mostra-se como desarrazoada a nomeação exatamente por colocar em um cargo de chefia quem exatamente descumpre as normas da pasta que deveria

defender. Nesse sentido, a interpretação do que é corrupção ou não pode variar de povo para povo.

Logo, o que parece tão absurdo para determinado país pode ser algo completamente normal e corriqueiro em outro. Tais costumes “subjetivados” podem e geralmente são adotados por empresas nacionais públicas e privadas. Como assim? Embora seja proibida expressamente pela legislação nacional a compra de um agente público, ou o gesto de agraciá-lo com presentes de forma que o torne “simpático” a determinada causa, tais atos são banalizados a um nível que chega a ser incomum nunca ter ouvido, presenciado ou lido nos meios de comunicação fatos semelhantes. Caso de grande repercussão e relevância foi a compra de um anel para a esposa do então Governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, que, segundo o empreiteiro Fernando Cavendish relatou, ocorreu da seguinte forma, de acordo com sua versão: Sergio Cabral levou o empresário a uma joalheria e disse “Estou presenteando a minha esposa e gostaria que você pagasse”, a joia em questão, tratava-se de um diamante de quatro quilates, avaliado em 220 mil euros, todavia, tal presente ficaria condicionado a um favor mútuo por parte do agente público. Com efeito, meses depois a empresa de Fernando Cavendish entrou no consórcio do Maracanã. O mais interessante, porém, são as palavras do empresário: “Deixei claro que não era um presente. Acabou sendo um anel de compromisso.” (O ‘ANEL..., 2017).

Retiramos o fragmento da tradução do livro *Espírito das Leis*, que continua tão atual como nunca, embora seus escritos datem do século XVIII. A virtude (probidade, honestidade) sempre foi algo indispensável para os governos de todas as épocas:

Os políticos gregos que viviam no governo popular não reconheciam outra força que os pudesse sustentar a não ser a da virtude. Os de hoje não nos falam senão em manufaturas, em comércio, em finanças, em riquezas e mesmo em luxo. Quando essa virtude desaparece, a ambição entra nos corações que a podem receber, e a avareza penetra em todos eles. Os desejos mudam de objeto; aquilo que antes se amava não mais se ama; o indivíduo era livre, vivendo de acordo com as leis; hoje cada qual quer ser livre, trabalhando contra elas; cada cidadão é tal qual um escravo fugido da casa do seu senhor, aquilo que outrora era máxima chama-se hoje rigor; o que era regra, chama-se opressão; o que era atenção chama-se temor. A frugalidade é aí a avareza, e não o desejo de possuir. Outrora, o bem dos particulares formava o tesouro público; mas nesse tempo, o tesouro público torna-se o patrimônio dos particulares. A república é um despojo, e a sua força não é mais do que o poder de alguns cidadãos e a licença de todos (MONTESQUIEU, 1990, p. 53).

A corrupção é tão habitual entre agentes públicos (entenda-se na acepção mais ampla da palavra) e empresários no Brasil que falarmos de desvio de dinheiro para fins vedados, limitado apenas à criatividade do corruptor ativo e passivo, torna-se um verdadeiro clichê.

Gregório de Matos (ou boca do inferno para aqueles que o alcunharam, tamanha audácia e perspicácia de sua língua) em seu poema “define a sua cidade”, traz interessantes versos que são tão atuais como se tivessem sido escritos no século 21, com exceção de que em vez de falarmos apenas da Bahia, o poema seria melhor aplicado ao Brasil como um todo:

De dous [sic passim] ff se compõe esta cidade a meu ver, um furtrar, outro foder. Recopilou-se o direito, e quem o recopilou com dous ff o explicou por estar feito e bem feito: por bem digesto e colheito, só com dous ff o expõe, e assim quem os olhos põe no trato, que aqui se encerra, há de dizer que esta terra De dous ff se compõe. Se de dous ff composta está a nossa Bahia, errada a ortografia a grande dano está posta: eu quero fazer aposta, e quero um tostão perder, que isso a há de perverter, se o furtrar e o foder bem não são os ff que tem Esta cidade a meu ver. Provo a conjetura já prontamente com um brinco: Bahia tem letras cinco que são BAHIA, logo ninguém me dirá que dous ff chega a ter pois nenhum contém sequer, salvo se em boa verdade são os ff da cidade um furtrar, outro foder (MATOS, 1996, p. 4).

Em um contexto globalizado, para os mercados se interligarem ao menos de forma harmônica, alguns “costumes impróprios” devem ser mitigados e combatidos, sob pena de não se garantir uma concorrência salutar, neste contexto, as ideias de *compliance* começam a florescer, cujo tópico será tecido nas linhas abaixo.

2 COMPLIANCE NO CONTEXTO NACIONAL

Pelos dados expostos é possível inferir que não é apenas coincidência, quanto mais deficiente é o Estado, maior é a corrupção.

Porém, há mecanismos legais que são desenvolvidos, principalmente em uma escala internacional, para mitigar atos corruptivos. Um dos instrumentos utilizados são as práticas de *compliance* que acabam por influenciar inclusive a legislação nacional de determinado país.

O vocábulo e a filosofia por trás das ideias de *compliance* não são recentes em território nacional como poderia se pensar em um primeiro momento. O Banco Central (Bacen), por meio da resolução nº 2.554 de 1998 (inspirada em regras advindas do Comitê da Basileia para Supervisão Bancária, da Europa de 1975 e da *Securities and Exchange Commission*, oriunda dos Estados Unidos), trazia em seu texto elementos como o controle interno, o incentivo a uma cultura organizacional ética, e outras ideias para balizar as instituições financeiras (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1998). A possibilidade de trazer benefícios diretos para quem adota as tais políticas de combate à corrupção foi a novidade (MARTINEZ, 2016), prerrogativa advinda do texto da lei 12.846 de 2013 conhecida como lei anticorrupção (nascida de compromissos internacionais que o Brasil assumiu, em especial a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em transações comerciais internacionais, da OCDE, consubstanciado pelo Decreto 3.678 de 2000) (BRASIL, 2000).

Nas palavras de Leopoldo Pagotto (2013, p. 21):

Até recentemente, os Estados não precisavam se preocupar com o que os outros Estados faziam dentro de seus territórios – somente em raras ocasiões, havia um elemento extraterritorial envolvido. No entanto, o advento da globalização

e da interdependência econômica integrou os países como nunca e forçou os diferentes Estados a observar os problemas de seus pares, tanto quanto seus próprios. Em realidade, passou-se a prestar mais atenção ao fato de que certas políticas públicas adotadas por um Estado podem impactar diretamente sobre as de outro Estado. Essa visão se torna mais impressionante quando o tema é a corrupção. Fazer vistas grossas ao que se passa fora de suas fronteiras, atitude imbuída do mais puro espírito hobbesiano, não é mais possível. Exige-se uma postura proativa face à corrupção ocorrida no exterior e seus impactos sobre o território nacional. Afinal, a inação pode trazer efeitos deletérios àqueles Estados que forem passivos.

É nesse contexto que surge o *compliance*. Mas qual seria o significado de tal expressão? A palavra é oriunda do verbo *to comply*, que em tradução direta seria cumprir, contextualizando o significado para o mundo empresarial e do direito, seria o mesmo que dizer: cumprir regras internas, externas (leis e outros dispositivos semelhantes de caráter nacional e internacional), prevenindo, detectando ou reprimindo qualquer conduta anormal, ou desvio proposital das práticas consolidadas de determinado negócio empresarial, evitando-se, assim, atos corruptos, inclusive por meio de códigos comportamentais internos da própria empresa. A essência do *compliance* pode ser conceituada da seguinte forma:

A maioria das empresas precisa, em algum momento, se relacionar de forma direta ou indireta com autoridades ou entidades governamentais. Em determinados setores, o grau de dependência para com entidades desta natureza é tão grande que se faz necessário implementar um programa de anticorrupção eficiente, o qual é fundamental para mitigar riscos reputacionais e/ou garantir a conformidade com a legislação e regulamentações (CLAYTON, 2013, p. 149).

A importância do termo ganha destaque, principalmente, em um cenário globalizado, onde qualquer desequilíbrio tem efeitos indesejados na economia de todo o mundo. Uma empresa que paga propina para “incentivar” uma agilidade maior de determinado agente público, ou mesmo para que o citado agente não “enxergue” determinados vícios na empresa, pode alterar seu preço, tanto para mais quanto para menos, vez que conseguirá uma vantagem injusta frente à concorrência. A excessiva regulação da exploração de recursos naturais, por exemplo, é particularmente benéfica para quem pratica a corrupção, visto que, ao descumprirem-se as normas, grandes lucros serão auferidos em virtude da burocracia excessiva que permeia o negócio; tempo é perdido, e tempo é dinheiro, sendo a corrupção um custo a ser contabilizado ao calcular futuros lucros.

O pagamento de tributos também possibilita a mesma abertura. Excessiva carga tributária pode gerar um efeito adverso nas atividades econômicas. É mais interessante aos indivíduos que devem mais tributos pagar propinas (NAWAZ, 2010) para que o peso da carga tributária seja menor, dado que o agente arrecadante cobrará com menor ênfase, um menor entusiasmo na cobrança será empregado. O que, por conseguinte, reduz o custo de um bem ou serviço/vendido.

Sobre a obrigatoriedade da adoção de programas de *compliance* por intermédio de medidas

efetivas, o tema ainda necessita de um maior cuidado em seu tratamento, um esmero singular de quem deseja elevar a um patamar de importância global a prática de gestos probos no Brasil, por conta de não ser obrigatório para todas as pessoas jurídicas. Todavia, não é porque a legislação não obriga de maneira cabal sua adoção, que a opção de adotar as práticas de *compliance* deixe de se tornar interessante. O art. 7º, VIII da lei anticorrupção traz um incentivo que deve ser levado em conta por aquele que deseja uma melhor atuação empresarial:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:
VIII - a **existência** de mecanismos e **procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades** e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica (BRASIL, 2013, grifo nosso).

O legislador deixa claro que, existindo programas de *compliance*, as sanções poderão ser eventualmente reduzidas, o que de per si corrobora com uma nova ótica, novos pensamentos no sentido de reduzir a corrupção no âmbito das pessoas jurídicas. A crítica que fazemos ao dispositivo, porém, reside na questão temporal, pois a redação textual fala que será levada em conta a “existência de mecanismos”, todavia não deixa claro se deve existir previamente a prática dos ilícitos previstos na própria lei anticorrupção ou se podem ser criados posteriormente, o que pode comprometer o raciocínio preventivo das medidas de *compliance*.

Denise Bittencourt Friedrich e Rogério Leal (2015, p. 82) pontuam no mesmo sentido, a respeito da falta de delimitação do assunto:

Referente ao sistema de integridade, a Lei Anticorrupção perdeu a oportunidade de regular melhor os instrumentos de *compliance*, uma vez que apenas trouxe no artigo 7º, inciso VIII que a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditorias e denúncias de irregularidades pode atenuar as sanções administrativas. Deveria ter descrito estas medidas levando em conta que não basta alegar a existência de um programa de *compliance*, se este for insuficiente ou apenas existir formalmente.

A crítica à redação não é desarrazoada, primeiramente pelo tema ser tratado de maneira original nos escritos da lei anticorrupção, que de per si, mostra-se como verdadeira, em um mar de leis antigas; em segundo lugar, a hermenêutica busca o real sentido das letras da lei evitando, inclusive, controvérsias que podem ser suscitadas no abarrotado judiciário. A esse respeito, extraímos segmento que julgamos relevante:

A interpretação é, assim, por efeito conclusivo, a **crítica interna da lei**, que lhe permite uma verdadeira “**transparência**”, com o consequente conhecimento científico da norma jurídica, em todas as suas dimensões, em pleno e necessário complemento ao próprio estudo da norma jurídica em termos gerais. Não representa nenhum exagero, sob a ótica anteriormente exposta, afirmarmos que

o estudo e o conhecimento da hermenêutica revestem-se de uma importância verdadeiramente capital no contexto das Ciências Jurídicas, considerando ser seu objetivo específico, exatamente, a indispensável sistematização dos processos aplicáveis, objetivando, em última análise, determinar o sentido final e o alcance específico das variadas expressões do Direito (FRIEDE, 2000, p. 134, grifo nosso).

A interpretação, tarefa hercúlea, imprescindível à análise da lei seja qual for, é verdadeira necessidade que não pode ser deixada de lado, principalmente no caso de institutos que são importados de realidades diferentes da nacional. O *compliance*, por não ser oriundo da legislação brasileira, não poderia escapar de tal instrumento.

Ainda a respeito da tarefa interpretativa, assinalamos passagem de Bobbio (1995 p. 213) que traduz em seus dizeres a magnitude da empreitada:

A interpretação é uma atividade muito complexa que pode ser concebida de diversos modos. Baseia-se na relação entre dois termos, o signo e o significado do próprio signo, e assim, assume sombreados diversos, segundo os quais tende a gravitar para um ou para outro desses dois pólos: a interpretação pode ser ligada principalmente ao signo enquanto tal e tender a fazê-lo prevalecer sobre a coisa significada; ou ainda pode ser mais sensível à coisa significada e tender a fazê-la prevalecer sobre o signo puro; fala-se neste sentido respectivamente de interpretação segundo a letra e de interpretação segundo o espírito (pense-se nas diversas escolas de interpretação bíblica). De um outro ponto de vista, fala-se de interpretação estática e de interpretação dinâmica, dependendo de a atividade do intérprete tender exclusivamente à reconstrução fiel do que pretendia significar o autor dos signos, objeto da interpretação, ou vice-versa, tender ao enriquecimento do significado dos signos interpretados, para adequá-lo às exigências das variadas circunstâncias históricos-sociais - pense-se nos diversos modos em que pode ser interpretado um trecho musical.

Se entendermos que a necessidade da adoção de medidas de *compliance* deve necessariamente ser prévia aos atos corruptos elencados na lei anticorrupção, a legislação adotará um sentido de efetivo combate à corrupção, em nosso entender. No entanto, se a interpretação permitir conceber que o marco temporal, tanto prévio quanto posterior aos atos praticados seja irrelevante, podemos beneficiar, com uma redução de até 2/3 do valor da multa aplicada (conforme art. 16 §2º), uma pessoa jurídica que adotou tal manobra no último segundo (uma das penalizações para quem pratica os atos definidos na lei em análise).

A dita multa gira em torno de “0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação” (art. 6º, I). A penalidade em comento mostra-se como consequência severa para a pessoa jurídica, o que pode levá-la a evitar condutas que possam causar tamanho rombo em suas finanças, porém, quando existe uma lacuna textual que pode majorar uma redução da penalidade

financeira, interpretações divergentes vão surgir, e até que seja pacificado o assunto pelo judiciário ou pelo próprio legislativo alterando seu texto, um quê de insegurança jurídica pairará sobre a situação.

Quanto à compulsoriedade da pessoa jurídica privada que não mantém nenhum vínculo público com a Administração Pública², percebe-se que não há definição no tópico obrigatoriedade do acolhimento de ideias de *compliance*, embora seja recomendado, posto que esta, em um cenário hipotético, poderia se beneficiar no contexto da lei anticorrupção. Por outro lado, a realidade é diversa quando falamos de empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias pertencentes a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, pois a lei 13.303 de 2016 (apelidada de lei das estatais) prevê expressamente o seguinte:

Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:[...] § 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre: I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de **corrupção e fraude**; II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade; III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais; IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias; V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade; VI - previsão de periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores (grifo nosso).

O § 4º, do artigo em estudo vai além afirmando o seguinte:

O estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a área de *compliance* se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada.

O tenro diploma traz em sua composição excertos que demonstram uma irretorquível tendência, o combate à corrupção deve ser feito não apenas pelos particulares em seu âmbito

2 A expressão “pessoa jurídica privada que não mantém nenhum vínculo público com a Administração Pública”, embora pareça redundante, foi utilizada com o objetivo de separar as empresas privadas particulares das empresas estatais, que embora tenham natureza de pessoa jurídica de direito privado, mantêm características públicas como no caso da empresa pública onde todo o seu capital é público, e na sociedade de economia mista, onde a maioria do capital deve ser estatal. Ressalte-se que o vínculo com a Administração Pública permanece não apenas no tocante ao dinheiro, pois há uma derrogação mesmo que parcial do direito privado para normas do direito público; princípios do direito administrativo incidem sobre as empresas estatais (gênero), ainda que de forma mais atenuada, exemplo clássico é o seguinte: se houver destinação de dinheiro público para as empresas estatais para as folhas de pagamento, estas não poderão pagar salários maiores que o teto constitucional havendo limitação para tal (princípio da legalidade); vedação que jamais ocorreria com uma empresa privada. As empresas estatais estão próximas de um regime de direito misto/híbrido entre público e privado, pendendo por vezes para um lado, por vezes para o outro, dependendo da situação.

interno, mas também pelo Estado, inclusive quando exerce funções que não lhe são próprias, como a atividade empresarial. Com efeito, o diploma não inova apenas na adoção obrigatória do *compliance*, seu texto reconhece um fato que anteriormente não era muito bem-vindo, ainda que de forma implícita, operou-se verdadeira metamorfose tão variada quanto a do caixeiro viajante Gregor Samsa quando transfigurou-se em barata (KAFKA, 2009), qual seja, a admissão de que entes da Administração Pública indireta podem praticar atos corruptos, não sendo apenas consideradas como “vítimas”, portanto podem inclusive ser responsabilizadas.

O argumento de que a mudança de paradigma é radical demonstra-se como verdadeiro, pois todos os diplomas anteriores à lei anticorrupção e à lei das estatais, como a lei nº 8.429 de 1992 (improbidade administrativa), lei nº 8.666 de 1993 (licitações), o próprio Código Penal pátrio, com a tipificação dos crimes de corrupção ativa, tráfico de influência, corrupção passiva, associação criminosa colocavam já de antemão em um polo o Estado (Administração Direta e Indireta) como vítima de possíveis atos, podendo figurar como violador ou agente ativo do ato de corrupção a pessoa física, agente público ou mero particular (BRASIL, 1992, 1993). Todavia, aparentemente o legislador ignorou a possibilidade de pessoas jurídicas públicas e privadas poderem praticar atos corruptos, raciocínio que foi alterado no âmbito legislativo com a promulgação da lei anticorrupção e da lei das estatais.

De todo o exposto, podemos demonstrar algumas consequências: a adoção das práticas de *compliance* são obrigatórias somente para as empresas estatais. Tal afirmação, todavia, não pode ser extensível às empresas privadas em sua essência (não apenas em sua personalidade), que não são obrigadas atualmente no Brasil a adotar medidas de *compliance*, embora seja recomendável, caso a pessoa jurídica se envolva em práticas elencadas na lei anticorrupção, podendo inclusive se beneficiar de uma possível redução de multa prevista na própria lei. O elemento facultativo acaba por tornar-se explícito diante do regulamento da CGU que prevê em seu art. 1º “O Pró-Ética consiste na divulgação anual de uma relação de empresas que adotam **voluntariamente** medidas de integridade relacionadas à prevenção e ao combate à corrupção, e tem por objetivos.” (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2017, grifo nosso). Um dos objetivos do Pró-Ética é avaliar os critérios de boas práticas empresariais dos que se inscrevem anualmente; não obstante o foco da pesquisa ser outro, mas como o assunto é conexo, o único benefício de inscrever a empresa para a avaliação é que se esta conseguir passar pelos critérios ganhará um selo, porém como o §2º do art. 1º narra “O Pró-Ética não é uma certificação e a aprovação para integrar a lista anual de Empresas Pró-Ética não gera à empresa quaisquer direitos, garantias ou privilégios em suas relações com o setor público.” (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2017).

A legislação de forma direta cria uma distinção, há empresas que devem compulsoriamente adotar mecanismos de *compliance* enquanto outras a adoção fica a critério da empresa. Embora exista obrigatoriedade de as estatais observarem a lei 13.303, o Estadão trouxe notícia recente que surpreende:

Um ano e meio após a sanção da Lei das Estatais – criada para dar um caráter

mais técnico às administrações de empresas públicas –, mais da metade ainda não cumpre a legislação. O prazo para que elas ajustem seus estatutos às novas regras termina no dia 30 de julho. Das 147 estatais da União, 84 não aprovaram as mudanças que tentam barrar ingerência política. O levantamento, obtido pelo Estadão/Broadcast, foi feito pelo Ministério do Planejamento (TOMAZELLI, 2018).

Outro ponto destacado foi a respeito do critério temporal. As condutas de *compliance* devem ser adotadas previamente a prática dos atos elencados na lei anticorrupção, ou a qualquer tempo, haja vista que o legislador não especificou isto na redação? A questão é relevante, pois a adoção de práticas de *compliance* é um dos critérios para uma possível redução da pena financeira e, caso seja permitido a qualquer tempo, desvirtuaria o próprio significado da palavra que visa não só o combate posterior de atos maculados, mas também a prevenção. A lei nada fala a respeito, nem o regulamento da CGU que, diga-se de passagem, é quem deveria de forma completa traçar os parâmetros de avaliação do *compliance* (conforme parágrafo único do art. 7º da lei anticorrupção), portanto temos aqui uma brecha a ser explorada na legislação nacional.

O autor Antonio Araldo Dal Pozzo (2014, p.106) vai além, em crítica mais acentuada a respeito da matéria ser restrita a regulamento do poder executivo, o que prejudica inclusive sua eficácia:

Tais regulamentos são atos administrativos que não podem inovar a ordem jurídica e, assim, não podem, a rigor, impor regras de criação de mecanismos ou critérios de avaliação para aplicação de sanções pelo Poder Judiciário, dado o princípio da legalidade (art. 5º, II da CF). Quer nos parecer, portanto, que sem lei formal o inciso será, irremediavelmente, letra morta ou, o que é bem pior, fonte de normas inconstitucionais. Melhor seria, talvez, deixar a avaliação do sistema de *compliance* a critério do Juiz de Direito

No tocante aos regulamentos, percebe-se a fragilidade de sua forma, pois, caso inove no ordenamento jurídico, beira a inconstitucionalidade e, caso nada faça, torna-se instrumento desnecessário, meramente decorativo.

Utilizamo-nos de um excerto de *Ética a Nicômaco*, livro de Aristóteles, (1991, p.35) com o fito de contextualizar o tema *compliance*:

Por conseguinte, as ações são chamadas justas e temperantes quando são tais como as que praticaria o homem justo ou temperante; mas não é temperante o homem que as pratica, e sim o que as pratica tal como o fazem os justos e temperantes. É acertado, pois, dizer que pela prática de atos justos se gera o homem justo, e pela prática de atos temperantes, o homem temperante; sem essa prática, ninguém teria sequer a possibilidade de tornar-se bom. Mas a maioria das pessoas não procede assim. Refugiam-se na teoria e pensam que estão sendo filósofos e se tornarão bons dessa maneira. Nisto se portam, de certo modo, como enfermos que escutassem atentamente os seus médicos, mas não fizessem nada do que estes lhes prescrevessem. Assim como a saúde destes últimos não pode

restabelecer-se com tal tratamento, a alma dos segundos não se tornará melhor com semelhante curso de filosofia.

Ora, aquele que segue pura e simplesmente as normas do *compliance*, não necessariamente previne a corrupção. A pessoa jurídica que tem boas práticas não é aquela que segue o ordenamento como lhe convém (aproveitando-se de brechas), ou para ganhar um benefício direto, mas sim as que praticam tal como se desejassem praticar suas atividades empresariais de forma honesta, ou seja, sem margem para condutas dúbias. Praticar apenas a formalidade legal, sem assimilar o espírito da ética, não diminuirá a corrupção, pelo contrário, trará apenas uma camuflagem, uma aparência de legalidade.

É sabido que a lei anticorrupção baseou sua estrutura em diplomas internacionais, dentre eles destacamos o *Bribery Act* do Reino Unido e o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) oriunda dos Estados Unidos, os quais utilizaremos para comparar com a legislação nacional no tocante à atenuação das penas, vejamos.

Ponto que foi insistentemente criticado por nós foi a lacuna da temporalidade das medidas de *compliance*, porém o *Bribery Act*, ao contrário da lei anticorrupção brasileira, não deixa dúvidas de quando deve ser acolhido pela pessoa jurídica. A seção 7 fala do cenário de uma possível falha na empresa em prevenir a corrupção; a defesa cabível para defendê-la reside em provar que houve a adoção de mecanismos preventivos para combater a corrupção de forma efetiva, sendo avaliadas as possibilidades das medidas terem sido efetivas ou não (UNIDET KINGDOM, 2010). Em outras palavras, não basta existir em teoria medidas que mitigam atos corruptos, pois será analisada no caso concreto a probabilidade do indivíduo se corromper ou não com as medidas adotadas, e como deve ter caráter preventivo, não há que se falar em adoção de ideias de *compliance* a posteriori.

O *Foreign Corrupt Practices Act* trata do tema de forma diversa, pois não há atenuante para as pessoas jurídicas que praticam o *compliance*, ou alegação de uma defesa (UNITED STATES, 2012) como acontece no *Bribery Act* e na própria lei anticorrupção nacional (que pode ser levado em conta na atenuação da pena de multa). A discussão para criar um mecanismo de defesa da empresa por meio do *compliance* é antiga, sendo discutida desde 1986 (KOEHLER, 2012), porém, no corpo da FCPA, não há disposição com caráter semelhante. O que existe são *guidelines* (orientações, não lei propriamente dita) de como sentenciar as pessoas jurídicas, sendo um dos critérios de uma possível mitigação a existência de um programa de *compliance* que tenha caráter preventivo e repressivo no âmbito interno.

Logo, não seria possível uma adoção tardia do sistema para atenuar uma pena, situação que pode acontecer na lei anticorrupção nacional, ao menos do jeito que a redação se encontra atualmente.

Analisando a realidade americana, o avanço não é apenas no caráter preventivo e repressivo do *compliance*, as penalidades aplicadas pela FCPA são baseadas, dentre outros fatores, em um termo chamado de *Culpability Score* (seria uma pontuação que avalia o quão culpada é a pessoa jurídica) para a aplicação das penas previstas na FCPA, tendo o *compliance* uma dedução

de pontos totais da conta. As *guidelines* são divididas em diversas seções, mas, para melhor elucidação, passamos a discorrer a respeito.

A consistência e efetividade dos programas de ética e *compliance*, podem ser avaliados na análise de duas diretrizes previstas nas *guidelines*: se ao tempo em que a ofensa ocorreu, a pessoa jurídica tinha um programa efetivo de ética e *compliance*, observando-se critérios previstos no §8B2.1³:– subtraia-se 3 pontos. (UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, 2016); não se aplica a redução de pontos se, ao saber da ocorrência do ilícito a pessoa jurídica, sem motivo razoável, não reporta o evento às autoridades governamentais. (UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, 2016). Logo, o critério da temporalidade objeto de dúvida na atual lei anticorrupção não ocorre aqui, da simples análise das duas proposições acima enunciadas.

Não bastando tal fato, outro fragmento dentro das *guidelines* demonstra a seriedade do uso do *compliance*, pois traz parâmetros para demonstrar quando há uma presunção de que não existe um programa de *compliance* e ética efetivo no âmbito da pessoa jurídica. Por exemplo, se no âmbito desta não se constata um desvio comportamental fácil, não há que se falar em atenuação. Ou seja, se uma empresa de grande porte, em atenção a sua capacidade técnica, com corpo jurídico conceituado, não consegue prevenir infrações, certamente não há que se falar em efetividade de *compliance*, portanto não merece redução ou atenuação de futura pena no sistema americano. Alegar ignorância não afasta a responsabilidade, o fato de não saber de um possível ilícito não é escusa suficiente.

Ou seja, não basta apenas sustentar uma aparência de legalidade, uma honestidade dúbia, pois caso isso seja feito, o *Culpability Score* não sofrerá redução em sua pontuação.

Mona Clayton traz sua visão a respeito da utilização do *compliance* no Brasil, que embora seja incipiente demonstra certo avanço, porém as dificuldades ainda são visíveis em razão da mentalidade do empresariado:

A conscientização sobre a importância do *compliance* anticorrupção vem aumentando significativamente nos últimos anos. Isto se deve a uma série de fatores, dentre eles a crescente relevância global da economia brasileira e o aumento do investimento estrangeiro direto. No entanto, mesmo com a velocidade em que as mudanças estão acontecendo, ainda há um gap na cultura de *compliance* do país em comparação com mercados maduros. A adoção de políticas e procedimentos específicos anticorrupção ainda é pouco usual nas empresas brasileiras e a relativa falta de avaliação de riscos pode estar relacionada ao receio de serem encontradas surpresas. É comum que a ameaça de corrupção não esteja incluída na avaliação de riscos operacionais (CLAYTON, 2013, p. 152).

Há aqueles que afirmam que a previsão dos mecanismos de *compliance* de per si já é uma mudança de paradigma digna de elogio (LEAL; RITT, 2014), visto que seu caráter educativo demonstra uma intenção de combater uma situação de corrupção institucionalizada. O acolhimento

³ Para informações detalhadas a respeito vide: <https://www.uscc.gov/guidelines/2015-guidelines-manual/2015-chapter-8>, seção §8B2.1

das ideias de *compliance* realmente não é de todo mal, porém sua efetividade é seriamente comprometida por pontos obscuros na lei anticorrupção.

Ao fazermos uma leitura dos anais de Cornelio Tácito traduzidos para o espanhol, buscamos desvendar o contexto em que a célebre frase foi proferida: Quanto mais corrupta é a república, mais abundantes são as leis. Percebe-se a similaridade entre a antiga Roma e o Brasil atual pelos seguintes motivos: Roma passava por um momento tempestuoso. Após a expulsão de Tarquínio, a população tomou diversas medidas contra as facções de senadores da época com o fito de proteger a liberdade e garantir a harmonia, foram instituídos os decênviros e, buscando bons exemplos que ocorriam fora de Roma, a lei das XII Tábuas foi criada (assim como hoje se buscam exemplos internacionais de leis, na época os exemplos eram obtidos nas redondezas); conforme novos infratores foram surgindo, novas leis iam sendo promulgadas, orientadas geralmente por razões distorcidas da ideia original, o que criou uma inflação legislativa (TÁCITO, 1979), é neste contexto que surge a expressão e o brocardo em latim “*Corruptissima re publica plurimae leges*”. Recentemente com tantos escândalos, o Brasil também passa por transformações que abalam seu eixo, e a quantidade de leis existentes aqui, Roma jamais sonharia.

É certo que a lei anticorrupção trouxe avanços, todavia, a prática do *compliance* será disseminada? O *compliance* previsto na lei anticorrupção é efetivo? Somente o tempo dirá quais serão os resultados vindouros.

CONCLUSÃO

Conforme foi apontado durante todo o artigo, os mecanismos de *compliance* são necessários para um melhor desempenho empresarial, principalmente em um contexto globalizado. Porém, o quanto será efetivo, tendo-se em vista que tais políticas não são obrigatórias, salvo para as estatais (que ao menos até o início desse ano não vêm cumprindo com a legislação), compromete um efetivo combate a práticas desonestas. Seria viável para o pequeno empresário adotar as medidas de auditoria interna, incentivo à denúncia, contratar um corpo jurídico especializado para acompanhar todo este trâmite? Parece que o resultado, ao menos no aspecto financeiro não seria vantajoso. Ou seja, cria-se uma distinção que não há sentido em nosso entender, o *compliance* deveria ser obrigatório para todas as pessoas jurídicas e incentivado pelo Estado de forma gratuita para um verdadeiro combate à corrupção, situação que infelizmente não ocorre.

Por outro lado, é interessante a adoção das medidas de *compliance* de um ponto de vista racional e objetivo no âmbito das empresas de grande porte, que podem arcar com os custos da implementação de um programa complexo, que, a longo prazo, pode reverter em economia, pois uma pessoa jurídica que não se envolve em crimes de corrupção economiza com advogados para o potencial litígio, não desgasta sua marca e, por ser honesta em um país como o Brasil, encontra um verdadeiro diferencial que pode refletir em publicidade positiva, lucrando ativamente com sua honestidade, dentre tantos benefícios que poderiam ser elencados à exaustão.

Apesar disto, a crítica permanece ao instituto do *compliance* na lei anticorrupção que

pode tornar-se apenas um verniz, uma maquiagem para simular atos legais, gerando benefícios a pessoas jurídicas que por vezes continuarão por anos a fio com as práticas corruptas. O instituto, embora não seja novo no Brasil, tem alguns problemas que podem causar verdadeiro incômodo.

Quando adotar as medidas de *compliance*? A pergunta é importante, pois uma das penalidades da lei anticorrupção é a multa no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação, e a adoção das medidas de *compliance* podem ser fator primordial, no caso concreto, de diminuição da citada pena em até 2/3. Ou seja, falamos de cifras volumosas que podem perder a severidade, visto que o legislador não disse a partir de quando o critério do *compliance* seria válido. A lei fala que será levada em conta a existência dos mecanismos de *compliance*, mas é omissa em dizer a informação mais importante, a partir de que momento a criação de instrumentos para combater e prevenir a corrupção serão relevantes para reduzir a pena? Se a pessoa jurídica adotar as medidas de *compliance* depois da prática dos atos elencados na lei anticorrupção merecerá redução da multa? Ou apenas quem se preveniu anteriormente e o ato acabou por ocorrer, merecerá o benefício? Não bastasse a brecha citada, o legislador permitiu que os parâmetros de avaliação das políticas de *compliance* fossem estabelecidos através de regulamento do Poder Executivo Federal.

O regulamento veio e nada disse a respeito do critério da temporalidade. Há aqueles, inclusive, que questionam a legitimidade do regulamento, afirmando que seria mais adequado a lei trazer os parâmetros objetivos, contemplando assim o princípio da legalidade, ou deixar para a avaliação do magistrado ao apreciar o caso concreto.

Como é notório, a lei anticorrupção baseou-se na legislação estrangeira com destaque para o *Bribery Act* e o *Foreign Corrupt Practices Act*, porém a lei pátria inovou não definindo com firmeza quando o *compliance* deve ser adotado. O *Bribery Act* define que somente serão levados em conta como defesa os atos de *compliance*, se esses tiverem caráter preventivo, o que de per si demonstra uma inclinação para a necessidade da adoção das medidas antes do ilícito, já o *Foreign Corrupt Practices Act* é mais severo, embora ainda hoje exista muita discussão, não admite alegação de defesa utilizando-se o critério de *compliance*.

Hoje a corrupção no Brasil é perceptível a todos, atingindo os mais diversos setores da sociedade sem distinção, propagando seus efeitos em proporções assustadoras. Seria o *compliance* previsto na lei anticorrupção um emplastro para medicar este câncer? Assim como a doença comentada, de cura possível, porém dificultosa, medicar a corrupção necessita mais do que medidas legislativas. O *compliance* será comparado com uma pílula para exemplos práticos: acaso prescreve-se um medicamento defeituoso, ou falho para um moribundo ou ainda sem comprovação de resultados? Antes de importar institutos, é necessário diligência para não reproduzir a forma e criar anomalias. Para a criação de um medicamento é necessário pesquisas, estudos, discussões, não a mera aceitação passiva e aplausos.

É certo que a fórmula do *compliance* seria modificada na realidade brasileira, porém como foi colocada torna-se instrumento de manobra processual para aqueles que saibam usá-la.

A penalidade de multa pode perder por completo a sua eficácia, e a cultura empresarial não se alterará agravando-se a corrupção. Motivo pelo qual é sugerido algumas soluções para o problema desvendado na pesquisa: a alteração da lei anticorrupção para pacificar o critério da temporalidade, criando um marco de quando é válida a aplicação das políticas do *compliance*; ou a adoção do mesmo critério previsto na sistemática no *Bribery Act*; ou ainda a livre apreciação dos magistrados no caso concreto, criando-se diretrizes semelhantes às *guidelines* americanas.

Necessário, independentemente de quaisquer das medidas assinaladas, é um debate maduro, crítico e racional de qualquer instituto que seja, principalmente quando são oriundos de uma realidade estrangeira. A discussão e o combate à corrupção não devem ser feitos apenas quando escândalos brotam, a prevenção deve ser tal que extirpe o mal antes de nascer ou, sendo impossível, que suas consequências sejam as mais diminutas possíveis.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Susan Rose. **Corruption and government: causes, consequences and reform.** United Kingdom: Cambridge university press, 1999.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução nº 2.554, de 24 de setembro de 1998.** Dispõe sobre a implantação e implementação de sistema de controles internos. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/res_2554_v3_P.pdf. Acesso em: 1 jan. 2018.

BLANCHET, Luiz Alberto; AZOIA, Viviane Taís. A transparência na administração pública, o combate à corrupção e os impactos no desenvolvimento. **Revista do Direito**, Santa Cruz, v. 1, n. 51, p. 157-175, jan. 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8897/6161>. Acesso em: 1 jan. 2018.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. **Decreto nº 3.678 de 30 de novembro de 2000.** Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm. Acesso em: 1 jan. 2018.

BRASIL. **Lei 8.429 de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 1 jan. 2018.

BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 1 jan. 2018.

BRASIL. **Lei 12.846 de 1 de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 1 jan. 2018.

BREI, Zani Andrade. A corrupção: causas, consequências e soluções para o problema. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 3, p.103-115, jun. 1996. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/8088/6904>. Acesso em: 1 jan. 2018.

UNIDET KINGDOM. **Bribery ACT 2010**. 2010. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>. Acesso em: 1 jan. 2018.

CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do Compliance anticorrupção em um país emergente. *In*: DEL DEBBIO, Alessandra *et al.* **Temas de anticorrupção & compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 149-166.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO - CGU. **Regulamento Pró-ética**. 2017. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/arquivos/documentos-e-manuais/regulamento-2017.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2018.

DAL POZZO, Antonio Araldo. **Lei anticorrupção**: apontamentos sobre a lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FILGUEIRAS, Fernando. **Controle da corrupção e burocracia da linha de frente**: regras, discricionariedade e reformas no Brasil. Dados - Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 54, n.2, p. 349-387, abr. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582011000200005&script=sci_abstract&tlng=es. Acesso em: 1 jan. 2018.

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

FRIEDRICH, Denise Bittencourt; LEAL, Rogerio Gesta. Aplicabilidade do dever de transparência e de informação da iniciativa privada frente o princípio da sustentabilidade ética nos contratos públicos. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fé, v. 2, n. 2, p. 67-84, jul. 2015. Disponível em: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/ojs/index.php/Redoeda/article/download/5164/7867>. Acesso em: 1 jan. 2018.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

JOHNSTON, Michael. Es posible medir la corrupción ¿pero podemos medir la reforma?. **Revista Mexicana de Sociología**, México, v. 67, n. 2, p. 357-377, abr. 2005. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032005000200004. Acesso em: 1 jan. 2018.

KAFKA, Franz. **A metamorfose**. São Paulo: Hedra, 2009.

LEAL, Rogerio Gesta; RITT, Caroline Fockink. A previsão dos mecanismos e procedimentos internos de integridade: compliance corporativo na lei anticorrupção: sua importância considerado como uma mudança de paradigmas e educação empresarial. **Revista Barbarói**, Santa Cruz do Sul, ed. esp., n. 42, p. 46-63, jul. 2014. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/5544/3856>. Acesso em: 1 jan. 2018.

KOEHLER, Mike. Revisiting a foreign corrupt practices act compliance defense. **Wiscosin Law Review**, Wiscosin, v. 2012, n. 2, p. 610-660, jan. 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1982656. Acesso em: 1 jan. 2018.

MARTINEZ, André Almeida Rodrigues. **Compliance no Brasil e suas origens**. São Paulo: IBDEE, 2016. Disponível em: <http://www.ibdee.org.br/compliance-no-brasil-e-suas-origens/>. Acesso em: 1 jan. 2018.

MATOS, Gregório de. **Seleção de obras poéticas**. São Paulo: biblioteca Virtual do Estudante Brasileiro, c1996. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000119.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Ediouro, 1990.

NAWAZ, Farzana. **Exploring the relationships between corruption and tax revenue**. Anti-corruption Resource centre. 2010. Disponível em: https://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/228_Exploring_the_relationships_between_corruption_and_tax_revenue.pdf. Acesso em: 1 jan. 2018.

O 'ANEL de compromisso' do empreiteiro com Sérgio Cabral. **O Antagonista**, 4 dez. 2017. Disponível em: <https://www.oantagonista.com/brasil/o-anel-de-compromisso-empreiteiro-com-sergio-cabral/>. Acesso em: 1 jan. 2018.

PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra *et al.* (coord.). **Temas de anticorrupção & compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 21-48.

PORTO, Thiago Heitor da Fontoura; WERLE, Caroline Cristiane. A efetivação do princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos como forma de coibição da corrupção pública mediante o controle social. **Revista Barbarói**, Santa Cruz do Sul, ed. Esp., n. 44, p. 137-154, jul. 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/7441/4729>. Acesso em: 1 jan. 2018.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. O difícil processo de consolidação da cidadania plena no Brasil: notas sobre o patrimonialismo, o clientelismo, a corrupção e a pobreza política. **Revista do Direito**, Santa Cruz, n. 29, p. 146-165, jan. 2008. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/588/460>. Acesso em: 1 jan. 2018.

TÁCITO, Cornelio. **Anales Libros I-VI**. Madrid: Gredos, 1979.

UNITED STATES. **FCPA a resource guide to the u.s foreign corrupt practices act**. US: Department of Justice, 2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2018.

TOMAZELLI, Indiana. Mais da metade das empresas federais ainda não cumpre a Lei das Estatais. **Estadão**, São Paulo, 26 jan. 2018. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/governanca,mais-da-metade-das-empresas-federais-ainda-nao-cumpre-a-lei-das-estatais,70002166035>. Acesso em: 1 jan. 2018.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perceptions Index 2016**. Jan. 2017 Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_

index_2016#table. Acesso em: 1 jan. 2018.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perceptions Index 2017**. Feb. 2018. Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017. Acesso em: 1 jan. 2018.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. **Sentencing of organizations**. In: UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. Guidelines Manual 2016. US: United States Sentencing Commission, Nov. 2016. Chapter 8. Disponível em: <https://www.ussc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual/2016-chapter-8#NaN>. Acesso em: 1 jan. 2018.

URIBE, Gustavo; CARVALHO, Daniel. Temer não desistiu de posse de Cristiane Brasil, diz Marun. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 jan. 2018. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1952310-temer-nao-desistiu-de-posse-de-cristiane-brasil-diz-marun.shtml>. Acesso em: 1 jan. 2018.

VORSTER, Schalk W. Fighting corruption - a philosophical approach. **In die skriflig l in luce verbi**, South Africa, v. 47, n. 1, p. 50-59, jul. 2013. Disponível em: <https://indieskriflig.org.za/index.php/skriflig/article/view/651>. Acesso em: 1 jan. 2018.

YAZIGI, Alejandro Ferreiro. Dinero, política y transparencia: el imperativo democrático de combatir la corrupción. In: INTERNATIONAL ANTI-CORRUPTION CONFERENCE, 9., 1999, Durban. Disponível em: <http://anterior.cdc.gob.cl/wp-content/uploads/2015/03/AFERREIRO.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2018.

Como citar: CEREN, João Pedro; CARMO, Valter Moura do. Crítica ao compliance na lei brasileira de anticorrupção. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 87-109, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p. 87. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 20/07/2018

Aprovado em: 01/04/2019

A RESTRIÇÃO DA IMUNIDADE PARLAMENTAR NA ADI 5526: UMA CRÍTICA AO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DA ANÁLISE DO VOTO DO MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO

THE RESTRICTION OF PARLIAMENTARY IMMUNITY IN THE ADI 5526: A CRITIQUE OF JUDICIAL REVIEW FROM THE ANALYSIS OF MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO VOTE

* Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Ex-professor da Faculdade de Direito na Universidade de Brasília (UnB), da faculdade de direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) e do Curso de Direito Universidade Estadual de Londrina (UEL). Possui doutorado e mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006), tendo realizado estágio de doutoramento (2004) na Universidade de Lisboa, e graduação em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (1995).

E-mail: claudioladeira@hotmail.com

** Mestre em Teoria e História do Direito e doutoranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

E-mail: marjamangili@gmail.com

Claudio Ladeira de Oliveira*
Marja Mangili Laurindo**

Como citar: OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; LAURINDO, Marja Mangili. A restrição da imunidade parlamentar na adi 5526: uma crítica ao controle judicial de constitucionalidade a partir da análise do voto do min. Luís Roberto Barroso. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 110-130, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p. 110. ISSN: 1980-511X

Resumo: Este artigo tem como objetivo a análise crítica do voto do Ministro Luís Roberto Barroso na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5526, que versou sobre se o alcance das medidas cautelares diferentes de prisão, quando aplicadas aos congressistas, seriam passíveis de revisão pelo Poder Legislativo - tal e qual ocorre com a prisão em flagrante. O instituto da imunidade parlamentar tem o propósito de proteger a autonomia democrática do Legislativo com relação ao Poder Judiciário, delimitando seu poder de interferência. Concluiu-se que não houve motivos razoáveis para se acreditar que a expansão das medidas do art. 319 do CPP restringiria tal garantia estabelecida constitucionalmente ao parlamento. A ADI 5526 se mostra como caso sintomático do modo de funcionamento do Supremo Tribunal Federal com relação ao seu modo de atuação em direção aos demais poderes, em especial o legislativo. Nesse sentido, este artigo apoia-se sobre a perspectiva de Dimoulis e Lunardi, bem como de Waldron, acerca dos limites do controle judicial de constitucionalidade para apontar a distância entre o discurso do voto do Min. Barroso e a legitimidade política jurisdicionaldo seu controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: ADI 5526. Controle judicial de constitucionalidade. Luís Roberto Barroso.

Abstract: This paper critically analyzes the vote of the Supreme Court Minister Luís Roberto Barroso in the ADI 5526, which prescribes different precautionary measures for the arrest for congressmen and congresswomen, which would be subject to the revision of the Legislative Power. Furthermore, the purpose of parliamentary immunity is to protect the democratic autonomy of the legislature in relation to the judiciary, diminishing its power of interference. This paper concludes that the expansion of article 319 of the CPP does not restrict the constitutionally established guarantee of parliamentary immunity. Henceforth, ADI 5526 proves a symptomatic case of how the Federal Supreme Court treats other branches of government, especially the legislative branch. In this sense, this paper utilizes the perspective of Dimoulis and Lunardi, as well as Waldron, in order to understand the limits of judicial control of constitutionality in order to point out the difference between the Barroso's vote and the jurisdictional political legitimacy of its control of constitutionality.

Keywords: ADI 5526. Judicial Review. Luís Roberto Barroso.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal tem decidido diversas questões de alcance moral e político extremamente controvertidas¹. Alçado à tarefa democrática de guardião dos interesses constitucionais, garantiu-se a ele a competência da decisão contramajoritária. Nos anos que se sucederam à promulgação da Constituição Cidadã, o exercício da jurisdição constitucional ganhou evidência, tanto no sentido de ter-se tornado um dos centros de promoção de uma série de ações favoráveis a direitos e políticas públicas quanto pelo alcance de suas sessões televisionadas.

Impulsionada pelo constitucionalismo contemporâneo, o Supremo Tribunal Federal e seus ministros se tornaram protagonistas da política nacional. Hoje, se fala no seu ativo papel ilustrado, impulsionador do progresso histórico em um país dominado por séculos de oligarquias (BARROSO, 2018).

Nesse sentido, a análise do voto de um de seus ministros, no caso, Luís Roberto Barroso, dada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5526, em conjunto com a leitura de outras falas, como a realizada por meio da *Folha de S. Paulo* (BARROSO, 2018), pode se mostrar esclarecedora do contexto atual quanto à atuação e extensão dos poderes do STF. Pleiteou-se, pela referida ação, que as medidas cautelares diversas da prisão estabelecidas em 2011 pelo art. 319 do Código de Processo Penal, também passassem, de acordo com a ideia de imunidade parlamentar disposta pelo art. 53 da Constituição Federal pela análise do Poder Legislativo.

O Ministro Barroso entendeu que as medidas do art. 319 do Código de Processo Penal podem ser diretamente impostas aos parlamentares, isto é, sem consideração dos procedimentos relativos à imunidade parlamentar, sob alegação de que tais medidas não dificultariam ou impediriam o exercício regular de mandato dos congressistas².

Em um primeiro momento, far-se-á uma breve introdução ao conceito e ao histórico da imunidade parlamentar no Brasil; em seguida, uma análise do voto em questão, a fim de conhecer os seus fundamentos e sopesar se a argumentação se atém ao texto constitucional no que se refere ao instituto de imunidade parlamentar. Por último, se promove uma leitura crítica da fundamentação do Ministro utilizada em seu voto, bem como do texto *‘Operação Abafa’ tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso*, publicado no jornal *Folha de S. Paulo*, em que o autor explicita seu entendimento sobre sua função, com base nos textos de Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi e Jeremy Waldron acerca dos limites do controle judicial de constitucionalidade promovido por Tribunais Constitucionais.

1 A exemplo do próprio objeto deste artigo, bem como o direito ao aborto de fetos anencéfalos, a constitucionalidade da Marcha da Maconha, dentre outras. Conferir em “*STF: um tribunal amigo ‘apenas’ de liberdades individuais de autonomia privada?*” (IOTTI, 2016).

2 O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o Poder Judiciário tem competência para impor a parlamentares as medidas cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP). Somente quando houver imposição de medida que dificulte ou impeça, direta ou indiretamente, o exercício regular do mandato, a decisão judicial deveria ser encaminhada para apreciação legislativa. Pelo entendimento da maioria, apenas a medida que suspenda ou dificulte o exercício de mandato deve ser conduzida para decisão Legislativa. Nesse sentido, o voto de Barroso, que pedia improcedência total do pedido, foi vencido.

1 A IMUNIDADE PARLAMENTAR COMO OBJETO HISTÓRICO DEMOCRÁTICO E OBJETO DA ADI 5526

A imunidade parlamentar, instituto reconhecido em grande parte das democracias ocidentais, também tem seu lugar e seu peso na história constitucional brasileira. Criada com o objetivo de garantir aos integrantes eleitos do Poder Legislativo a liberdade necessária para o cumprimento das funções representativas em um espaço democrático, isenta de algumas responsabilidades os parlamentares com relação ao exercício de sua função. Seu surgimento está atrelado à efetivação da separação dos Poderes à autonomia ao Poder Legislativo, assegurando-lhe independência necessária para a persecução dos interesses e pautas políticas. Serve, assim, como um sistema de proteção contra possíveis medidas intimidatórias por parte do Executivo e, também, do Judiciário. Costuma ser, portanto, um instrumento comum aos Estados de Direito democráticos.

Em um espectro amplo, tal garantia se manteve ao longo do tempo³, tendo sofrido restrições nos períodos ditatoriais⁴. A Constituição de 1988 tratou de assegurar tal instituto no Título IV (“Organização dos Poderes”), Capítulo I (“Do Poder Legislativo”), Seção V (“Dos Deputados e dos senadores”), cuidando dos seus aspectos material e formal, através do Art. 53 (reformado pela EC nº 35/ 2001), pelo qual determina que compete às Casas parlamentares resolver a prisão de seus membros, caso tenham eles tenham sido detidos em flagrante por crime inafiançável (art. 53, § 2º), bem como estabelece que as Casas tem poder para suspender o andamento de ação penal após a diplomação de congressista (art. 53, § 3º). Tais regras teriam por fim assegurar que qualquer medida do Poder Judiciário que tenha poder de interferir no exercício do mandato parlamentar deve, obrigatoriamente, ser objeto de deliberação anterior do Legislativo.

Tal disposição não havia sido analisada após a Lei 12.403, de 2011, que ampliou o rol de medidas cautelares do Código de Processo Penal em 2011, pelos artigos 312 e 319. Por meio deles foram criadas medidas restritivas intermediárias que estabelecem medidas alternativas à prisão, que incluem, por exemplo, a possibilidade de afastamento de função pública.

Na AC 4070, julgada em 2016, o STF já havia reconhecido o cabimento das medidas cautelares aos congressistas amparado sobre o “princípio da inafastabilidade da jurisdição”; interpretou, desta forma, que é cabível a aplicação de medidas cautelares como o afastamento de parlamentares das funções públicas. Tendo em vista que a decisão no caso a AC 4070 criou um novo entendimento que expandiu o rol de possíveis penas aos parlamentares, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5526 pleiteou que tais medidas cautelares diversas da prisão também

3 Presente no ordenamento nacional desde a primeira Constituição, de 1824, pela qual se afirmou que “os Membros de cada uma das Câmaras são invioláveis pelas opiniões, que proferirem no exercício das suas funções”, a imunidade parlamentar sofreu algumas alterações conforme outras Constituições foram outorgadas ou promulgadas. Em 1891, por exemplo, a Constituição passou a prever que não apenas as opiniões, mas também palavras e votos proferidos no exercício do mandato estariam amparados pela imunidade parlamentar.

4 A Constituição de 1937, apesar de não prever isenção de responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime, assegurava que “só perante a sua respectiva Câmara responderão os membros do Parlamento nacional pelas opiniões e votos que emitirem no exercício de suas funções”. Em 1967, apesar de materialmente limitado tal instituto, manteve-se formalmente a imunidade parlamentar ao se prever que “os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.”, situação que se alteraria posteriormente com o Ato Institucional nº 5.

passassem pela análise das Casas às quais interessam. A pergunta que o STF deveria responder, pautada pela ADI, é se tais medidas cautelares diferentes de prisão, quando aplicadas aos congressistas, seriam passíveis de revisão pelo Poder Legislativo.

O assunto já havia sido tratado indiretamente em três momentos, quando foram julgados o ex-deputado e à época presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha (do à época PMDB), o ex-senador Delcídio do Amaral (PT) e, mais recentemente, o senador Aécio Neves (PSDB), todos judicialmente afastados de seus cargos. Envolvendo questões de dimensão política nacional de tal tamanho, o instituto da imunidade parlamentar passou a ser cada vez mais visado.

Através da já mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pelos Partido Progressista (PP), Partido Social Cristão (PSC) e Solidariedade (SD), foi requerido ao Supremo Tribunal Federal que as medidas previstas nos artigos 312 e 319 do Código de Processo Penal fossem, quando aplicadas aos parlamentares, também submetidas à análise do Congresso Nacional em um prazo de 24 horas.

Segundo os impetrantes, a Constituição autoriza a Câmara e o Senado a decidirem a respeito da perda do mandato político nos casos de infrações previstas na própria Constituição (art. 55, § 1º e §2º). Afirma que compete às Casas parlamentares resolver a prisão de seus membros quando tenham sido detidos em flagrante por crime inafiançável (art. 53, § 2º) e garante que as Casas têm poder para suspender o andamento de ação penal após a diplomação de congressista (art. 53, § 3º).

O julgamento da questão mostra que, se a princípio a ideia forte era proteger o Poder Legislativo das intromissões dos demais Poderes, o discurso da imunidade parlamentar não como prerrogativa democrática, mas privilégio penal que isentaria os parlamentares de serem responsabilizados em escândalos de corrupção, tem ganhado força e um portador à sua altura: o Judiciário.

O voto de Barroso, que visou a improcedência total do pedido em julgamento, acabou vencido pelos demais, e o resultado da ação se deu no sentido de que o Poder Judiciário tem competência para impor a parlamentares as medidas cautelares do artigo 319 do CPP, exceto nos casos em que se veja dificultado ou impedido, direta ou indiretamente, o exercício regular do mandato, isto é, decidiu-se pela procedência parcial da ação.

O Ministro observou que a imposição pelo Judiciário de medidas cautelares diversas da prisão a parlamentares não necessita do aval do Legislativo. A análise do voto de Barroso, no presente caso, pode servir como uma pequena amostra de como tem decidido de uma maneira geral, principalmente através do apontamento de quais tipos de argumento tem se utilizado para fundamentar suas sentenças. Além disso, acredita-se que, por ser um ministro com alta visibilidade acadêmica, tendo publicado uma série de textos doutrinários e bem como seu visível engajamento e exposição midiática pela sua causa, a compreensão de seu modo de votar pode indicar não apenas um modo de decidir pessoal, mas como um fragmento do *modus operandi* do próprio Judiciário.

2 O VOTO DE BARROSO: ILUMINISMO NO EXERCÍCIO DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE *OU* DO REI-FILÓSOFO

Tecida no pensamento clássico, o *rei-filósofo* é uma figura política cujos conhecimentos filosóficos garantiriam os bons rumos da pólis. Na modernidade, ressurgiu amparada pelos ideais filosóficos de pensadores que se colocavam contra a irracionalidade do Antigo Regime, cuja legitimidade se sustentava por justificativas transcendentais, ora divinas, ora amparadas pela Razão. Eventualmente, tal crítica serviu à Revolução Francesa, que poria abaixo as antigas estruturas.

As alterações de percepção provocadas pelo Iluminismo sobre a concepção de mundo e de homem atingiram as compreensões jurídicas de sua época. Sorvendo-se de pensadores liberais como Locke, os iluministas vislumbraram a possibilidade de garantir igualdade e liberdade em lei. O direito consuetudinário foi considerado, por esses, como sendo uma má herança dos tempos do medievo, um direito que não havia sido submetido ao processo de racionalização, sendo puramente uma expressão de uma série de tradições sem qualquer fundamento consistente, ou mesmo irracionais. Era preciso sistematizar aquilo que atendia aos novos preceitos do pensamento burguês: a ideia de que todos os homens nascem iguais por natureza, ou melhor, todos os homens são iguais juridicamente. No âmbito da jurisprudência dos novos tempos, portanto, os juízes seriam limitados pelas leis, afinal, “a Revolução tinha sido feita também contra a tirania dos juízes que, apoiados no caráter casuísta e flexível do direito tradicional, tornavam o direito num saber hermético, cujos resultados eram imprevisíveis e incontroláveis pelos cidadãos.” (HESPANHA, 2005, p. 347). Isso porque, no medievo, o direito provinha de fontes cuja legitimidade se sustentava na “autoridade técnica ou doutrinal dos especialistas, capazes de revelar um direito que residia nas próprias coisas ou nos princípios abstratos da razão.” (HESPANHA, 2005, p. 349).

Na Corte brasileira do século XXI, há quem defenda que o papel do juiz constitucional é o de garantir uma razão humanista que “empurre a história” diretamente para um “processo civilizatório”. Considerando-se um conjunto de argumentações em plenário, declarações à imprensa, textos e decisões judiciais, o ministro Luís Roberto Barroso tem sido o porta-voz da crença de que, legitimados pelo conhecimento específico e pelo mérito próprio de sua função, o Supremo Tribunal Federal deve garantir, por meio dos seus instrumentos, que se faça “justiça”. Comumente, tal pretensão se ampara em discursos como o de defesa dos direitos fundamentais e o de combate à corrupção, frequentemente levantados como motivos para a cruzada do ministro.

Em continuidade à promoção do papel político e reformador do Poder Judiciário, Barroso julgou, na ADI 5526, improcedente o pedido dos partidos Progressista (PP), Social Cristão (PSC) e Solidariedade, que pediram ao Supremo Tribunal Federal interpretação conforme a Constituição a fim de que a aplicação a parlamentares das medidas cautelares estabelecidas nos artigos 312 e 319 do CPP fosse encaminhada ao Legislativo para apreciação, por maioria, em 24 horas.

A questão da imunidade parlamentar é, aparentemente, assunto já bem tratado pela doutrina jurídica nacional. Francisco Campos, em que pese sua posição controversa, em meados do século XX já se preocupava em estabelecer os limites da competência do Poder Judiciário quanto a “definir

e especificar os privilégios parlamentares, delimitando-lhes os efeitos e a extensão” (CAMPOS, 1956). Para Campos, questões de economia interna das assembleias são de competência exclusiva delas mesmas, já que de não se poderia vislumbrar sua independência quando as matérias de sua competência estivessem subordinadas a uma *jurisdição estranha* (CAMPOS, 1956, p. 115). Para o autor, ao Poder Judiciário só competiria determinar se o Poder Legislativo “se conformou, na sua elaboração, às formalidades ou aos processos estatuídos às deliberações legislativas.” (CAMPOS, 1956, p. 118). A interferência do judiciário nos assuntos de prerrogativa legislativa significaria o fim da discriminação de competências estabelecido pelo princípio da separação dos poderes, já que “não pode haver discriminação de competências onde uma única competência absorve, pela sua universalidade, as demais competências com ela e em face dela instituídas.” (CAMPOS, 1956, p. 119). Se a Constituição estabelece os poderes de cada órgão e determina a autonomia do Poder Legislativo quanto às questões relativas à interrupção do mandato de seus integrantes, estabelecendo em segundo plano, subsidiariamente, a atuação do Poder Judiciário e, quando este, contrariando tal ordem de disposições, atenta contra a independência do primeiro, é evidente que, ao “Instituir, portanto, ao lado desta, outra competência, cobrindo o mesmo campo e exercendo-se sobre o mesmo objeto, seria neutralizar ou nulificar a primeira.” (CAMPOS, 1956, p. 120).

Em contraposição, Luís Roberto Barroso parece acreditar que seu encargo histórico autoriza a sua ideia de que “a eliminação da imunidade referida é necessária se se pretende por termo à impunidade no país” (BARROSO, 2018), da qual se utiliza para fundamentar o voto pelo qual afirma que as únicas exceções constitucionais expressamente previstas no tocante à tramitação de processos crime contra parlamentares estão no art. 53, § 2º e 3, bem como o art. 55, § 2, que versam sobre a prisão de crime inafiançável, sustação de ação penal e deliberação de perda de mandato.

Barroso inicia os fundamentos de seu voto com o exemplar caso do Senador Aécio Neves, sobre o qual recaiu uma “ação cautelar a fim de prendê-lo, bem como denúncia por crimes de corrupção passiva e pelo crime previsto no art. 2º, § 1º da Lei de Organização Criminosa” (BARROSO, 2018). A 1ª Turma decidiu que Neves, diferentemente dos demais réus, seria afastado do exercício de seu mandato e estaria obrigado a recolher-se em seu domicílio no período noturno, como estabelecem as medidas cautelares distintas da prisão estabelecidas pelo CPP.

Afirma Barroso (2017b, p. 4) que: “[...] o afastamento de um parlamentar do cargo é medida excepcionalíssima. Porém, impedir o Judiciário de intervir em hipótese em que o mandato popular está claramente sendo utilizado para cometer crimes violaria o princípio republicano e qualquer ideia mínima de justiça.”

Procurando manter a coerência quanto ao defendido papel ilustrado do STF, sobre uma conjuntura em que é “preciso empurrar a história” (BARROSO, 2018) ou, ainda, sobre “momentos cruciais do processo civilizatório”, diz Barroso que “a razão humanista precisa impor-se sobre o senso comum majoritário”:

Em nome da defesa da “transformação dos costumes no país”⁵, caberia ao Poder Judiciário

5 “O direito não pode ser interpretado fora da realidade em que está inserido. E o momento atual é o da revelação de

encarnar a ideia de que “É preciso que um órgão não eletivo ajude a dar o salto histórico necessário.” (BARROSO, 2018).

Dada a oportunidade para a interpretação dos referidos dispositivos penais, Barroso não hesitou de fazer valer, em cumprimento da sua função de “contrapeso” dos Poderes, uma interpretação de modo a estabelecer que a independência das Casas quanto à sustação do andamento do processo e a deliberação de perda de mandato parlamentar, conforme os artigos 53, § 2 e 3, e 55, VI, §2, se referiria apenas ao caso de prisão em flagrante. Isto é, ainda que as medidas cautelares não sejam interpretadas restritivamente, a autonomia parlamentar deve ser.

Partindo da ideia de que o “espírito” da EC nº 35/2001 (que retirou da Constituição de 88 a exigência de aprovação prévia do Parlamento dos processos criminais) tinha por intuito “por termo à impunidade no país” (conforme PEC nº 101/1995), o ministro defende que, com exceção daquilo que está exposto no texto constitucional, “o processo criminal contra parlamentar instaurado perante o Supremo Tribunal Federal deve transcorrer como nas instâncias ordinárias, sem nenhuma interferência do Poder Legislativo.” Assim, sendo as medidas cautelares válidas para os Parlamentares – ainda que não se encontrem expressas no texto constitucional – a interpretação favorável à autonomia parlamentar deve ser interpretada *restritivamente*. A aplicação da lei independe da autorização da Casa Parlamentar respectiva, tanto para a instauração do processo quanto para o seu desenvolvimento regular, inclusive no que diz respeito à imposição de medidas cautelares.

Parece justo, aos olhos do progresso histórico, que direitos constitucionais sejam restringidos por “interpretações restritivas”, enquanto instrumentos de sanção possam ser ampliados por “interpretações expansivas”.

As medidas cautelares previstas pelo CPP entram, claramente, em conflito com as prerrogativas parlamentares. A possibilidade de suspensão do exercício da função pública “quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”, prevista no art. 319, VI, é a mais evidente delas; o recolhimento domiciliar noturno, de forma diversa, também tem a capacidade de interferir nas atividades legislativas. Conforme o voto de Barroso, tais medidas são excepcionalíssimas, assim como “excepcionalíssima há de ser o fato de um parlamentar utilizar o cargo para a prática de crimes”; além do mais, o recolhimento noturno “não interfere com a rotina funcional, porque permite o trabalho e a convivência com as pessoas” mas que “restringe frequência a baladas, restaurantes, recepções e outros momentos festivos” (BARROSO, 2017b, p. 9).

No sentido de afirmar a “injustiça” e “incongruência” da determinação da prisão das demais pessoas envolvidas no mesmo processo que manteve imune o Senador Aécio Neves, o ministro apela para a máxima do jusnaturalista Gustav Radbruch (1997, p. x): “A injustiça extrema não pode ser direito.” Em o que se mostra como um verdadeiro sofismo, afirma que “a Constituição tampouco estabelece que parlamentar tenha obrigação de pagar tributos, possa se divorciar ou ser

esquemas espantosos de corrupção sistêmica e endêmica no país. Resta saber, portanto, se a Constituição deve ser interpretada de modo a permitir que a sociedade brasileira enfrente este mal ou se, ao contrário, deve ser interpretada de modo a se criar o máximo de embaraço à transformação dos costumes no país.” BARROSO, 2018).

réu em reclamação trabalhista. Ou seja: em tudo o que não está previsto na Constituição, está sujeito às mesmas normas que qualquer cidadão.”

Tal argumento foge de qualquer lógica jurídica. É evidente que a Constituição não dispõe sobre os deveres ou direitos acima mencionados com relação ao caso particular dos parlamentares: seria totalmente desnecessário. Afinal, tais direitos e deveres dizem respeito aos cidadãos em geral, categoria na qual estão inseridos também os parlamentares. O contrário, no entanto, não é verdadeiro: não são todos os cidadãos que possuem o direito de imunidade parlamentar, que é explicitamente garantido pela Constituição Federal de 88.

Se as medidas cautelares não foram descritas pela Constituição e sobre elas parece haver lacuna quanto à aplicação ao caso específico dos parlamentares, por outro lado o art. 53 § 3º dispõe – após garantir em seu caput a inviolabilidade civil e penal daqueles –, *ipsis litteris*, que:

Recebida a denúncia contra Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação (BRASIL, 1988).

Não há que se falar, aqui, em situação “não prevista”. É evidente que a Constituição visa garantir, por meio de tal artigo, a imunidade parlamentar não apenas nos casos em que a denúncia enseje prisão; que o *caput* anuncia, de antemão, o objetivo do artigo: assegurar imunidade parlamentar ante o Poder Judiciário. A questão implicada por Barroso de que as medidas incluídas no CCP pela reforma de 2011 não estão *expressamente* previstas pela Constituição (por óbvio, já que elas são o próprio objeto de análise da ADI) também é frágil, porque, como visto, tampouco está previsto que tais medidas não caibam no guarda-chuva daquele artigo constitucional.

Como seria *lógico* imaginar, se a Constituição, em seu art. 53, § 2º, estabelece que “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos” e “Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão” (BRASIL, 1988), no que concerne à pena de prisão, seria esperado que quanto às medidas penais cautelares previstas no art. 319 do CPP a regra constitucional mantivesse o mesmo efeito esperado do caso de prisão em flagrante.

A possibilidade de que as medidas previstas pelo art. 312 (prisão preventiva) e pelo inciso VI, do art. 319 do CPP (suspensão do exercício de função pública) sejam aplicadas sem o visto parlamentar constitucionalmente requerido atravessa diretamente autonomia do Parlamento quando a decisão que impede exercício regular de mandato parte unicamente do Poder Judiciário. Afinal, é possível falar em garantia da autonomia do Poder Legislativo quando há possibilidade de que o Poder Judiciário interfira para além do que está previsto constitucionalmente?

O objetivo dos artigos da Constituição que preveem o instituto da imunidade parlamentar

é justamente que o Legislativo mantenha autonomia com relação ao Poder Judiciário, delimitando, portanto, seu poder de interferência, limitado pelas próprias Casas legislativas quando a elas é dado o poder de decidir. Ainda que a Constituição não preveja as medidas cautelares estabelecidas pelo CPP com sua reforma, não haveria motivos razoáveis para acreditar que com a adoção de tais medidas a autonomia estabelecida constitucionalmente deveria ser revisada.

É evidente que eventuais medidas que igualmente têm o poder de interferir sobre a atividade dos legisladores deveriam estar submetidas aos mesmos critérios de apreciação pelas Casas. Ou, nas palavras da petição inicial da ADI 5526: não sendo lícito o afastamento de parlamentar em razão de delito em flagrante sem consulta ao Parlamento no prazo de 24 horas, porque seria lícito afastamento sem consulta por ações que preveem medidas cautelares quando, no fim, as implicações são as mesmas em ambos os casos?

Se tal argumento carece de juridicidade, sustenta-se unicamente por um outro tipo de argumento, de apelação moral, que atravessa todo o discurso do ministro em seu voto. Diz Barroso (2017b, p. 12) que: “Há uma imensa demanda na sociedade brasileira por integridade, patriotismo e idealismo. Somos um país que se perdeu na história e precisa reencontrar o seu rumo. Não se trata de uma questão política. É uma questão prévia às escolhas políticas.”

Tal pensamento autoriza o ministro a afirmar, sem constrangimento, que “O Supremo Tribunal Federal tem dado contribuição importante para o enfrentamento desse estado de coisas, ainda que de forma menos vigorosa do que pessoalmente acho que deveria.” (BARROSO, 2018).

Nesse sentido, é preciso analisar criticamente a atuação e a leitura do papel do STF e de seus ministros como agentes não meramente jurídicos de mudanças sociais.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO AUTORIDADE DEMOCRÁTICA ARGUMENTATIVA

A judicialização da política é um fenômeno que parece surgir a partir de duas frentes: se é possível falar em uma crescente demanda por parte da sociedade, incluindo aí demandas do órgão representativo por excelência, o legislativo - e também o executivo -, é também possível afirmar que os órgãos da instância judiciária, como o Supremo Tribunal Federal, tomam para si cada vez mais a iniciativa de resolução de questões políticas. Inclusive por meio de interpretação constitucional. No Brasil, declarações do tipo “é preciso que um órgão não eletivo ajude a dar o salto histórico necessário.”, quando partem de um ministro do Supremo Tribunal Federal, provocam a pergunta pelos alcances e limite de tal politicidade.

A partir da Constituição de 1988 e da adoção de uma nova proposta hermenêutica adotada pelos juristas brasileiros, bem como também a reforma do judiciário pela EC/45 no ano de 2004, que ampliou o poder legiferante do STF através de instrumentos a Súmula Vinculante, o Poder Judiciário parece estar amparado teoricamente para decidir mais propriamente criando ou alterando leis do que propriamente julgando conforme a Constituição. A ideia de um judiciário que resolve querelas políticas, provocado ou propositivamente, cresce amparada por declarações como a acima

mencionada: o STF seria o agente competente para promover progresso. Estariam os ministros autorizados a interpretar a Constituição de maneira enviesada sob o pretexto de “acelerar” a história? Ou melhor: estaria o Supremo autorizado a decidir, em nome de tal progresso, *contra legem*?

Mas o que confere ao Poder Judiciário esse papel de decidir politicamente em detrimento dos demais poderes?

Em *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria* (BARROSO, 2017a), o ministro propõe que, em certos casos em que o processo político majoritário não dê conta da função de “empurrar a história”, caberia ao STF garanti-la, a fim de, por outros meios que não o representativo via voto, sejam efetivados o próprio entendimento da maioria e a igualdade de dignidade entre os cidadãos.

Barroso não nega, nesse texto, a importância essencial de uma democracia representativa de viés político-legislativo majoritário. Porém, não tarda em explicar que a democracia ultrapassa os aspectos formais, englobando também uma dimensão substantiva relativa aos direitos fundamentais, que é atravessada por outra dimensão, de cunho deliberativo, argumentativo e persuasivo. Assim, diz que “a democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões.” (BARROSO, 2017a) como fundamento para a defesa da ideia de que apesar de o Legislativo “ter preferência em atuar”, quando não aja, “a atribuição seria transferida para o Judiciário”, caso em que o papel da corte, diante disso – reforça o autor – deve ser iluminista.

No Brasil, durante o período da Ditadura Militar, o direito constitucional foi encarado por teorias que rejeitavam sua normatividade, seja a partir de um ponto de vista conservador, seja crítico⁶. Além disso, afirma que existia uma “patologia persistente, representada pela insinceridade constitucional” (BARROSO, 2017a, p. 29), que fazia da Constituição simples aparato ideológico, “repleta de promessas que não seriam honradas”.

A teoria neoconstitucional advinda do pós-segunda-guerra europeu e, no Brasil, com o fim daquele regime ditatorial, teria alterado esse cenário com a proposição de um novo direito constitucional, pós-positivista, reivindicante de uma normatividade real por meio de uma nova leitura sobre a função jurisdicional constitucional. Para além de preservar os direitos já conquistados, o novo constitucionalismo – ou *constitucionalismo democrático* – também teria caráter promocional, “constituindo-se em instrumento de avanço social” (BARROSO, 2017a, p. 31), transformando-se na “ideologia vitoriosa do século XX” (BARROSO, 2017a, p. 33).

A complexidade das novas relações também demandou uma figura responsável pela decisão entre possíveis conflitos entre direitos fundamentais e soberania popular, capaz de decidir em um mundo onde “mazelas como o tráfico de drogas e de armas, o terrorismo e a multiplicação de conflitos internos e regionais” consomem “vidas, sonhos e projetos de um mundo melhor.” (BARROSO, 2017a, p. 37).

Em meio ao processo de judicialização da vida, os tribunais são chamados a responder

⁶ O autor cita as correntes historicistas, que teriam tratado tal questão a partir de uma mera leitura descritiva dos fatos, e a crítica marxista, que teria se retirado do campo do direito (BARROSO, 2017a).

casos difíceis, questões não são teóricas, mas concretas, sem previsão legal, o que é natural, já que o constituinte e o legislador não são capazes de prever todas as situações possíveis. Disso, decorreria a necessidade de que a função jurisdicional não se atenha apenas à abstração do texto da norma, mas também à realidade, quebrando as barreiras entre legislação, política, jurisdição e direito (BARROSO, 2017a, p. 39).

Tal situação se resolveria pela atuação judicial lógica e argumentativamente, com auxílio dos parâmetros normativos, jurisprudenciais e elementos não-jurídicos. Frisa o ministro que “toda decisão judicial precisa ser reconduzida a uma norma jurídica. Trata-se de um trabalho de construção de sentido, e não de invenção de um Direito novo” (BARROSO, 2017a, p. 39), construção essa que se dá por meio de ponderação e argumentação jurídica, que são atravessadas pela escolha de uma possível solução valorativa comportada pelo ordenamento (BARROSO, 2017a, p. 41).

Sobre discricionariedade, vale citar integralmente:

Discricionariedade, porém, é um conceito tradicional do direito administrativo, no qual está embutido o juízo de conveniência e oportunidade a ser feito pelo agente público. Nessa acepção, discricionariedade significa liberdade de escolha entre diferentes possibilidades legítimas de atuação, uma opção entre “indiferentes jurídicos”. Nesse sentido, inexistente discricionariedade judicial. O juiz não faz escolhas livres nem suas decisões são estritamente políticas. Essa constitui uma das distinções mais cruciais entre o positivismo e o não positivismo. Para Kelsen, principal referência do positivismo normativista romano-germânico, o ordenamento jurídico forneceria, em muitos casos, apenas moldura, conjunto de possibilidades decisórias legítimas. A escolha de uma dessas possibilidades, continua ele, seria um ato político, isto é, plenamente discricionário. A concepção não positivista, compreendida neste estudo, afasta-se desse ponto de vista. Com efeito, o Direito é informado por uma pretensão de correção moral, pela busca de justiça, da solução constitucionalmente adequada. Essa ideia de justiça, em sentido amplo, é delimitada por coordenadas específicas, que incluem a justiça do caso concreto, a segurança jurídica e a dignidade humana. Vale dizer: juízes não fazem escolhas livres, pois são pautados por esses valores, todos eles com lastro constitucional (BARROSO, 2017a, p. 42-43).

A ideia de uma única resposta possível proposta por Dworkin também não faria sentido na medida em que não haveria uma única resposta correta, isto é, uma verdade a ser encontrada pelo juiz. Aqui, de maneira incisiva, Barroso reforça a soberania do intérprete constitucional: “se houver força externa ao intérprete, com o poder de cancelar a verdade proclamada, será inevitável reconhecer que ela é filha da autoridade” (BARROSO, 2017a, p. 43-44).

As funções atribuídas ao STF pelo art. 102 da CF/88 teriam estabelecido a função político institucional contramajoritária e representativa ao órgão. A função contramajoritária, diz Barroso, tem sido exercida parcimoniosamente, tendo em vista o número de leis declaradas parcial ou totalmente inconstitucionais desde 88, agindo o Tribunal em autocontenção e em respeito às decisões legislativas e executivas, como nos casos das Ações Afirmativas.

Se Barroso reforça a ideia de um STF que atua em respeito à ideia da representação

legislativa em sua função autocontida, pergunta pela relação entre democracia e princípio majoritário, ou melhor, se os atos legislativos são representativos, de fato, de uma maioria (BARROSO, 2017a, p. 51). Seria difícil deduzir isso de um cenário onde “disfuncionalidade, corrupção, captura por interesses privados são temas globalmente associados à atividade política.”⁷⁸ (BARROSO, 2017a, p. 52).

Assim,

No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O déficit democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação (BARROSO, 2005, p. 41).

Os juízes teriam se tornado, então, mais representativos que os parlamentares dos desejos do povo. Já se vive, diz Barroso, em uma sociedade que “se identifica mais com seus juízes do que com seus parlamentares”, e isso seria perceptível tanto pela atenção que se dá aos debates no STF em detrimento dos ocorridos no legislativo (BARROSO, 2017a, p. 53), quanto pela democratização dos cursos de direito, que permitiriam que pessoas de origens sociais variadas ingressassem na magistratura (BARROSO, 2017a, p. 56). A democracia, portanto, não se daria apenas nos espaços tradicionais: ela se daria por votos, mas também por argumentos, caso em que o STF poderia ser um melhor intérprete do sentimento majoritário (BARROSO, 2017a, p. 55).

Segundo o autor, os juízes ocupam funções vitalícias, longe de circunstâncias de curto prazo e “tentações populistas”, atuando sempre por provocação dos interessados, julgando somente aquilo que foi requerido, sempre acompanhado pelo dever de fundamentar suas decisões. Também o *mérito* de terem sido aprovados em “concursos árduos e competitivos”, garantiria a qualificação desse tipo de serviço público (BARROSO, 2017a, p. 58). Outrossim, prevê-se hoje instrumentos como o *amicus curiae*, capazes de aproximar o judiciário dos interesses populares (BARROSO, 2017a, p. 56-57).

Ressaltando o caráter de razão e correção das sentenças judiciais tal como proposto por Alexy, se refere à corte constitucional como representante argumentativo da sociedade. Decisões jurídicas sempre tem objetivo de correção e podem ser aceitas via argumentativa por uma

7 No mesmo sentido com relação à efetividade, o ministro diz que “Ao longo dos anos, a ampla exposição das disfunções do financiamento eleitoral, das relações oblíquas entre Executivo e parlamentares e do exercício de cargos públicos para benefício próprio revelou as mazelas de um sistema que gera muita indignação e poucos resultados” (BARROSO, 2017a, p. 52).

8 A doutrina da dificuldade contramajoritária, estudada anteriormente, assenta-se na premissa de que as decisões dos órgãos eletivos, como o Congresso Nacional, seriam sempre expressão da vontade majoritária. É que, ao revés, as decisões proferidas por uma corte suprema, cujos membros não são eleitos, jamais seriam. Qualquer estudo empírico desacreditaria as duas proposições. Por numerosas razões, o Legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria. Além do já mencionado déficit democrático resultante das falhas do sistema eleitoral e partidário, é possível apontar algumas outras. Em primeiro lugar, minorias parlamentares podem funcionar como veto players, obstruindo o processamento da vontade da própria maioria parlamentar. Em outros casos, o autointeresse da Casa legislativa leva-a a decisões que frustram o sentimento popular. Além disso, parlamentos em todo o mundo estão sujeitos à captura eventual por interesses especiais, eufemismo que identifica o atendimento a interesses de certos agentes influentes do ponto de vista político ou econômico, ainda quando em conflito com o interesse coletivo.” (BARROSO, 2017a, p. 55).

legitimação discursiva projeto do constitucionalismo democrático (BARROSO, 2017a, p. 57).

Barroso compreende que o papel de vanguarda iluminista está *para além do papel puramente representativo*: ele é responsável por empurrar a história quando ela emperra. Por isso, “uma crítica formulada com base em uma visão formal da democracia, mas sem povo, não deve impressionar.” (BARROSO, 2017a, p. 66).

Mesmo com críticas por “excesso de ativismo”, “a Corte acaba realizando, em fatias, de modo incompleto e sem possibilidade de sistematização, a reforma política que a sociedade clama” (BARROSO, 2017a, p. 58-59).

O discurso de Barroso suprime sem qualquer receio uma linha entre aquilo que é jurídico daquilo que é político sem, contudo, atentar para quaisquer possibilidades de crítica aos seus argumentos. Tal crítica, no entanto, se faz necessária.

4 A LEGITIMAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL: DEMOCRÁTICA OU JURÍDICA?

Os argumentos trazidos por Barroso, em especial quanto à representatividade racional-argumentativa, podem ser analisados sob outras perspectivas.

Primeiramente, sob o argumento de uma necessidade de efetivação dos direitos constitucionais⁹, fala-se em uma ampliação do papel judicial na democracia brasileira, sobretudo em razão da inefetividade e pouca dignidade do Poder Legislativo, apontando para uma aproximação entre uma nova forma democrática representativa por intermédio dos magistrados, capazes, por sua formação e mérito, de alcançar o sentimento majoritário. Menciona, também, que a democratização permitiu uma ampliação das origens sociais dos juízes.

Com relação a esse último argumento, embora seja verdade que houve uma democratização dos cursos de direito, uma recente pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (2018) esclarece o perfil dos magistrados no Brasil: a grande esmagadora maioria é composta por homens brancos, casados, pais, heterossexuais, com mais de 40 anos. Para Dimoulis e Lunardi (2017, p. 205-206), a justiça constitucional é uma “instituição elitista em termos de recrutamento e função social”, sendo pouco provável que levará em consideração interesses de classes populares de maneira mais intensa e eficiente do que os poderes periodicamente eleitos e submetidos a controle popular.

Ao apontar que o Parlamento não parece representar a população nos seus interesses, não parece fazer parte da preocupação do ministro informar, tampouco, como é possível medir que a representatividade do STF é maior e está mais de acordo com o “sentimento majoritário”.

Segundo ainda Dimoulis e Lunardi (2017), a tentativa de fundamentar politicamente e democraticamente suas decisões, o STF se distancia de sua função jurisdicional de corte constitucional. Acreditam que a legitimação do STF não seria político-democrática: processo de controle jurisdicional de constitucionalidade que se diz legitimar por tais meios só poderia ser uma negação da “aplicação de regras e limitações típicas do processo judicial” (DIMOULIS; LUNARDI,

9 Cf. “Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade” (LYNCH; MENDONÇA, 2017).

2017, p. 198), próprias do ato jurisdicional. Sua atuação, portanto, deve se resumir à área jurídica, afinal, não há qualquer previsão de que sua atuação deva flutuar conforme manifestações populares: o Supremo tem a função de controlar as decisões dos demais poderes que estejam em suspeição no que se refere à sua constitucionalidade, o que significa justamente pensa-lo, em essência, sob tais limitações (DIMOULIS; LUNARDI, 2017).

Também em consonância com uma ideia limitada de atuação dos Tribunais em *O conceito de Direito*, de Hart, seus poderes seriam “intersticiais”, sujeitos a “constrangimentos substantivos” (DIMOULIS; LUNARDI, 2017). O controle jurisdicional de constitucionalidade não possui natureza legislativa, o que significa dizer que não pode ser encarado a partir da visão de que se trata de um órgão de representação do povo: não é democrático em um primeiro sentido, tampouco político. “Por mais que tenha origem e finalidade política, a Constituição é um texto de validade e efeitos jurídicos” (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 199), que tem por objetivo primeiro a garantia da ordem constitucional sobre o ordenamento, e tal função só é possível a partir da compreensão do que é processo judicial e do respeito aos seus procedimentos e às normas no que tange à fundamentação jurídica.

Afinal,

[...] o argumento básico para legitimar a justiça constitucional é justamente a democracia representativa. Por mais que possam ser feitos questionamentos sobre a qualidade da democracia e a qualidade da legislação na atualidade, há consenso social de que as leis são (e devem ser) elaboradas pelo Legislativo como legítimo representante popular, conforme a Constituição. (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 200).

Se a Constituição de 88 foi promulgada pelos representantes do povo, caberia ao STF apenas o papel de proteger a vontade desses representantes (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 201).

Porém, em uma leitura mais atenta ao ativismo judicial nesses processos constitucionais, os autores afirmam que STF seria ativista na “utilização de formas de interpretação e de ação processual que aumentam os poderes dos magistrados”, porém passivista¹⁰ no controle constitucional de fiscalização e modificação de decisões do Legislativo (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 207).

A crítica contra a postura contramajoritária do STF seria, então, fraca. O STF seria um tribunal politicamente passivo, porque pouco questiona decisões de política econômica e social desses poderes¹¹. Também a própria autonomia de disposição de pauta, bem como os pedidos

10 Segundo dados dos autores, entre 1988 e 2009 somente 0,98% de leis federais foram encaradas pelo STF como parcial ou totalmente inconstitucionais por meio de Ação direta de Inconstitucionalidade, o que comprovaria que a maior parte das atuações do Tribunal na prática, não são contramajoritárias com relação às opções políticas e as decisões de coalizões majoritárias entre Legislativo e Executivo (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 209-210).

11 Mesmo a atuação do STF sobre medicamentos seria mais um comprovante de tal passividade, já que diversas oportunidades de ativismo de impacto orçamentário muito maior foram evitadas, a exemplo dos assuntos de educação, previdência social, direitos trabalhistas ou, mesmo no plano dos medicamentos para além da interferência nos casos de efeito restrito às ações individuais. Outro indicador desse passivismo seriam os processos de grande relevância política encalhados há anos, como o julgamento da Lei de Anistia, o financiamento de campanha política por pessoas jurídicas, do Código Florestal, e da Lei dos royalties do petróleo (DIMOULIS; LUNARDI, 2017).

de vista sem prazo para término seriam instrumento que acabariam por “convalidar” opções legislativas e executivas, o que favoreceria a tese de Dimoulis e Lunardi (2017).

Contudo, ainda que a problemática não atravesse, na prática, a discussão sobre uma extrapolação da função contramajoritária do STF, é possível observar uma série de decisões discutíveis que decidem contra o texto constitucional, no que se poderia classificar como declarações de inconstitucionalidade do próprio texto constitucional¹². E isso se dá através da forma de ativismo pelo qual se estabelece para o Tribunal Constitucional uma competência interpretativa e legislativa que deságua em criação normativa, que no discurso do Min. Barroso toma ares democráticos representativos legítimos, cujos limites esbarram apenas na ocasião.

No mesmo sentido de compreender a função do Tribunal Constitucional como distante de uma tarefa “democrática”, Waldron, em *Representative Lawmaking* (2008), levanta questões de legitimidade de representação para as questões de produção normativa, defendendo, por fim, que o lugar democrático por excelência seria o Legislativo.

No mundo moderno, diz Waldron (2008), o modelo legislativo é associado à democracia, o que significa normalmente que legisladores são eleitos para representarem e, uma vez não representantes, podem ser substituídos por outros. A eleição com tal propósito dá aos legisladores a legitimidade que os juízes não têm. Porém, casos como juízes eleitos e outros cargos eletivos como o executivo podem reclamar para si a legitimidade para tanto, e mesmo com casos como o da Câmara dos Lordes, apontam que a questão vai além da legitimidade eleitoral.

Um dos problemas com relação à decisão judicial que se atravessa pela legiferação se dá pela transparência de tal processo. Se o legislativo é publicamente reconhecido pela atividade de legislar, criando e modificando leis, a Corte - ou o Supremo Tribunal - não o é. Ela não foi criada para atender a esse propósito: não possui os instrumentos e recursos que garantam a publicização da atividade, pelo contrário, é publicamente reconhecida por interpretar e aplicar a lei. Diferentemente do processo parlamentar, pelo qual as leis são diretamente criadas ou alteradas, a produção judicial é oblíqua. Usando-se de John Austin para explicar tal situação, Waldron afirma que o juiz legisla julgando, não propriamente legislando (WALDRON, 2008, p. 337).

Assim, embora os juízes legislem, isto é, sejam também criadores e modificadores de leis, não há transparência sobre o procedimento, característica ou virtude própria às instituições legislativas. O conceito de aparelho legislativo é atravessado, em princípio, pela ideia de aplicação do princípio liberal de publicidade.

É do fundamento das sociedades democráticas de direito que o *locus* de produção legislativa seja publicamente identificável. Isso porque é necessário que haja clareza sobre o procedimento, uma vez que é comum que propostas legislativas sejam apresentadas sob o disfarce de questão interpretativa. Uma vez colocada como problema interpretativo, o procedimento de criação legislativa remove do campo de participação qualquer poder dos cidadãos de influenciar ou tomar conhecimento dos processos (WALDRON, 2008, p. 339).

12 Como apontado por Dimoulis e Lunardi (2013) em outro artigo, intitulado “A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a união de pessoas do mesmo sexo.”

É preciso falar, também, acerca do número de pessoas envolvidas na legislatura. Um maior número de representantes garante um maior número de interesses envolvidos a serem discutidos, o que é, por si só, um princípio fundamental. Para além de questões principiológicas abstratas, é preciso levar a sério os interesses dos participantes da sociedade. Imaginar que os interesses sociais serão analisados e possivelmente contemplados “por mágica” é negligenciá-los, defende Waldron (2008, p. 344). No entanto, não se trata apenas da transparência dos seus procedimentos e pelo número de seus integrantes. Há que se falar de legitimidade representativa. Waldron (2008) acredita que a representação é apropriada para a produção de normas em abstrato, isto é, normas gerais, capazes de representar aquilo que há de comum entre várias classes, simplificando interesses e assimilando sujeitos. Ou seja: o processo de criação de leis apresenta uma afinidade específica com o modelo representativo próprio do Legislativo, diferentemente das demais esferas de poder.

Paira sobre o legislativo, como bem indica a decisão de Barroso, uma dúvida moral. Como bem adverte Waldron (2008, p. 335), defender uma política de princípios é, sim, desejável, porém também é matéria de princípios que interesses sejam tratados de maneira equânime, e assim só podem ser na medida em que o legislativo exerça tal função. É preciso atentar, antes mesmo do que às qualidades morais e principiológicas do conteúdo de uma decisão, ou meramente à formalidade de seus procedimentos, aos princípios procedimentais, e isso toca a instituição que legisla e os processos dos quais ela se utiliza para legislar. Conquanto os princípios processuais não se usem de fundamentos morais para justificar uma lei, se ocupam de estabelecer o também importante e sumariamente desprezado problema moral que o conceito de legitimidade carrega. No intuito, porém, de acelerar a história e promover o progresso, as formalidades dos processos são atacados como instituições sem alma: lhes faltaria a moralidade que apenas princípios relativos ao conteúdo do direito e as intenções dos magistrados implicam.

Assim, também pela importância moral dos procedimentos, é preciso considerar, além do problema da legitimidade da representação, a necessidade de um *explicit lawmaking* (legislação explícita, em tradução literal), quer dizer, a publicidade do momento em que uma lei é criada ou alterada.

O contexto da representação legislativa, na contramão de uma “representação argumentativa” de um órgão de Justiça, se pauta tradicionalmente na ideia de desentendimento e deliberação no âmbito da espelhamento dos diferentes tipos de interesses sociais ali em disputa.

No anseio de desfazer as possíveis injustiças decorrentes da atual norma constitucional referente ao instituto da imunidade parlamentar, a decisão aqui estudada da ADI 5526 pareceu ignorar precisamente o que subjaz no propósito da formalidade: a lei não é apenas um fim em si mesma, diz Waldron. A compreensão dos seus fundamentos teóricos levanta, necessariamente, a observação do seu processo e local de criação.

Quanto ao papel contramajoritário atribuído aos ministros do STF por Barroso, parece ser comum ao constitucionalismo contemporâneo encarar a democracia e o poder atribuído às pessoas comuns por meio de seus representantes como seu inimigo natural (WALDRON, 2016, p. 38).

É possível perceber que o maior receio do constitucionalismo atual é contra a ditadura da

maioria – e não *qualquer* ditadura, ressalta o autor. A ênfase em uma pretensa opressão da maioria parte da ideia de que se deve preocupar apenas com possíveis abusos do poder democrático, enquanto nada se fala a respeito de uma possível opressão por parte de famílias poderosas ou empresas. Desta forma, ainda que muitos constitucionalistas se usem do termo soberania popular para dar aos limites e constrictões constitucionais credenciais contra os abusos do legislativo, o que acontece de fato é que suas reais visões sobre o constitucionalismo se revelam aristocráticas (WALDRON, 2016, p. 39).

Se, de fato, as intenções estão de acordo com os interesses populares, um comprometimento real levaria a esclarecer junto ao povo as eventuais aberturas para entendimentos sobre o texto constitucional. O que acontece, na prática, é que tais aberturassão decididas por um segmento institucional não-majoritário, o judiciário (WALDRON, 2016, p. 40).

Não obstante a atividade do Supremo Tribunal Federal aparente se restringir aos critérios de sua função interpretativa, a partir do momento que se coloca em pauta aquilo que está em jogo, isto é, matéria de fontes constitucionais, é preciso atentar para a evidência de que o formato e o caráter da constituição está sendo alterada por um corpo que não tem mais legitimidade que os legisladores para falar em nome da soberania popular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão aqui estudada é apenas uma dentre tantas outras que toca o muito sensível ponto sobre a atuação do Judiciário.

Se a Constituição de 88 surgia como uma resposta de resistência à Ditadura Militar, cujos anseios republicanos carregaram, em seus artigos, os órgãos públicos de preceitos liberais representativos, atualmente pode-se pensar qual é o papel do Poder Judiciário na manutenção desses mesmos preceitos.

A ADI 5526 é um caso interessante de ser estudado por duas questões que se sobressaem. Em primeiro lugar, é interessante observar a maneira como decide o Min. Luís Roberto Barroso, isto é, atentar a que tipo de fundamentação se utiliza para afirmar o entendimento de restrição ao tradicional instituto constitucional da imunidade parlamentar pelo artigo do Código de Processo Penal. Observou-se que se trata, sobretudo, de uma série de pontuações que recorrem a argumentos de uma pretensa justiça que “antecede o político”, pautada em ideias sobre moralidade que atuam em conjunto com outra série de deturpações das normas constitucionais com fins de adequação aos argumentos de justiça.

Em um segundo momento, a ADI 5526 se mostra interessante na medida em que serve como caso sintomático do modo de funcionamento do Supremo Tribunal Federal com relação ao seu modo de atuação em direção aos demais poderes. Em tempos de judicialização da política, uma decisão que restringe um direito democraticamente tradicional e estabelecido pela Constituição vigente e legítima aos membros das Casas Legislativas, sem argumentos jurídicos fortes que sustentem tal posição, demonstra a fragilidade da instituição representativa diante do

poder judicial e revela as contradições de um constitucionalismo que se pauta teoricamente em uma força normativa da constituição que cede lugar à argumentos para “empurrar a história”.

Sob o argumento da efetividade e racionalidade promovidas pela instituição judicial, Barroso confere à sua própria função a de vanguarda iluminista diante de certos momentos históricos. Não se sabe o que seria e como se daria, exatamente, “empurrar a história”, e nem porque concursados teriam maior chance de identificar o sentimento majoritário que conferisse a dignidade que Barroso diz faltar ao legislativo: o certo é que os magistrados saberiam, por sua competência excepcional, conduzir a história para seu fim como República ilustrada.

Os questionamentos de Waldron permitem ver a ausência de valorização da questão procedimental e o ataque ao parlamento enquanto instituição e local público de criação de leis em sentido próprio. Decidindo questões que são atravessadas por interesses políticos fundamentais à sociedade, isto é, julgando a própria extensão do direito de imunidade parlamentar – elemento essencial à democracia brasileira conquistada após longo período de ditadura militar – e, ainda, o fazendo de maneira completamente arbitrária, o Supremo Tribunal Federal necessita ter repensada a extensão da sua atuação. Como parecem querer apontar, ainda, diretamente sobre o cenário nacional, Dimoulis e Lunardi, não cabe ao STF, enquanto tribunal jurídico, qualquer outra coisa que ser democrático senão por vias juridicamente constitucionais.

O lugar de um ministro do Supremo Tribunal Federal é de grande privilégio. Detentor da competência para emitir a interpretação correta do texto constitucional, pode usar-se de seu poder para conferir sentidos completamente distintos daqueles preconizados em princípio, restringindo direitos não apenas dos representantes eleitos, mas também atentando diretamente contra a autonomia política popular ao eleger-se como representante ilustrado dos interesses da nação.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. ‘Operação abafa’ tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 23 fev. 2018. Ilustríssima. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml?loggedpaywall>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 25-78.

BARROSO, Luís Roberto. **ADI 5526**: Anotações para o voto. 2017. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/ADI-5.526-Anota%C3%A7%C3%B5es-para-o-voto-2.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 240, p. 1-42, 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 15 jul. 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-LEi/Del3689.htm. Acesso em: 31 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5526**. Relator Min. Alexandre de Moraes. Data de protocolo: 16 maio 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4982736>. Acesso em: 31 jul. 2018.

CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1956.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros 2018**. 2018. Disponível em: <http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/49b47a6cf9185359256c22766d5076eb.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a união de pessoas do mesmo sexo. *In*: ANJOS FILHO, Robério (org.). **STF e direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Democraticidade ou juridicidade? Reflexões sobre o passivismo do STF e o futuro do controle judicial de constitucionalidade. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 197-223.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

IOTTI, Paulo. STF: um tribunal amigo ‘apenas’ de liberdades individuais de autonomia privada? **Justificando**, 28 out. 2016. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/10/28/stf-um-tribunal-amigo- apenas-de-liberdades-individuais-de-autonomia-privada/>. Acesso em 21 set. 2018.

LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v.8, n. 2, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n2/2179-8966-rdp-8-2-974.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

RADBRUCH, Gustav. Cinco minutos de filosofia do direito. *In*: RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

WALDRON, Jeremy. **Representative lawmaking**. Boston: Boston University, 2008. Disponível em: <http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/volume89n2/documents/WALDRON.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

Como citar: OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; LAURINDO, Marja Mangili. A restrição da imunidade parlamentar na adi 5526: uma crítica ao controle judicial de constitucionalidade a partir

da análise do voto do min. Luís Roberto Barroso. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 110-130, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p. 110. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 24/10/2018

Aprovado em: 03/06/2019

*Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Bacharela em Direito pela mesma instituição (2016), com desenvolvimento de pesquisas científicas na temática de gênero e direito (2012 a 2014). Participou do grupo de pesquisa Gênero e Direito - UFPB (2014), vinculado ao CNPq. Áreas de atuação e interesse: Direitos Humanos, Direito Penal, Filosofia Jurídica, Sociologia Jurídica e Direito Constitucional.

E-mail: thaise_rds@hotmail.com

** Doutor e Mestre em Direito Penal pela Universitat de València - Espanha (2002-2006); Especialização em Direito Empresarial pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB (1998); Graduado em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ (1995); Coordenador Acadêmico do Mestrado em Direito e Desenvolvimento do Centro Universitário de João Pessoa UNIPÊ; Professor de Direito Penal da Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da mesma instituição; Professor de Informática Jurídica do Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ. Advogado e sócio do Escritório Rabay, Bastos & Palitot.

E-mail: romulo.palitot@uv.es

**Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos na Universidade Federal da Paraíba. Juíza de Direito do Poder Judiciário da Paraíba. Membro da Comissão de Segurança do Tribunal de Justiça da Paraíba, na qualidade de magistrada representante da Região Integrada de Segurança Pública (REISP). Coordenadora da Escola Superior da Magistratura-ESMA, em Campina Grande e docente da mesma instituição, no Curso de Preparação à Carreira de Magistrado (CPM), ministrando a disciplina de Direito Penal II e Práticas Criminais.

E-mail: christinapenazzi@gmail.com

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA LEI DE ANISTIA Nº 6.683/79: DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE

CONVENTIONALITY CONTROL OF AMNESTY LAW Nº 6.683/79: RIGHT TO MEMORY AND TRUTH

Thaise Silva Rodrigues*

Romulo Rhemo Palitot Braga**

Ana Christina Soares Penazzi Coelho***

Como citar: RODRIGUES, Thaise Silva; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; COELHO, Ana Christina Soares Penazzi. Controle de convencionalidade da Lei de Anistia nº 6.683/79: Direito à memória e à verdade. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 131-149, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p. 131. ISSN: 1980-511X

Resumo: No presente trabalho é abordada a importância do controle de convencionalidade para a preservação da unidade do sistema jurídico brasileiro e para o controle de validade dos atos normativos internos com respeito aos direitos humanos. Parte-se da análise da lei de anistia nº 6.683/79, a qual vem servindo de obstáculo para a investigação dos fatos e para a identificação e punição dos responsáveis pelas atrocidades ocorridas durante a fase do regime militar no país. Conclui-se pela incompatibilidade da lei de anistia nº 6.683/79 frente à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual integra o ordenamento jurídico brasileiro. A lei de anistia não passou imune ao duplo controle de validade dos atos normativos estatais, por ter sido declarada inconveniente em sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund, devendo, por conseguinte, ser declarada inválida também pela Justiça brasileira.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade. Lei de anistia. Direito à memória e à verdade. Crimes contra a humanidade. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract: This paper discusses the importance of conventionality control for the unity of the Brazilian legal system and for the validity of internal normative acts set in accordance with human rights. Unfortunately, Amnesty Law no. 6683/79 has served as an obstacle for the investigation of past human rights atrocities

in Brazil's military dictatorship past and the identification and punishment of those responsible for it. This paper concludes that this law is incompatible with the American Convention on Human Rights, which is an important part of the Brazilian legal system. Moreover, this law is not immune to the double control of the validity of state normative acts, because it was declared inconvenient in a ruling of the Inter-American Court of Human Rights in the Gomes Lund case, and should therefore be declared invalid by Brazilian courts.

Keywords: Conventionality Control. Amnesty law. Right to memory and of truth. Crimes against humanity. Inter-American Court of Human Rights.

INTRODUÇÃO

A região latino-americana é marcada por extrema desigualdade social e com democracias ainda em fase de consolidação. O legado deixado pelo período ditatorial foi de uma cultura de impunidade e violência que marcam até hoje esse setor.

Por essa razão é que, tanto do ponto de vista moral, como do ponto de vista jurídico, é inadmissível que as atrocidades e perseguições cometidos nesse período possam permanecer encobertas por leis de anistia, perpetuando a impunidade e relegando ao esquecimento e ao desconhecimento pelo povo de sua própria história. É preciso que os cidadãos conheçam a verdade, direito de todos, para possibilitar o amadurecimento das instituições democráticas de modo a evitar que o passado se repita.

Neste trabalho é abordada a importância do controle de convencionalidade para a preservação da unidade do sistema jurídico brasileiro e para o controle de validade dos atos normativos, de modo a assegurar o respeito pelos tratados de direitos humanos incorporados pelo Estado, em especial, para a preservação dos direitos fundamentais à memória e à verdade histórica.

O instituto do controle de convencionalidade consiste em averiguar a compatibilidade entre um ato normativo interno de um Estado e as obrigações por ele assumidas em tratados ou convenções internacionais em matéria de proteção dos direitos humanos.

No universo jurídico brasileiro, esse método de controle tem ganhado espaço após a edição da Emenda Constitucional 45/2004, a qual conferiu status hierárquico superior aos tratados que versam sobre direitos humanos aos quais o Brasil aderir, firmando, assim, novo parâmetro de validade da produção normativa nacional.

Devido a isso, a lei de anistia nº 6.683/79, que havia sido recepcionada pela nova ordem jurídica pátria quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153/DF, decidida pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2010, entra novamente em discussão, em face agora da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Isto porque a lei de anistia confere o autoperdão aos responsáveis pela prática de crimes ocorridos no período da ditadura militar, impedindo, assim, a investigação e a sanção a graves violações de direitos humanos, medidas incompatíveis com a Convenção Americana (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Cumprir destacar os reflexos diretos desse novo instituto para o Direito Constitucional, pois no controle de convencionalidade se adotam os tratados de direitos humanos como parâmetro de controle, e não o texto da Constituição, ou seja, todo o ordenamento jurídico deve ser compatível com os tratados de direitos humanos. Além disso, o controle de convencionalidade permite ao Supremo Tribunal Federal rever suas decisões sobre a validade de atos normativos sob o prisma de novos referenciais, ampliando, assim, a matéria afeta à sua competência.

O escopo maior deste texto é, por conseguinte, o de analisar o modo pelo qual a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) e as instituições de

Justiça se relacionam com o aparato internacional de proteção dos direitos humanos. Assim, é possível averiguar o modo pelo qual o sistema internacional de proteção dos direitos humanos contribui para a implementação de direitos fundamentais no panorama brasileiro.

1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O controle da convencionalidade representa um ponto de grande complexidade nas discussões jurídicas atuais, sendo uma matéria relativamente nova na prática do direito brasileiro. É fato que, no Brasil, nunca antes se aprofundaram as discussões acerca desse tema, tendo sido essa nomenclatura (controle de convencionalidade) introduzida a pouco em nosso vocabulário jurídico.

Hoje, com a evolução jurisprudencial e doutrinária, podemos dizer que o controle de convencionalidade é uma realidade em todo Estado de Direito que tenha se inserido minimamente no mundo globalizado, e isso, obviamente, inclui o Brasil.

Piovesan (2012, p. 68-69) explicita bem essa mudança ao demonstrar que, antes da difusão do controle de convencionalidade, a cultura jurídica latino-americana era baseada em um paradigma jurídico fundado exclusivamente no sistema piramidal proposto por Hans Kelsen, sendo um modelo autorreferencial, hermético e com ênfase no ângulo interno. Entretanto, nas últimas décadas, ocorreu a substituição por um novo paradigma jurídico, com três características essenciais:

- a. o trapézio, com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica (com repúdio a um sistema jurídico endógeno e autorreferencial) (PIOVESAN, 2012, p. 69).
- b. a crescente abertura do Direito, marcado pelo diálogo do ângulo interno com o ângulo externo (há a permeabilidade do Direito mediante o diálogo entre jurisdições; empréstimos constitucionais; e a interdisciplinariedade, a fomentar o diálogo do Direito com outros saberes e diversos atores sociais, ressignificando, assim, a experiência jurídica (PIOVESAN, 2012, p. 70).
- c. o *human rights approach (human centered approach)*, colocando no centro do sistema os conceitos de soberania popular e de segurança cidadã, estruturais e fundamentais no âmbito interno (PIOVESAN, 2012, p. 71).

As constituições latino-americanas vêm expandindo seu bloco de constitucionalidade, por meio de termos jurídicos abertos e indeterminados que ensejam uma abertura para a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional.

A nova estrutura hierárquica das normas jurídicas visa a incluir os tratados e convenções internacionais ratificados por determinado Estado dentro do rol de normas cogentes e de eficácia imediata. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem se posicionado no sentido de não mais considerar os acordos internacionais de direitos humanos apenas como mero norte interpretativo (quando não aprovados pelo regime da Emenda Constitucional 45/2004), mas lhes dando caráter supralegal, ou seja, servem de fundamento de validade do próprio ordenamento jurídico interno:

A nova posição prevalecente no STF foi capitaneada pelo Min. Gilmar Mendes, que, retomando a visão pioneira de Sepúlveda Pertence (em seu voto no HC 79.785/RJ15) sustentou que os tratados internacionais de Direitos Humanos, que não forem aprovados pelo Congresso Nacional no rito especial do art. 5º, §3º da CF/88, têm natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei (RAMOS, 2009, p. 244).

A doutrina entende esse fenômeno como um movimento de mão dupla, ocorrendo, assim, tanto um “processo de constitucionalização do Direito Internacional”, como um “processo de internacionalização do Direito Constitucional” (PIOVESAN, 2012, p. 69). Desta feita, cria-se um constitucionalismo global tendente a colocar a dignidade da pessoa humana como pressuposto maior e fundante de todas as normas do direito.

Essa recente conjuntura jurídica, com a emergência de um novo paradigma, é que dá sustentação à aplicação, no âmbito interno brasileiro, do controle de convencionalidade e o diálogo entre jurisdições.

Especificamente no Brasil, objeto deste estudo, dois períodos históricos marcam essa virada: o período dos regimes ditatoriais em que se observou um elevado desprezo pelos direitos humanos, contextualizado por uma sociedade desigual e excludente; e o período de instalação do regime democrático a partir de 1988, o qual ainda é incipiente, e convive com a herança dos regimes anteriores. Isso posto, mostra-se recomendável, no atual cenário estatal, explorar o controle de convencionalidade como mecanismo de proteção dos direitos humanos, tendo em vista que o Brasil é um país que ainda suporta o peso da influência de um histórico político autoritário, que culminou no desrespeito a diversos direitos fundamentais.

O presente modelo brasileiro de controle da produção normativa interna, previsto na Constituição, pressupõe uma dupla compatibilização vertical dos atos normativos estatais, ou o chamado “duplo filtro”, tendo como paradigma não apenas Constituição Federal, mas também os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país.

Para entender essa dupla compatibilização, deve-se analisar, de início, dois dispositivos constitucionais que servirão de base para todo este estudo: o artigo 5º, §§ 2º e 3º, da CRFB/88. Analisemos um a um:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

O §2º do artigo 5º da CRFB/88 é norma constitucional originária – ou seja, prevista no texto constitucional desde a sua edição original - e traduz uma proposta político-jurídica muito

clara a respeito da importância dos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja parte.

A supracitada norma fundamenta todo o sistema de controle de convencionalidade, o qual, por conseguinte, existe desde a promulgação da Carta de 1988, ainda que sob outra nomenclatura. Mazzuoli (2013, p. 23) subdivide o supracitado artigo em três partes:

- a) Direitos e garantias fundamentais expressos na CRFB/88;
- b) Direitos e garantias fundamentais implícitos ou decorrentes do regime e dos princípios constitucionais;
- c) Direitos e garantias provenientes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro.

No que tange aos direitos implícitos ou decorrentes da Constituição, é possível aferir, através de uma interpretação teleológica do seu texto considerado no todo, que o princípio internacional *pro homine* é um princípio orientador de todo o ordenamento jurídico, devendo sempre prevalecer a norma que mais proteja os interesses da pessoa humana.

Ainda na lição de Mazzuoli (2013), desse superprincípio são extraídos outros dois princípios: o da dignidade da pessoa humana, expressamente previsto na Constituição em seu artigo 1º, III; e o da prevalência dos direitos humanos, o qual também pode ser extraído do artigo 4º, II, da CRFB/88. Segundo o autor, o princípio da prevalência dos direitos humanos representa “uma direção política, uma decisão fundamental que deve determinar a atuação do Estado brasileiro em suas relações internacionais.” É uma “limitação material implícita, não podendo ser abolido nem mesmo pela via de Emenda à Constituição” (RAMOS, 2001, p. 274).

Desta feita, e baseando-se na própria Carta Constitucional, havendo conflito entre a Lei Fundamental e um tratado internacional, deve-se aplicar o princípio *pro homine* ou o da prevalência dos direitos humanos, ambos assegurados pelo artigo 4º, II, da CRFB/88, ou seja, se um tratado internacional vigente contiver maiores garantias relativas a direitos humanos, e havendo conflito aparente entre suas normas e as normas constitucionais, deve prevalecer aquela que melhor atender às necessidades da pessoa humana: “A escolha da norma mais benéfica ao indivíduo é tarefa que caberá fundamentalmente aos Tribunais nacionais e a outros órgãos aplicadores do direito, no sentido de assegurar a melhor proteção possível ao ser humano.” (PIOVESAN, 2010, p. 64)

Isso significa que os referidos tratados podem servir de paradigma para o controle de normas infraconstitucionais. Tal controle, denominado de convencionalidade, difere do controle realizado com base nos tratados comuns, que não versam sobre direitos humanos, os quais, devido ao seu status supralegal, servem de parâmetro para o controle de supralegalidade.

Indo além, ao analisar o artigo 5º, §2º, da CRFB/88, pode-se dizer que as convenções internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil, quando não incorporadas pelo rito do artigo 5º, §3º, da CRFB/88, terão status constitucional (não se equiparam a emendas constitucionais, mas tem conteúdo materialmente constitucional), e portanto, servem como parâmetro do controle

de convencionalidade.

O supracitado dispositivo trouxe grandes mudanças na interpretação do STF sobre a questão dos tratados de direitos humanos. No pioneiro julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1, o ministro Gilmar Mendes, em voto memorável afirmou a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos. Em suas palavras:

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. [...] Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente. [...] Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. (BRASIL, 2009b, p. 10, 26).

O Habeas Corpus 87.585-8/TO, de 03/12/2008, também teve voto emblemático do Ministro Celso de Mello, que reconheceu o valor constitucional dos tratados de direitos humanos, ainda que não aprovados sob o rito do artigo 5º, §3º (BRASIL, 2009a).

Todavia, esse controle só poderia ser realizado pela via difusa, visto que o controle concentrado estaria reservado apenas para as normas formalmente constitucionais. Pode-se, outrossim, utilizar o Recurso Extraordinário perante o STF, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional, ou, em uma interpretação analógica, quando contrariar qualquer tratado de direitos humanos em vigor no Brasil, considerando-se que esses, por força do artigo 5º, §2º, também detém status materialmente constitucional, apesar de não equivalerem às emendas constitucionais:

Assim, é imperioso entender que quaisquer tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil (tenham sido ou não aprovados por maioria qualificada no Congresso Nacional) são paradigma à propositura de recurso extraordinário do STF, sempre que um direito neles previsto tenha sido contrariado por decisão de outro tribunal da qual se pretenda recorrer. O mesmo não ocorre com os instrumentos do controle *concentrado* de constitucionalidade, a exemplo da ADI ou da ADPF, que somente podem ser manejados relativamente aos tratados internalizados pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição, não se admitindo sua utilização tendo como fundamento um tratado de apenas *status* constitucional (nos termos do art. 5º, §2º). (MAZZUOLI, 2013, p. 45).

Assim sendo, se a norma legal foi erigida de acordo com os preceitos atinentes à Constituição de 1988, mas não esteja, do mesmo modo, em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, será ela *vigente*, mas não *válida* (MAZZUOLI, 2013, p. 7). Isto é, a norma *existe* no plano jurídico, mas não é capaz de *produzir seus efeitos*. A vigência está intrinsecamente

ligada à forma dos atos normativos, enquanto que a validade está relacionada à coerência com as normas hierarquicamente superiores. Aí reside o duplo filtro de controle normativo.

Agora, passemos à análise do que dispõe o artigo 5º, §3º:

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: [...] §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

O artigo 5º, §3º, foi introduzido após a Emenda Constitucional 45/2004, e deu nova roupagem ao instituto do controle de convencionalidade, conferindo-lhe maior abrangência. Ao dar status formalmente constitucional aos tratados de direitos humanos, equiparando-os a emendas constitucionais, quando incorporados sob o procedimento diferenciado das emendas, a norma permitiu a utilização das ações do controle concentrado tendo como parâmetro as convenções internacionais de direitos humanos que se enquadrem nessas exigências.

Essa forma de controle, entretanto, ainda não pode usar como parâmetro a Convenção Americana de Direitos Humanos, já que essa não assumiu o rito de uma emenda constitucional, não sendo considerada formalmente constitucional. Tratados desse tipo só podem servir de parâmetro para o controle difuso de convencionalidade.

Agora, é possível entender como funcionam os dois níveis de controle inicialmente referidos neste tópico: doravante, todas as normas infraconstitucionais deverão passar por dois níveis de aprovação para ter validade jurídica: em primeiro lugar, a Constituição (controle de constitucionalidade) e as convenções de direitos humanos ratificadas pelo Estado brasileiro, sejam elas equiparadas ou não a emendas constitucionais (controle de convencionalidade); em segundo lugar, os tratados internacionais comuns (controle de supralegalidade).

Vale ressaltar que, no caso de confronto de lei doméstica com tratado internacional de direitos humanos, se a lei for anterior à ratificação do tratado, ela será revogada, visto que o tratado lhe é posterior e hierarquicamente superior. Sendo o inverso, ou seja, se a norma interna for posterior ao tratado internacional, ela será inválida e ineficaz.

Cabe tanto aos órgãos do Poder Judiciário interno, bem como aos Tribunais internacionais criados por convenções entre os Estados, o exercício do controle de convencionalidade. Quanto a isso, é pacífico o entendimento de que para realizar esse controle, os tribunais internacionais não necessitam de qualquer autorização estatal, visto que o país que a ele esteja subordinado, se comprometeu, através de convenção, no livre exercício de sua soberania. Os tratados internacionais passam a ter “eficácia paralisante [...] das demais espécies normativas domésticas [...]” (MAZZUOLI, 2013, p. 33). Ademais disso, as cortes internacionais têm função complementar e somente intervirão quando houver flagrante omissão ou insuficiência do Poder Judiciário de

origem.

1.2 O controle de convencionalidade realizado pela corte interamericana de direitos humanos

O processo de redemocratização do Brasil está intimamente ligado ao processo de incorporação de relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Dentre eles, um dos mais relevantes foi a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

No âmbito do sistema interamericano, a Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica, é considerada o diploma de maior relevância. O Estado brasileiro foi o que mais tardiamente aderiu à Convenção, fazendo-o apenas em 1992. A Corte Interamericana, contudo, só teve sua competência reconhecida pelo Brasil a partir 1998.

Admitindo a jurisdição da Corte, o Estado brasileiro passou a se submeter ao monitoramento internacional acerca de possíveis violações aos direitos fundamentais em seu território. Desta feita, o Estado consentiu o controle e a fiscalização do referido órgão internacional, quando as instituições nacionais se tornarem omissas na tarefa de zelar pela preservação dos direitos fundamentais dos indivíduos. Repise-se, entretanto, que a ação internacional é sempre uma ação de caráter suplementar, em relação à atuação dos órgãos internos dos Estados-partes.

A adesão a uma Corte Internacional já havia sido prevista no texto constitucional, ao consagrar o primado do respeito aos direitos humanos como princípio norteador da ordem jurídica:

[...] a Lei Suprema brasileira, a Constituição Federal, não é hostil a tribunais internacionais e em consequência disto *não repele a responsabilização internacional do Estado brasileiro por violação de seus compromissos internacionais*. De fato, o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece o oposto, isto é, que o Brasil deve favorecer a criação de um Tribunal internacional de direitos humanos. Além disso, o art. 4º do corpo permanente da Constituição estabelece que a prevalência dos direitos humanos é princípio diretivo do Brasil em suas relações internacionais. Finalmente, dispõe o art. 5º, §2º, que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (RAMOS, 2001, p. 502-503).

Essa inovação jurídica, trazida pela CRFB/88, lança uma nova interpretação sobre os conceitos de soberania nacional e não intervenção, levando à flexibilização e relativização desses valores (PIOVESAN, 2010, p. 74). Ao verificar a ocorrência de violação aos direitos humanos tutelados na Convenção Americana, a Corte IDH poderá tomar as seguintes atitudes: condenar o Estado em obrigação de fazer para reparar e prevenir o dano, e/ou condenar o Estado a pagar indenização, equivalendo, nesse caso, a um título executivo.

Essa decisão da Corte é dotada de força jurídica vinculante, sendo de observância

obrigatória pelo Estado, cabendo a esse o seu imediato cumprimento. Não há relação de hierarquia entre os tribunais nacionais e internacionais, razão pela qual não há necessidade de reforma interna da decisão nacional, pois as instâncias internacionais apenas condenam o Estado infrator a reparar o dano causado.

Em relação à execução da sentença internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estipula que a cada Estado cabe escolher a melhor forma, de acordo com seu direito interno, de executar os comandos da Corte. Entretanto, o artigo 68.2 da Convenção Americana inova determinando que se utilize as regras internas de cada país para executá-lo, no que tange à parte indenizatória da sentença da Corte.

No que concerne às outras medidas reparatórias de caráter não pecuniário, estas dependerão exclusivamente de mecanismos internos para sua efetividade, tendo em vista que a sentença internacional seria meramente declaratória.

A supervisão do cumprimento das sentenças da Corte fica a cargo da mesma, bem como dos Estados-partes que sofreram a reprimenda. O que se percebe na prática é que, no que se refere às cláusulas de obrigação de fazer, por se tratarem de institutos meramente declaratórios, há um elevado grau de descumprimento dos Estados condenados, principalmente quando se trata de determinação de investigação de criminosos políticos, como é o caso dos crimes ocorridos na ditadura militar brasileira.

Além da Convenção Americana de Direitos Humanos, o sistema interamericano incorporou outras novas Convenções setoriais. São de muita relevância as disposições de duas dessas Convenções setoriais, quais sejam a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas.

A primeira delas foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com o Decreto Legislativo 98.386/1989 e estabelece a responsabilidade individual pelo delito de tortura e os deveres estatais para prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição (BRASIL, 1989). A tortura, a partir desse instrumento normativo, passou a ser considerada crime contra a ordem internacional, para, assim, transferir aos Estados-partes uma maior pressão no intuito de prevenir e investigar tais atos.

Esta medida se justifica ao tempo em que a prática de tortura “revela a perversidade do Estado que de garantia de direitos passa a ter em seus agentes brutais violadores de direitos” (PIOVESAN, 2007, p. 203-204).

Já a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas foi inserida na ordem jurídica brasileira através do Decreto Legislativo nº 8.766/2016. Ela consagra o princípio da responsabilidade individual no delito de desaparecimento forçado, tanto para seus perpetradores, como para o Estado (BRASIL, 2016), e estabelece como consequências jurídicas da tipificação desse delito internacional as seguintes:

[...] jurisdição universal e obrigação de extraditar ou julgar os responsáveis do delito; obrigação de não outorgar asilo político aos responsáveis pelo delito; **imprescritibilidade da ação; obrigação dos Estados de investigar e punir os**

responsáveis pelo delito; inadmissibilidade da eximente de obediência devida às ordens superiores; e improcedência de se beneficiar da condição de membro do Poder Executivo ou Legislativo, de que possa resultar a impunidade pelos atos constitutivos do desaparecimento forçado de pessoas (TRINDADE, 2000, p. 141, grifo nosso).

A doutrina é uniforme a respeito da obrigatoriedade de investigação por parte dos Estados dos delitos de desaparecimento forçado, bem como confirmam o seu traço de imprescritibilidade, devido ao seu caráter permanente. Contudo, no Brasil, o que se observa concretamente é a impunidade desses delitos, quando praticados por agentes estatais durante o regime da ditadura militar.

3 ANÁLISE DA VALIDADE DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA SOB O PRISMA DO DUPLO FILTRO OU DUPLO CONTROLE

Como já apontado, a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece parâmetros protetivos mínimos relativos aos direitos humanos, dentre eles: direito a não ser submetido à tortura; direito à justiça ou a proteção judicial; direito à verdade; o direito à prestação jurisdicional efetiva. Esses constituem o núcleo inderrogável de direitos a serem protegidos em tempos de guerra, instabilidade, comoção pública ou calamidade pública.

Além da Convenção, muitos outros instrumentos internacionais têm convergido para a mesma direção de tratar a proibição de tortura como um direito absoluto, inderrogável, a exemplo da Convenção Europeia de Direitos Humanos e a própria Convenção Contra a Tortura, já citada.

Considerando cada um desses parâmetros, percebe-se que anistia concedida aos criminosos políticos da ditadura militar brasileira (lei nº 6.683/79) viola a todos. Principalmente, ela nega ao povo brasileiro o direito a conhecer a verdade histórica, isentando o Estado de reparar os danos causados por ele próprio a inocentes, impedindo, igualmente, a investigação dos culpados. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual, repise-se, o Brasil aderiu irrestritamente, é taxativa a respeito da completa invalidade de leis de anistia como a brasileira:

A Corte Interamericana realçou que leis de anistia são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos e são considerados ilícitos internacionais. A sua revogação não é uma forma de interferir no direito interno do país e afetar a sua soberania, mas sim uma reparação não pecuniária às vítimas (PIOVESAN, 2010, p. 459).

A experiência de outros países membros do sistema interamericano, como a Argentina, mostra uma plena incorporação da jurisprudência da Corte IDH. A política de acesso à verdade e à justiça em outros países latino-americanos é muito mais ampla e eficiente do que no Brasil. Já há precedentes de Sentenças da Corte IDH que foram adotadas pelo Poder Judiciário na Argentina, Chile, Peru, Uruguai e Colômbia, todos decidindo pela incompatibilidade de suas leis de anistia,

similares à do Brasil. O Brasil é, portanto, o único Estado latino-americano em que uma lei de anistia foi julgada válida pelo Poder Judiciário.

Desta feita, é imprescindível que o Estado brasileiro adote políticas para viabilizar uma justiça de transição que possa “romper com o passado autoritário e viabilizar o ritual de passagem para a ordem democrática.” (PIOVESAN, 2010, p. 465-468).

O período da ditadura militar no Brasil, entre os anos de 1964 a 1985, deixou uma tenebrosa sombra em nossa história recente. Muitas foram as atrocidades cometidas pelo Estado. A maioria delas tem sido, todavia, relegada ao esquecimento e à impunidade. Hodiernamente, muitos segmentos da sociedade civil e até alguns setores do Poder Público lutam para que a justiça seja realizada, e que os diversos casos de tortura, desaparecimento forçado, e demais crimes políticos perpetrados à época, sejam devidamente esclarecidos e seus malfeitores, enfim, punidos.

Em 1995, a lei 9.140/95 criou a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, a qual reconheceu oficialmente 362 casos de opositores políticos assassinados ou desaparecidos durante o regime militar. Já a Secretaria Especial de Direitos Humanos, do Ministério da Justiça, em relatório intitulado “Direito à memória e à verdade” (BRASIL, 2007), informou um número de 475 pessoas naquelas condições. Há estimativas de que cerca de 50.000 pessoas foram presas por questões políticas e, grande parte, torturadas. A conhecida Operação Condor, da qual o Brasil participou, associado a outros países da América Latina, aplicou uma política terrorista responsável por 60.000 mortes de opositores políticos em todos os países participantes.

São mais de trinta anos de mobilização em torno desse tema, ainda muito controvertido juridicamente. A lei de anistia nº 6.683/79 tem servido, durante todo esse tempo, de escudo protetor para os infratores, obstruindo o acesso à verdade e à justiça.

No relatório do MPF, intitulado “Justiça de Transição” (2011-2013), estão registradas as dificuldades desse órgão em empreender as ações penais contra os responsáveis pelas atrocidades do período ditatorial.

O Poder Legislativo, por sua vez, permanece omissivo em tipificar adequadamente o crime de desaparecimento forçado, mesmo após expressa determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A deputada Luiza Erundina, em 2011, apresentou PL nº 573/2011, sugerindo mudança de interpretação ao artigo 1º da lei de anistia, em conformidade com as disposições da Corte. Tal projeto tem sido rechaçado nas Comissões parlamentares até então, estando, contudo, pendente de votação definitiva. Projeto de Lei análogo tramita no Senado Federal (nº 237/2013), proposto pelo Senador Randolfe Rodrigues, ainda sem conclusão.

Com relação à própria lei de anistia, considerada em sua íntegra, muitas são as discussões a respeito de sua validade normativa. A lei nº 6.683/79, foi criada antes do advento da Constituição Federal de 1988, e da adesão pelo Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos e à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em seu artigo 1º, a lei assim dispõe:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, **no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979**, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (BRASIL, 1979, grifo nosso).

Pelo exposto, poderia se concluir que, tendo os efeitos da lei de anistia incidido apenas aos crimes “no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979”, sua eficácia haveria se exaurido, antes mesmo da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos, e, portanto, não caberia a análise de compatibilidade em relação a esta. Nada obstante, considerando que os crimes de desaparecimento forçado, como os perpetrados na época da ditadura militar, e anistiados pela referida lei, têm, na verdade, o caráter permanente, temos o seguinte impasse:

a) deve ser afastada a incidência da lei de anistia referente a esses crimes, visto que a eficácia legal já se exauriu, tendo produzido efeitos tão somente sobre aqueles crimes não permanentes cometidos no período de sua abrangência. Quanto aos crimes permanentes, esses continuam ocorrendo (não houve interrupção do ato delitivo), pois seus efeitos não cessam até que se localizem os corpos das vítimas desaparecidas. Assim sendo, não podem ser alcançados mais pelos efeitos da lei de anistia, já exaurida; ou,

b) partindo-se do pressuposto de que a lei de anistia continua válida e produzindo seus efeitos, o que justificaria a recusa do Poder Público em processar e julgar os infratores, deve-se considerar, então, que a lei de anistia foi revogada pela Convenção que lhe é posterior e superior, não cabendo, do mesmo modo, que se coloque tal norma como empecilho para a investigação dos ilícitos.

Conseqüentemente, fica evidenciado o caráter contraditório do posicionamento do Poder Público em face da admissão da lei de anistia no ordenamento jurídico pátrio. É premente a necessidade de mudança nesse entendimento, principalmente por parte dos Tribunais brasileiros, que tem oferecido muita resistência nesse sentido.

Hoje, há grande controvérsia na esfera Judiciária quanto à validade de leis de anistia. A essas divergências hermenêuticas, some-se o forte apelo social para a punição dos agentes civis e militares responsáveis pelos crimes perpetrados no regime ditatorial. Com o processo de redemocratização do Brasil em 1988, a ruptura com o regime autoritário antes instalado fez nascer muitos impasses quanto ao modo pelo qual seria feita a transição entre momentos históricos tão antagônicos.

O Brasil já sofreu condenações da Corte IDH pela sua postura omissa quanto à resolução desta problemática. A conduta do Judiciário, pode-se dizer, chega a ser conivente com a impunidade nesse caso. Em 2008, a OAB protocolou a ADPF 153/DF no Supremo Tribunal Federal questionando a validade da lei de anistia nº 6.683/79 frente à Constituição de 1988. O STF

decidiu pela recepção da referida lei sob os argumentos de que sua promulgação se deu em um momento histórico no qual a sociedade desejava *esquecer o passado* e seguir em frente. Seria uma medida política, sobre a qual não caberia ao Judiciário realizar um juízo de valor (BRASIL, 2010).

Cabe aqui, antes de tudo, ressaltar que há, como em qualquer debate jurídico desta monta, posições divergentes, havendo aqueles que compreendem ser a decisão do Supremo razoável para o caso em apreço. Os filiados a esse pensamento sustentam argumentos diversos, como a garantia de segurança jurídica em face de um momento de transição política que acarreta instabilidade institucional por natureza; ou por ser a anistia resultado de uma conciliação nacional rumo a uma transição pacífica entre regimes; ou mesmo como forma de evitar a promoção de vingança social sobre questão já esquecida, o que beiraria ao anacronismo jurídico (COELHO; MANSO, 2012, p. 19). Em todos os casos, pode-se resumir a defesa em prol da validade da lei anistiadora em um argumento unificador, qual seja, a conclusão de um processo de transição democrática que demandou acordos vis para estabelecer uma passagem “madura” e “pacífica” entre regimes.

Diametralmente oposta a tal compreensão, há corrente de pensamento que se mantém resistente a tal raciocínio jurídico, ao qual aqui se filia o presente trabalho. Sob esse viés considera-se que o entendimento do STF desaguou em impunidade, conivência com a violação dos direitos fundamentais e retrocesso democrático.

A despeito da resistência, a realidade é que a decisão do processo objetivo e a interpretação dada pela Corte Suprema, a qual tem a última palavra sobre questões afetas à Carta Magna, sob o prisma do controle de constitucionalidade, resultou em doravante se considerar a lei anistiadora como compatível com o atual sistema jurídico e recepcionada pela ordem constitucional. Todavia, o mesmo não se pode dizer quanto à sua convencionalidade, como veremos em breve.

Anteriormente a isso, em 1997, foi submetido à Comissão Interamericana o caso *Gomes Lund versus Brasil*, também conhecido como o caso da *Guerrilha do Araguaia*, referente ao desaparecimento de mais de vinte integrantes da aludida *Guerrilha* na década de setenta, durante as operações militares que se sucederam na região. Após a admissão do caso, em 06 de março de 2001, e apresentação do relatório, em 31 de outubro de 2008, ante a negativa do Estado Brasileiro, em prestar as informações que lhe foram solicitadas, a Comissão submeteu-o à jurisdição da Corte, para fins de se esclarecerem os conflitos existentes entre as leis de anistia e o desaparecimento forçado de pessoas, bem assim, as violações aos direitos humanos que o caso “*Guerrilha do Araguaia*” registrava.

O Estado Brasileiro requereu o arquivamento do feito, alegando dentre outros argumentos, a incompetência da Corte para analisar o caso, vez que o Brasil havia ratificado a *Convenção Americana de Direitos Humanos* após a ocorrência dos referidos crimes, não podendo as normas da *Convenção* incidirem sobre esses fatos pretéritos, em nome da legalidade.

Todavia, o governo brasileiro não observou que os fatos envolvendo o desaparecimento forçado de pessoas, constituem, no âmbito do direito penal, em um tipo similar ao de sequestro, e, sendo assim, sua consumação se prolonga no tempo, já que é um crime permanente.

Desta maneira, essa e as demais defesas do Estado brasileiro caíram por terra, culminando na condenação por unanimidade do Brasil, em 24 de novembro de 2010, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para a Corte, as disposições da lei da anistia que impedem a investigação e a sanção a graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana e não podem permanecer como obstáculo para a investigação dos fatos, nem para a identificação e punição dos responsáveis.

Declarou, ademais, a Corte que o STF não exerceu o necessário controle de convencionalidade posteriormente à sentença da ADPF 153/DF, mesmo após a interposição dos embargos de declaração pela OAB, os quais ainda aguardam julgamento.

A sentença declarou que o Estado brasileiro é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal das pessoas indicadas na decisão. Foi então determinado que o Brasil deve proceder às investigações penais, determinar o paradeiro das vítimas e entregar seus restos mortais às famílias. Além disso, deve o país realizar ato público de responsabilidade pelos fatos e indenizar as vítimas ou suas famílias, dentre outras determinações.

A condenação brasileira no caso Gomes Lund terminou se tornando um marco em matéria de controle de convencionalidade, provocando rupturas no sistema jurídico brasileiro:

O caso Gomes Lund constitui, nesse contexto, um paradigma de tensão entre os dispositivos internacionais e o direito interno após a decisão do STF na ADPF nº 153 em 2010. A sentença do caso Gomes Lund declarou os crimes de desaparecimento forçado praticado pelo Estado brasileiro como grave violação de direitos humanos, insuscetível de anistia (ANTUNES, 2017, p. 169).

Passados anos desde essa emblemática decisão, e não se tendo observado qualquer evolução do Brasil no que tange ao cumprimento dos pontos resolutivos da sentença internacional na qual foi condenado, o supramencionado partido PSOL impetrou, em 2014, a ADPF nº 320/DF, que ainda tramita no Supremo Tribunal Federal.

A nova contenda judicial visa questionar a validade da Lei de Anistia não mais sob o paradigma do texto constitucional, o qual já foi discutido e decidido por aquela Corte, mas sim sob o parâmetro da compatibilidade com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em um controle de convencionalidade que deverá ser realizado agora, pelo próprio Estado, através do seu Judiciário (BRASIL, 2014). Aguardemos o desfecho de mais esse capítulo tortuoso da história constitucional brasileira.

A realidade é que, para facilitar a transição entre os regimes ditatorial e democrático, a

Carta de 1988 adotou textos constitucionais abertos, carregados de normas e princípios de elevado teor axiológico. O que em parte facilitou, de fato, a implementação de diversas mudanças positivas na cultura jurídica, mas que também concedeu aos Poderes Públicos a possibilidade de manusear o texto constitucional com certa flexibilidade, preservando interesses da elite dominante do regime anterior.

Mas não se pode mais negar que a Carta Magna privilegia a dignidade humana como valor supremo. A intenção do legislador constituinte originário está estampada em seu texto. Além disso, o artigo 5º, §1º, da CRFB/88 atribuiu força normativa e aplicabilidade imediata a todos esses preceitos constitucionais, cabendo aos Poderes Públicos garantirem a eficácia máxima a todos os direitos e garantias fundamentais. Um desses preceitos é o da prevalência dos direitos humanos, que foi instituído como princípio a reger o Brasil nas suas relações internacionais, mas que a elas não se limita, emanando, igualmente, na ordem jurídica interna.

Assim, quando se trata de crimes contra a humanidade, o princípio da dignidade humana incide categoricamente. Desta maneira, a cogência do princípio da dignidade humana faz pressupor o justificado repúdio aos crimes contra a humanidade. Os direitos à memória e à verdade histórica são inderrogáveis e pertencem ao povo, enquanto uma unidade que constitui a nação. São direitos de incontestável magnitude para a pacificação social e construção de uma sólida e madura democracia. Não podem ser manipulados por interpretações legais duvidosas e tendenciosas conferidas pelos Poderes estatais.

No Brasil, há ainda certa confusão quanto à amplitude do direito à memória, especialmente. Os defensores da anistia são, em geral, contrários às ações governamentais em prol da memória e da verdade, por acreditar que a garantia de tais direitos implica necessariamente na possibilidade de persecução penal da conduta de tais agentes. Contudo, o direito à memória e à verdade implica em conhecer dos fatos tais como ocorreram, independentemente da desejada punição criminal. A persecução penal e a investigação acerca dos fatos ocorridos têm relação, mas não são sinônimos, sendo que a primeira pressupõe a segunda, mas a segunda não necessariamente origina a segunda.

É impensável a fragilização de tais direitos, sendo ônus do Estado e função do Judiciário nesta disputa é a de promover o maior alcance possível às normas de direitos humanos, tanto daquelas constantes no texto constitucional como direitos fundamentais, como também das previstas nos tratados aos quais o país se obrigou perante a comunidade internacional. Do contrário, perderá duplamente o povo brasileiro, por não poder finalmente vislumbrar a Justiça se concretizando, e por se ver desmoralizado e desacreditado frente os demais Estados soberanos com os quais havia se comprometido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente que a Constituição brasileira de 1988 é referência de democracia e de positivação dos direitos humanos, na figura dos direitos fundamentais, nunca antes observada na história jurídica de nosso país, inclusive no que concerne à previsão de submissão a uma Corte

Internacional de Direitos Humanos. Isso representa a modernização do sistema jurídico, e a inserção pátria na ordem jurídica externa, movimento extremamente necessário à garantia eficaz dos direitos humanos. Além disso, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos representa uma conquista atingida penosamente nesse país, que não pode ser mitigada ou derogada.

O sistema interamericano tem se mostrado um importante mecanismo de proteção dos direitos humanos para suprir a omissão das instituições nacionais da América Latina no seu dever de proteção do indivíduo, pressionando os governos para que tomem providências efetivas no combate aos crimes de lesa-humanidade.

Além disso, a publicização internacional das violações de direitos humanos conferidas pelas sentenças da Corte IDH são um eficaz instrumento de coerção ao Estado infrator, que fica sujeito ao risco de constrangimento político e moral, por parte dos demais Estados, o que é mais um estímulo para que as mudanças ocorram.

Entretanto, ainda é um sistema precário e, por vezes, ignorado por motivações políticas ou por exegeses ultrapassadas. A evidência disso é o desrespeito institucional brasileiro frente às orientações da Corte IDH sobre a invalidade da lei de anistia nº 6.683/79, a qual, indubitavelmente, fere valores caros à nossa sociedade, fragilizando a soberania popular.

Para haver o implemento efetivo de todos os benefícios oriundos da adesão do país aos diplomas de proteção internacional dos direitos humanos, não se pode mais admitir que o Brasil ratifique tratados acerca dessa matéria e, simplesmente, se recuse a aceitar um aparato normativo internacional de garantia, implementação e fiscalização dos direitos garantidos nesses instrumentos, ao qual ele próprio se submeteu livremente. Superar esse impasse é fundamental à plena e integral proteção dos direitos humanos no âmbito nacional.

Por fim, saliente-se que essas ações são essenciais para a efetiva inserção do Brasil no cenário internacional de proteção dos direitos humanos. Pois, a despeito dos enormes avanços da nação a caminho da efetiva implantação de uma respeitável democracia, a verdade é que ainda há muitos obstáculos a serem transpostos. Não é possível se afirmar que existe verdadeiramente uma democracia, quando todo o povo sofre nas mãos de um Estado impune. Afinal, o valor mais caro a um Estado de Direito é a ideia de que ninguém está acima da lei, e nessa ideia se inclui o próprio Estado e seus agentes.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Fernando Luis Coelho. O controle de convencionalidade e as transformações no constitucionalismo contemporâneo: a ADPF 153 e a decisão da corte interamericana de direitos humanos no Caso Gomes Lund. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 3, p. 153-190, dez. 2017. Doi: 10.5433/1980-511X2017v12n3p153. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/28074/22686>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320/DF**. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 ago. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4574695>. Acesso em: 7 jun. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 8.766 de 30 de março de 2016**. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8766.htm. Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 98.386 de 09 de novembro de 1989**. Promulga a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura. Brasília: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/tortura/dec_98386_89.pdf. Acesso em: 2 jun. 2018.

BRASIL. **Habeas Corpus nº 87.585-8/TO**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em: 3 dez. 2008, DJE-118, divulg. 25 jun. 2009, public. 26 jun. 2009, ement. 2366-2. São Paulo, 2009a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 30 mai. 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.683 de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em: 4 jun. 2018.

BRASIL. **Recurso Extraordinário nº 466.343-1**. Relator: Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em: 3 dez. 2008, DJE-104, divulg. 4 jun. 2009, public. 05 jun. 2009, ement. 2363-6. São Paulo, 2009b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 05 mai. 2018.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Direito à verdade e à memória**: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/livros/a_pdf/livro_memoria1_direito_verdade.pdf. Acesso em: 9 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF**. Relator: Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29 abr. 2010, DJE-145, divulg. 5 ago. 2010, public. 06/08/2010, ement. 02409-01. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 16 jul. 2018.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MANSO, Renata de Almeida. Duplo Controle Constitucional-Convencional de Legitimidade da Lei de Anistia: reflexões sobre a jurisdição constitucional de transição e as relações entre anistia e memória no contexto da redemocratização brasileira. In: EILBAUM, Lucia; LEAL, Rogério Gesta; MEYE Samantha Ribeiro (coord.). **Justiça de transição**: verdade, memória e justiça. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 361-390. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e84401ad27c4cfb9>. Acesso em: 11 fev. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José, Costa Rica, nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 17 jul. 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 3-56.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** - RBDC, São Paulo, n. 19, jan./jun. 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**. São Paulo: Ed. Max Limonade, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. *In*: GOMES, Luiz Flavio; PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

Como citar: RODRIGUES, Thaise Silva; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; COELHO; Ana Christina Soares Penazzi. Controle de convencionalidade da Lei de Anistia nº 6.683/79: Direito à memória e à verdade. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 131-149, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p. 131. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 02/08/2018

Aprovado em: 13/02/2019

**RESGATE HISTÓRICO-FILOSÓFICO DOS CONCEITOS
DE LIBERDADE: A CONSTRUÇÃO DA LIBERDADE
COMUNICATIVA**

HISTORICAL-PHILOSOPHICAL REVIEW ON THE CONCEPTS OF
LIBERTY: CONSTRUCTION OF COMMUNICATIVE FREEDOM

Luiz Gustavo Campana Martins*
Clodomiro José Bannwart Junior**

* Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR) - Bolsista CAPES. Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela UEL. E-mail: gus.campana@hotmail.com.

** Doutor em Filosofia pela UNICAMP e Professor do Programa de Mestrado em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina. E-mail: cbannwart@hotmail.com

Como citar: MARTINS, Luiz Gustavo Campana; BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. Resgate histórico-filosófico dos conceitos de liberdade: A construção da liberdade comunicativa. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 150-167, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p. 150. ISSN: 1980-511X

Resumo: Este artigo tem por intuito discutir a ressignificação do conceito de liberdade à luz da teoria comunicativa de Jürgen Habermas. O problema enfrentado consiste em que a liberdade, enquanto reflexo do paradigma liberal, **não mais atende às necessidades das sociedades contemporâneas**, e enquanto conceito reconstruído pelo republicanismo, não dá conta de garantir a proteção e a autonomia dos sujeitos individuais. Lança-se mão, pois, da hipótese de que a consolidação de um entendimento comunicativo da liberdade, como feito por Habermas, é a única capaz de resguardar a moral, a justiça e a independência individual. Pretende-se demonstrar o caráter intersubjetivo da liberdade, tomando-a como elemento central da emancipação dos indivíduos pela razão comunicativa. Para isso será elaborado um resgate filosófico dos conceitos de liberdade dentro da dualidade histórica que vem sendo tomada entre liberais e republicanos, a partir das visões de Benjamin Constant, Isaiah Berlin e Philip Pettit. Ao final, com o auxílio de Flávio Siebeneichler, objetiva-se demonstrar que a racionalidade discursiva, única de potencial emancipatório, encontra na liberdade comunicativa de Habermas o elemento chave para o seu funcionamento. Quanto à metodologia, a pesquisa se caracteriza

como bibliográfica e exploratória, uma vez que pretende fazer uma discussão, a partir de obras já publicadas, para melhor compreensão do tema.

Palavras-chave: Conceitos de liberdade. Teoria Habermasiana de liberdade. Liberdade comunicativa.

Abstract: This paper discusses a re-interpretation of the concept of liberty in the context of Jürgen Habermas' communicative theory. This study explores liberty, as a reflection of the liberal paradigm, since it no longer meets the needs of contemporary societies. Moreover, in the lens of republicanism, it does not account for ensuring the protection and autonomy of individual subjects. Furthermore, taking hold, therefore, of the hypothesis that the consolidation of a communicative understanding of freedom, as done by Habermas, is the only theory capable of protecting ethics, morals, justice and individual independence. In addition, this paper demonstrates the intersubjective character of our liberty whilst examining the element of the emancipation of individuals for communicative purposes. Hereby, a philosophical rescue of the concepts of liberty within historical duality has been usurped by liberals and republicans, from the views of Benjamin Constant, Isaiah Berlin and Philip Pettit. Finally, with the help of Flavio Siebeneichler, this study demonstrates that discursive rationality, unique of emancipatory potential, is the key element for Habermas' theory of communicative freedom. In relation to our methodology, this research utilizes literature review, since it investigates already published works in order to better understand the object of study.

Key-words: The concept of liberty. Habermasian Theory of freedom. Communicative freedom.

INTRODUÇÃO

A liberdade é um conceito que desafia as angústias mais profundas dos filósofos. Definitivamente não há consenso a respeito dos limites e alcances da liberdade. Entendê-la está entre os desejos mais ávidos do ser humano. É claro, pois, que este artigo não pretende delimitar esse conceito tão caro à filosofia, tampouco sugerir uma nova abordagem. Em Isaiah Berlin (2002) encontramos a sugestão de que os conceitos sociais e políticos devem ser necessariamente vagos, sob pena de, ao se firmarem de precisão, tornarem-se inúteis.

Assim, o objetivo central deste artigo se concentra em demonstrar a insuficiência dos modelos liberal e republicano de liberdade, para enfim abordar a concepção habermasiana como alternativa. Com auxílio de consagrados pensadores, pretendemos também refletir acerca dos modelos positivo e negativo já existentes de liberdade, a fim de contribuir para o debate da boa filosofia, que se presta em criar dúvidas, e não as sanar. “Não basta, pois, admitir a possibilidade da liberdade. É necessário encontrar um caminho que permita não somente uma compreensão mais profunda e adequada desse fenômeno, [...] mas também uma descrição e um esclarecimento crítico” (SIEBENEICHLER, 2011, p. 347).

Ao longo da história, dos antigos aos modernos, da Grécia antiga às civilizações atuais mais precisamente, o conceito de liberdade passou por transformações significativas. Sua estrutura elementar, antes calcada no engajamento político da *polis*, foi transferida para a perspectiva impessoal e individualista do mundo moderno. Na *polis* grega, analisada pelos filósofos do período clássico, a política catalisava a realização dos fins tanto da ética, como do direito e da economia, e todas essas esferas concorriam para a realização da cidadania dos membros da *polis*. Esta reflete a origem da tradição republicana de liberdade, e que será abordada ao longo do texto a partir dessa ideia fundamental: o cidadão livre enquanto um membro ativo da vida política. A característica essencial da política era efetivar a relação entre a ética e o Estado, pois a felicidade do homem, segundo Aristóteles, só se alcançava de forma efetiva e plena no horizonte da comunidade política (BERTELLONI, 2001, p. 30).

Nesse debate, importa a diferença que se faz entre a liberdade concebida na antiguidade, pelos gregos, e a liberdade moderna. Aquela era entendida de forma comunitária, dentro da lógica da *polis* grega. A liberdade estava ligada à participação do sujeito na política da *polis* grega, à condição de cidadão como membro ativo e engajado. Já o problema na sociedade moderna é o individualismo exacerbado, que provoca atitudes de egoísmo no sentido de apenas realizar aquilo que for favorecer o próprio indivíduo, de não se preocupar com a coletividade. Hoje, vive-se sob essa dualidade da liberdade.

Para demarcar algumas premissas iniciais, esclarecemos que as referências ao longo do texto à concepção dos liberais, significam um agrupamento das ideias da tradição liberal acerca do conceito de liberdade. Embora essa tradição não seja una, é possível destacar alguns elementos comuns como a ideia de valorização do indivíduo, a imposição de limites à atuação do Estado e a legitimidade do poder político pelos cidadãos. Portanto, a concepção liberal inicial, entendemos,

nasce junto com a modernidade em teóricos como John Locke, Montesquieu, Tocqueville, entre outros (RAMOS, 2011, p. 44). Esse mesmo modelo liberal será tomado neste artigo a partir das sistematizações dos conceitos feitas por Benjamin Constant, no século XIX, e por Isaiah Berlin e Philip Pettit, no século XX.

Com esse intuito, o presente artigo se divide em três seções de desenvolvimento, sob uma pesquisa bibliográfica com autores da filosofia e filosofia do direito selecionados por sua relevância no campo teórico, pelas quais abordar-se-á: (1) a divisão clássica de Benjamin Constant entre liberdade dos antigos e dos modernos; (2) as perspectivas dos liberais e dos republicanos, atrelando-se à primeira a liberdade negativa dos modernos, e à segunda, a concepção positiva dos antigos; e, por fim, (3) a ideia de liberdade comunicativa em Habermas como uma alternativa que acopla elementos de ambas as vertentes anteriores.

1 CONTEXTO HISTÓRICO DO CONCEITO DE LIBERDADE

Para a discussão que se pretende desenvolver nesse artigo é fundamental que se faça, antes, uma abordagem histórica dos conceitos de liberdade. Essa abordagem, nessa seção, será feita com o auxílio principal do texto *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, de Benjamin Constant, fruto de um discurso pronunciado no Athénée Royal de Paris, em 1819.

Como o próprio nome do texto já infere, Benjamin Constant (1985) fez uma análise a respeito de dois tipos de liberdade que julgou existentes: a liberdade dos antigos e a dos modernos. Sua grandeza foi a de um pesquisador que teve uma percepção histórica e sistematizou assim, de forma didática, essas duas espécies de liberdade.

Pois bem, em seu discurso, Constant (1985) atenta para o fato de tentar esclarecer, com sua fala, o porquê dos povos livres da antiguidade desconhecerem a forma de governo representativo, que é para o autor uma descoberta dos modernos. Essa indagação traz as reflexões a respeito de como a liberdade era entendida por esses povos e como ela é entendida hoje:

Este sistema é uma descoberta dos modernos e vós vereis, Senhores, que a condição da espécie humana na antiguidade não permitia que uma instituição desta natureza ali se introduzisse ou instalasse. Os povos antigos não podiam nem sentir a necessidade nem apreciar as vantagens desse sistema. A organização social desses povos os levava a desejar uma liberdade bem diferente da que este sistema nos assegura (CONSTANT, 1985, p. 10).

Na antiguidade, a liberdade era essencialmente uma liberdade política. A participação política direta dos cidadãos e o envolvimento com as questões públicas é a marca singular dessa liberdade. O sujeito era livre na medida em que podia participar ativamente da construção das leis, atos executivos e julgamentos, discutir as questões relevantes da cidade, ouvir, debater e discutir opiniões em praça pública, ou seja, era livre na medida em que exercia sua cidadania política diretamente, de modo social e coletivo. Havia, pois, uma liberdade cidadã que era dependente

das estruturas do Estado – base política – para a certificação de um ato propriamente livre. E a liberdade, nesse sentido, restrita ao cidadão, não operava em uma perspectiva de subjetividade, considerando que sequer havia sentido inferir a existência do indivíduo no período que antecede o helenismo. Contudo, a liberdade era um tema caro aos gregos ao permear a totalidade da vida humana e intermediar os aspectos intersubjetivos do *ethos*. O grego, como afirmam Billier e Maryoli (2005, p. 19), “soube pensar a liberdade do homem, mesmo no coração de um nó de necessidades. É que a liberdade é condição de possibilidade da ética, do político e do jurídico, ou, como escrevera Kant, da prática.”

Em boa medida, a própria visão de liberdade na Grécia antiga é uma visão atrelada à cidadania, pois é uma condição dada pela estrutura política da cidade-estado. A liberdade se confunde com a política e só tem sentido enquanto tal. Assim, dentro da fronteira da *polis* existia a noção do todo e de completude, uma ordem social instituída coletivamente tão-somente para e pelos cidadãos que ali viviam, sendo que fora da fronteira havia a noção de caos social, de não civilidade e não liberdade.

Essa perspectiva grega tinha por base o *ethos* centrado na sociedade. O *ethos* é designado de forma dupla. Segundo Henrique Cláudio de Lima Vaz (1988, p. 12):

A primeira acepção de *ethos* (com *eta* inicial) designa a morada do homem (e do animal em geral). O *ethos* é a casa do homem. O homem habita sobre a terra acolhendo-se ao recesso seguro do *ethos*. Este sentido de um lugar de estada permanente e habitual, de um abrigo protetor, constitui a raiz semântica que dá origem à significação do *ethos* como costume, esquema praxeológico durável, estilo de vida e ação.

Foi Homero quem primeiro identificou o *ethos* como *habitat*, isto é, como morada. Para ele, o *ethos* é o lugar comum em que se desenvolvem os valores, costumes e tradições comuns. Sob esta acepção, a ética tem forte relação com a sociedade e se dissemina de maneira única e universal, compreendendo a universalidade, porém, restrita aos limites da fronteira da *polis*. Essa noção de universalidade restrita à *polis* ganhará novos contornos com o helenismo. Os preceitos éticos no helenismo, na visão de Mario Vegetti, serão guiados no sentido oposto àquele observado em Aristóteles, por exemplo:

A ética helenista se move em sentido contrário, em direção a uma universalização do próprio discurso; à medida que o cidadão aristotélico perde a evidência da sua centralidade moral, começa-se a pensar que valores e virtudes devem estar em linha de princípio disponíveis a todos (VEGETTI, 2014, p. 25).

A ética é, no sentido clássico, compreendida por sua orientação comunitarista, que se baseia na valoração de costumes e tradições partilhados comumente. A política embasada nesses termos é a republicana. E o direito é fundado na soberania popular. Pontuamos que, portanto, o *ethos* era visto como o conjunto de valores, costumes e tradições compartilhado de maneira

universal, na sociedade antiga da Grécia.

Dentro da estrutura social e política da *polis* grega, a noção de liberdade está estritamente vinculada à cidadania e ao exercício da vida política, de modo coletivo. Não há propriamente uma diferenciação desses conceitos. A liberdade estava, portanto, condicionada a uma visão coletiva, de exercício social da atividade política e da própria cidadania.

No entanto, Constant (1985, p. 11) alerta para o fato de que “ao mesmo tempo que consistia nisso o que os antigos chamavam liberdade, eles admitiam, como compatível com ela, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo”.

É aí exatamente que reside um dos pontos-chave para a rejeição dessa espécie de liberdade pelos modernos. É inconcebível, nos tempos atuais, qualquer ideia que remeta a uma submissão dos indivíduos ao Estado, de modo a suprimir seus direitos e liberdades mais básicas em prol da atividade muitas vezes arbitrária do ente soberano. Não se tolera mais o poder em excesso, o controle arbitrário, a falta de limites do Estado, tampouco a ingerência nas questões privadas dos cidadãos. Ainda nas palavras de Benjamin Constant (1985, p. 11):

Assim, entre os antigos o indivíduo quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos seus assuntos privados. Como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra; como particular, permanece limitado, observado, reprimido em todos seus movimentos; como porção do corpo coletivo, ele interroga, destitui, condena, despoja, exige, atinge mortalmente seus magistrados ou seus superiores; como sujeito ao corpo coletivo, ele pode, por sua vez, ser privado de sua posição, despojado de suas honrarias, banido, condenado, pela vontade arbitrária do todo ao qual pertence.

Com as guerras do período helenístico em meados do século III a.C., e a posterior anexação da Grécia à Roma antiga, houve a destruição das fronteiras da *polis* grega e a conseqüente destruição da cidadania, que dependia da estrutura da cidade-estado. Houve, na verdade, a quebra do paradigma da ordem social grega, uma destruição do próprio *ethos*, alterando, com isso, a noção de indivíduo e cidadão a partir das próximas escolas filosóficas.

Nesse período de transições, a filosofia se aproximou da segunda concepção de *ethos*, a de Hesíodo, onde o *ethos* é compreendido como caráter, e, portanto, algo inerente ao indivíduo. “A segunda acepção de *ethos* (com épsilon inicial) diz respeito ao comportamento que resulta de um constante repetir-se dos mesmos atos. É, portanto, o que ocorre frequentemente, [...] mas não sempre (*aei*), nem em virtude de uma necessidade natural.” (VAZ, 1988, p. 14).

O que se percebe é o deslocamento da unidade fundamental do *ethos*, uma oposição entre o hábito e a natureza. Segundo Henrique Cláudio de Lima Vaz (1988, p. 14), há uma disposição do agir que se “contrapõe ao impulso do desejo”. Pode-se dizer que a ideia de indivíduo surge primeiro no mundo antigo, com a derrocada da *polis* grega, juntamente com a relativização dos valores éticos e a ideia cosmopolita.

Nesse contexto, destaca Constant (1985) que o espaço físico das repúblicas aumentou consideravelmente, o espírito belicoso dos antigos fora superado, e a guerra, como fonte de

recursos, substituída pelo comércio.

Isso tudo provocou uma série alterações dos paradigmas sociais que foram percebidas também por Constant (1985, p. 13-14): com países extensos e grandes populações, a influência política de cada indivíduo é engolida em sua insignificância pelo corpo social; a abolição da escravidão não mais permitia o ócio, como o dos antigos, para debater diariamente as questões em praça pública; e, por fim, em duplo aspecto, o comércio, além de inspirar a independência individual, não tem os intervalos de inatividade das guerras, deixando aos indivíduos pouco tempo para preocupações políticas.

Como resultado dessa gama de transformações histórico-filosóficas, nasce uma nova concepção de liberdade, a dos modernos, que mais à frente, com Isaiah Berlin, seria chamada de liberdade negativa¹.

“A independência individual é a primeira das necessidades, modernas. Consequentemente, não se deve nunca pedir seu sacrifício para estabelecer a liberdade política”, disse Constant (1985, p. 19). A partir dessa premissa é que se começa por entender o novo significado deste conceito tão caro aos homens.

Partindo da ideia do respeito à independência individual e da autonomia dos cidadãos para gerir seus assuntos particulares, o autor entende que a liberdade dos modernos:

[...] é para cada um o direito de não se submeter senão às leis, de não podar ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira, pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É para cada um o direito de dizer sua opinião, de escolher seu trabalho e de exercê-lo; de dispor de sua propriedade, até de abusar dela; de ir e vir, sem necessitar de permissão e sem ter que prestar conta de seus motivos ou de seus passos (CONSTANT, 1985, p. 10).

Houve de fato uma reviravolta quanto à ideia da liberdade: do coletivo para o indivíduo; da política para o interesse particular; do público para o privado. Essas foram as grandes alterações características do conceito em destaque – é claro, guardadas as devidas proporções, uma vez que a concepção de liberdade dos modernos não exclui a atuação política e cívica.

É nítida a percepção de que hoje a liberdade está mais relacionada às questões da vida privada, do ‘eu posso’ e do respeito à vontade pessoal enquanto ser individual, autônomo, responsável e protagonista de seus próprios atos.

Como bem destacado por Constant (1985, p. 21), concordamos em considerar que a

¹ A liberdade negativa tem como característica essencial a possibilidade de ação livre, de autogerenciamento da própria vida e dos assuntos particulares, sem a interferência do Estado ou qualquer outra instituição coativa. Esse conceito será tratado com maior profundidade a partir do segundo capítulo deste artigo. Há de se considerar, ademais, que o conceito aparece em Kant, sobretudo na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1995), caracterizado pela independência do sujeito em relação ao determinismo natural. Nesse caso, trata-se do arbítrio, conceito que Kant define como independência de todo impulso sensível enquanto relacionado à sua determinação. Portanto, não recebe da natureza uma perfeição pronta e acabada e muito menos identifica-se a priori com uma prática racional, mas está à mercê de sua própria espontaneidade, o que lhe proporciona adotar o conceito de liberdade negativa. A liberdade negativa, nesse sentido, é respaldada pela possibilidade de o arbítrio ser meramente afetado, mas não integralmente determinado pela sensibilidade.

liberdade dos modernos não mais pode retornar a dos antigos. Em verdade, a autonomia individual e o respeito à independência não podem ser sacrificados em nome da liberdade política, sob pena da extinção de ambos.

E com isso, respondendo a indagação inicial, os antigos não conheciam o sistema representativo de governo – nem mesmo pensariam nessa possibilidade – pois eles mesmos regiam a *polis*, a cidade, a política. Essa regência era parte essencial de sua vida livre e devia ser exercida diretamente, sem o intermédio de representantes eleitos, isso seria uma ofensa inimaginável, tão profunda que afetaria as noções de liberdade, cidadania, honra e da própria política.

Em boa medida, pode-se afirmar que a liberdade política é elemento essencial para a garantia da independência individual. Mas a segunda jamais poderá ser suprimida em prol da primeira, tal como era feito pelos povos antigos. Os tempos mudaram, e com eles as estruturas sociais e os paradigmas filosóficos. Já em Agostinho de Hipona (356-430 d.C.), em sua obra *O Livre-Arbitrio* (1995), é possível constar a transposição de um modelo de liberdade cidadã para uma perspectiva de liberdade acoplada à dimensão volitiva do sujeito. A liberdade passará, desde então, a gravitar em torno do conceito de vontade e sua relação, não pacífica, com a razão prática, tema que Kant, na modernidade, enfrentará em sua obra *Crítica da Razão Prática* (1980).

É certo pois, conforme conclui Constant (1985, p. 25), que nenhuma das espécies de liberdade deve ser suprimida, mas que ambas devem caminhar em completude para o pleno gozo dessa liberdade que nos é tão cara.

2 LIBERDADE NEGATIVA E POSITIVA: OS MODELOS LIBERAL E REPUBLICANO DE LIBERDADE

Abordar-se-á, nessa seção, as duas concepções de liberdade tal como sistematizadas por Isaiah Berlin no texto *Dois Conceitos de Liberdade* (2002): a liberdade positiva e negativa, em conjunto com as análises de Philip Pettit, no texto *Liberalismo y republicanismo* (2004). Ainda, de forma complementar, será utilizado o artigo elaborado por Cesar Augusto Ramos, *O modelo liberal e republicano de liberdade: uma escolha disjuntiva?* (2011), a fim de contribuir para o estudo que se pretende fazer neste artigo.

Dentro da compreensão conjunta dos textos acima referidos, partimos do entendimento de que o modelo liberal de liberdade se refere ao tipo negativo e remete à liberdade dos modernos. E, de outro lado, no modelo do republicanismo, a liberdade se refere ao tipo positivo e remonta à liberdade dos antigos.

Parte-se assim para o estudo das principais concepções e teses dos autores acima citados, a fim de realizar, num primeiro momento, o resgate teórico e a compreensão conjunta de suas análises, para, depois, apresentar uma terceira via, da liberdade comunicativa, como resposta ideal às insatisfações e insuficiências apresentadas até então, sobre a liberdade, pelos paradigmas liberal e republicano.

Pois bem, em seu texto, Berlin (2002, p. 229) discorrendo sobre o conceito, as características

e o fundamentos da liberdade negativa, diz que “normalmente sou considerado livre na medida em que nenhum homem ou grupo de homens interfere com a minha atividade”. É notável a leitura que o autor tem a respeito desta espécie de liberdade com a não-interferência de outros na vida privada de cada um, se aproximando da ideia da liberdade dos modernos de Constant (1985).

Berlin (2002, p. 233) adverte que “qualquer que seja o princípio que norteie a área de não-interferência a ser traçada [...] a liberdade nesse sentido significa livrar-se de; ausência de interferência além da fronteira mutável, mas sempre reconhecível.”

A partir dessas indicações, tem-se o entendimento da liberdade negativa tão-somente enquanto proteção dos sujeitos à interferência dos demais. Ou seja, é-se livre na medida em que se tem a garantia legal de que se pode agir conforme a própria vontade, sem intervenção alheia. O elemento central dessa aceção é a independência individual, que deve ser garantida a fim de que o sujeito tenha sua livre capacidade de ser, agir e escolher nos assuntos que tangem a particularidade de sua vida privada.

A liberdade negativa tem como característica essencial a possibilidade de ação livre, de autogerenciamento da própria vida e dos assuntos particulares, sem a interferência do Estado ou qualquer outra instituição coativa.

Berlin (2002) ainda chama a atenção para a não confusão de conceitos. A liberdade é a liberdade, e não justiça, moral, igualdade ou ética. Portanto, se a liberdade de uns implica na desigualdade ou na injustiça social, isso foge da esfera de atuação da liberdade, segundo a concepção negativa.

É claro que a injustiça é – e deve ser – uma preocupação das sociedades modernas, no entanto, não se deve estabelecer uma conexão intrínseca entre os conceitos. Não se deve, pois, imbuir a liberdade de valores e princípios que não lhe são natos.

Sob outro enfoque, Berlin (2002) identifica o segundo tipo de liberdade, a positiva. Cesar Augusto Ramos (2011), contribuindo para o estudo deste conceito, esclarece que:

No sentido positivo, a liberdade é compreendida como a capacidade de autodeterminação do indivíduo, por meio da autonomia da vontade. De inspiração rousseauista, esse conceito de liberdade opera com a ideia de autonomia da vontade. Ela é positiva, porque indica a presença de uma faculdade de volição que decide (a vontade autônoma), mediante a qual o indivíduo age e escolhe sempre de acordo com as preferências racionais sobre como ele deve, livremente, viver. Nesse sentido, a liberdade significa o desejo de o indivíduo ser senhor de si próprio e da sua atividade (RAMOS, 2011, p. 47).

Berlin (2002) adverte que pode causar uma certa confusão a abordagem entre os dois conceitos de liberdade, pois que ambos, do ponto de vista lógico, parecem falar negativamente ou positivamente da mesma coisa. Contudo, “Não são duas interpretações diferentes de um único conceito, mas duas atividades profundamente divergentes e irreconciliáveis para com os fins da vida” (BERLIN, 2002, p. 267).

A liberdade positiva se orienta para as virtudes cívicas dos cidadãos. Por essa perspectiva,

cada pessoa é entendida como parte coletiva e integrante do sistema político da sociedade. Só se é livre na medida em que existe a efetiva possibilidade de participação e engajamento nas questões da cidade, no debate público. Há um certo controle na esfera social e uma certa imposição de valores pela sociedade majoritária que contrastam com a ação e escolha livre dos indivíduos. É isso que Rousseau (1973) denomina vontade geral.

A vontade geral em Rousseau é um conceito que não resulta da soma das vontades individuais daqueles que integram a sociedade, mas da vontade expressa pelos cidadãos sob a perspectiva de realizarem o interesse coletivo e o bem comum. Não se alcança a vontade geral sem um efetivo processo educacional capaz de transformar o indivíduo em cidadão. A vontade geral não construída empiricamente, algo passível de constatação na realidade. Ela é, ao contrário, um conceito que se impõe de forma normativa; situa-se no âmbito do *dever-ser*. Não trata daquilo *que* é, mas daquilo que se projeta como *dever-ser* (LENZA, 2019, p. 1259). A vontade geral, nesse sentido, é uma ideia reguladora – como expresso mais tarde por Kant – que busca orientar o ajuste do plano empírico das instituições concretas e históricas ao plano normativo, que é a “própria realidade jurídica enquanto pertencente ao plano da ideia e do pensamento.” (LIMONGI, 2015, p. 101).

Os indivíduos se submetem à autoridade da vontade geral justamente para garantir sua liberdade dentro da ideia de bem-comum. É esse o espírito que guia o contrato, sendo voltado, essencialmente, à defesa do interesse comum da sociedade. Esse interesse não representa, necessariamente, a vontade da maioria, nem sequer a vontade dos particulares, mas representa sim a busca por um estado de justiça, igualdade e liberdade. Por esse viés, tem-se que o interesse particular não deve se sobrepor ao coletivo, mas que também não pode deixar de ser atendido. Uma sociedade que exclui não promove o bem-comum (ROUSSEAU, 1973).

Uma das diferenças entre aqueles que defendem as espécies de liberdade, notada por Berlin (2002), é que a negativa deseja o controle e a limitação da autoridade como tal, enquanto que a positiva anseia pela autoridade em suas próprias mãos.

Realizando apontamentos sobre ambas as concepções, Habermas (2018, p. 399) destaca, quanto ao conceito de cidadão, que para os liberais a cidadania é lida pelo viés dos direitos negativos, que garantem um espaço de escolha livre de coações externas. Os direitos subjetivos são essenciais na formação do cidadão, que pode exigí-los diante do Estado e de seus pares na sociedade. O cidadão, sob a ótica dos direitos subjetivos, tem sua proteção do Estado e pode exercer suas atividades privadas livremente, reivindicar seu padrão de liberdades negativas, sempre nos limites da lei.

Já os republicanos enxergam o cidadão do ponto de vista dos direitos positivos, que são essencialmente direitos de participação e comunicação política. Há uma preocupação com o engajamento do sujeito, que deve estar atento aos contornos político-sociais de sua comunidade. O poder do Estado democrático decorre, nessa ideia, do poder produzido pela autodeterminação dos cidadãos, que deve ser assegurada para a própria legitimação desse poder, através da institucionalização da liberdade pública (HABERMAS, 2018, p. 400-402).

Note-se, no primeiro caso o Estado se justifica pela proteção aos direitos subjetivos, e,

no segundo caso, existe para assegurar a formação livre de opinião e da vontade por um processo inclusivo, onde os cidadãos se entendem sobre o interesse comum a todos.

Enquanto os liberais acusam os republicanos de formularem uma concepção positiva tendo por base o conceito negativo de liberdade, Philip Pettit (2004, p. 118) defende que, ao contrário, a concepção negativa está inclusa no conceito positivo desde a ideia romana de *libertas*². Baseado no estudo de Skinner e Maquiavel, Pettit diz que os romanos lutaram por proteção individual, segurança privada, e não por democracia ou poder público como entende a concepção clássica dos republicanos.

Se ambas as concepções de liberdade se centram na não interferência, Pettit (2004, p. 119) argumenta que a diferença fundamental está no fato de que os liberais equiparam a não interferência no sentido da segurança individualizada, enquanto que os republicanos a entendem como estar seguro da interferência do outro, a salvo da dominação arbitrária. Há uma diferença fundamental entre ambas as concepções. Pettit (2004, p. 120) esclarece que alguém pode ser dominado sem interferência, ou ser alvo de interferência sem estar dominado. Para exemplificar, Pettit mostra que um escravo, dominado enquanto homem, pode ter um senhor de caráter gentil, amável e não intervencionista. Este escravo poderia tomar decisões pessoais sem a interferência de seu senhor, mas nem por isso seria considerado livre. Outro sujeito pode sofrer interferência quando é coagido, pelo Estado, a pagar determinados impostos, sem que neste caso esteja dominado como numa relação de senhor e escravo.

A oposição que se faz entre escravidão e liberdade é o aspecto central da vertente de liberdade originada pela experiência romana, originando o novo republicanismo ou modelo neorromano. Isso é significativo porque a escravidão está completamente relacionada à dominação, ou seja, ausência de liberdade. Ainda que o senhor de um escravo seja piedoso e permissivo, ele ainda domina o escravo. A liberdade, portanto, consiste em não-dominação (PETTIT, 2004, p. 120).

Da relação entre lei e liberdade, na perspectiva republicana de não-dominação, surge a figura essencial do Estado de direito. A liberdade, seguindo a tradição dos romanos, é entendida como equivalente à cidadania e, assim, somente pode ser exercida sob a proteção de um regime legal apropriado, o próprio Estado de direito (PETTIT, 2004, p. 124).

Dessa forma, a liberdade positiva encontra-se na esfera do agir dos sujeitos. O sujeito é livre na medida em que tem um espaço para a atuação social e política, um lugar onde a autonomia da vontade possa ser exercida espontaneamente, sem coação ou manipulação.

A partir dessas concepções, Ramos (2011) procura então reafirmar o resgate da teoria republicana de liberdade – de aspecto positivo – aproximando-a da concepção negativa. O autor busca sustentar, a partir das ideias de Philip Pettit, que o novo republicanismo, ou republicanismo

2 A ideia de republicanismo neorromano se diferencia da concepção republicana tradicional na medida em que tenta acoplar a ideia da liberdade subjetiva e dos direitos individuais, estes, historicamente atribuídos ao modelo liberal de liberdade. Em suma, essa nova vertente argumenta que a sociedade romana antiga tinha como tese central a defesa dos direitos subjetivos e, com isso, dizem que o novo republicanismo, ou também chamado neorromano, tem em si a defesa da liberdade negativa, assim chamada por Isaiah Berlin. Essa vertente neorromana entende a liberdade como não-dominação, e tem como um de seus maiores expoentes o filósofo Philip Pettit.

neorromano, satisfaz os maiores anseios dos liberais defensores da liberdade negativa. Em verdade, diz que essa tese é a única possível para garantir a efetiva liberdade negativa dos sujeitos, pois esta seria então erigida na liberdade positiva.

Ramos (2011) busca argumentar que uma reformulação da ideia de liberdade republicana, entendida agora como não-dominação, é o modelo mais fiel e que mais perto chega da verdadeira compreensão de liberdade, dando conta de agrupar ambos os anseios daqueles que defendem tanto as concepções negativa e positiva deste conceito. Indo além, afirma que “a concepção de liberdade como não-dominação pode garantir a efetiva autonomia dos sujeitos, assegurando o direito subjetivo da liberdade” (RAMOS, 2011, p. 45).

Cesar Ramos infere que, para que esse direito subjetivo e essa autonomia sejam alcançados, é necessário observar antes três condições: (1) a primeira é considerar que a vida dos homens se realiza, plenamente, com a participação e o envolvimento político, numa relação de reconhecimento mútuo; (2) a segunda condição, de caráter objetivo, refere-se à ideia da comunidade política ser constituída pelo autogoverno dos cidadãos, cabendo ao direito garantir esse requisito, através do regime legalista; e (3) a terceira diz respeito à necessidade de vigilância dos cidadãos como atitude cívica, por meio da atuação política, a fim de resguardar a ideia de liberdade como não-dominação.

Colocadas as principais distinções, Habermas (2018, p. 407) lança especialmente um olhar atento sobre aspectos do modelo republicano. Ele destaca, como vantagem, que o sentido democrático radical está presente nesse modelo, onde os cidadãos se unem de forma comunicativa e não meramente por um acordo de interesses privados opostos. Porém, Habermas também atribui a desvantagem de um “estreitamento ético do discurso político”, que não leva a um equilíbrio discursivo capaz de produzir consensos. A autocompreensão ética, que leva os indivíduos a entenderem a si mesmos dentro de uma comunidade, de um Estado e da tradição que compactuam, não pode ser a única fonte para o direito positivado dessa sociedade. Para além disso, exige-se uma justificação racional que tenha como telos a justiça. Os princípios morais não estão circunscritos a uma coletividade, mas eles reivindicam uma validade universal.

Com isso, entendemos que ambas as concepções dos modelos como não-dominação, liberal e republicano, não atendem às necessidades modernas e às inquietações a respeito do pleno uso da liberdade. Na próxima e última seção, serão contestados os paradigmas liberal e republicano. Mais especificamente, será discutida uma resposta ao modelo de não-dominação proposto por Pettit (2004) a partir das condições estipuladas por Ramos (2011).

3 SOBRE A LIBERDADE COMUNICATIVA À LUZ DE JÜRGEN HABERMAS

Na filosofia pós-kantiana de Habermas, busca-se alterar o paradigma individual e monológico da modernidade por outro de cunho intersubjetivo³. Essa transformação é fundamental,

3 O paradigma intersubjetivo na filosofia ganha força com a chamada reviravolta linguístico-pragmática, no século XIX. Segundo Marcondes (2006, p. 23), pode-se destacar duas vertentes desse novo modelo, uma corrente analítica, que estuda a linguagem ideal, e outra pragmática, que analisa a linguagem ordinária e seus reflexos na interação.

pois a comunicação entre os sujeitos, que forma as relações intersubjetivas, gera uma estrutura e um conteúdo objetivo capaz de ser captada pelo espírito subjetivo de cada um (SIEBENEICHLER, 2011, p. 342). Numa discussão moral, por exemplo, a fim de restabelecer um consenso perturbado os indivíduos devem chegar a uma espécie de vontade comum, que não pode ser gerada de forma monológica, mas é preciso, antes, “uma argumentação ‘real’, da qual participem cooperativamente os concernidos. Só um processo de entendimento mútuo intersubjetivo pode levar a um acordo que é de natureza reflexiva (HABERMAS, 2013, p. 88).

A socialização é da natureza do ser humano. Nesse processo, a linguagem torna-se elemento essencial para a emissão dos atos de fala e ações com pretensão de validade. A linguagem é o meio do qual se utiliza a comunicação. Essa abordagem de liberdade, a comunicativa, é a que permite um posicionamento crítico dos sujeitos em relação a suas ações. Ela constitui a possibilidade mais plausível do ponto de vista racional, para que se viabilize a emancipação dos homens. Com essa ideia, apresentamos nesse capítulo a liberdade comunicativa como uma resposta aos paradigmas anteriores, demonstrando que ela acopla bons elementos de ambas as concepções anteriores.

Flávio Beno Siebeneichler (2011), em artigo que trata sobre a perspectiva de uma liberdade comunicativa, descreve que:

[...] esse tema é abordado na perspectiva da participação em uma atividade linguística que permite a reconstrução racional de pressupostos inevitáveis da atividade cotidiana comunicativa. Sob esse ângulo, o tema da liberdade da vontade humana pode ser abordado à luz de um conceito de liberdade comunicativa uma vez que implica, não somente a possibilidade de se posicionar criticamente em termos de “sim” ou “não”, isto é, mediante o uso de argumentos racionais, mas também o fato de que esse posicionamento se dá sempre no interior de uma comunidade de comunicação (SIEBENEICHLER, 2011, p. 341).

O ato de fala em linguagem ordinária, comum, cotidiana, é a unidade elementar do agir comunicativo. Através da ação de fala, segundo Siebeneichler (2011, p. 343), “um sujeito ou Ego procura entender-se com outro Ego sobre algo no mundo, o que implica um dualismo de perspectivas metódicas: a de um observador e a de um participante de uma argumentação”.

O diálogo comunicativo, como se vê, gera um processo de alteridade, pelo qual os participantes se chocam, ou convergem, a partir de ideias plurais e diferentes visões de mundo sobre algo. Não há que se falar, portanto, em consciência particular de um indivíduo, dado que toda consciência é fruto de atos coletivos e experiências intersubjetivas de convivência, toda noção de realidade nasce de contextos sociais, culturalmente construídos e inseridos em determinado espaço público. Por esse viés, não há que se falar em uma liberdade estritamente negativa, segundo a concepção retratada de Isaiah Berlin, uma vez que a liberdade não é inata ao ser humano, mas ela precisa ser desenvolvida na prática, exercida mediante dois ou mais interlocutores.

A liberdade em si depende de uma relação intersubjetiva dos atores de fala. Para Siebeneichler (2011, p. 344), um locutor sempre atribui algo ao seu ato de fala, em um dado contexto interlocutório. Ao falar, portanto, um locutor emana, ainda que implicitamente, pretensões

de validade a seu ato de fala, sendo que ele deve estar preparado, obrigatoriamente, a argumentar em defesa de sua pretensão, caso seja contestado.

Todo agir carrega uma consciência implícita de liberdade. A consciência dessa liberdade, no agir, é o que se chama de autoria responsável. É, ainda, a faculdade que alguém tem de concordar ou não, criticamente, expondo argumentos diversos quanto a uma pretensão de validade, que pode ser questionável. A liberdade constitui a condição de possibilidade da atividade comunicativa, bem como “um conjunto de obrigações e exigências *sui generis* não contempladas por outras formas de ética, moral ou direito” (SIEBENEICHLER, 2011, p. 346).

Nesse ponto, percebe-se que a liberdade comunicativa é um caminho para a emancipação e vice-versa. O indivíduo só é livre se capaz de se posicionar criticamente acerca de pretensões de validade que a ele são dirigidas, podendo avalia-las dentro de uma perspectiva intersubjetiva. De igual forma, só pode alcançar a emancipação aquele que for dotado dessa liberdade.

Alessandro Pinzani (2009, p. 77) descreve que Habermas “crê firmemente na ideia iluminista de que a razão pode continuar a ser um instrumento de emancipação”. No intuito de que o projeto emancipatório da modernidade é um “projeto inacabado e que ainda vale a pena realizar”. À razão comunicativa de caráter emancipatório, acrescentamos, precede necessariamente a força de uma liberdade comunicativa, uma disposição livre do agir, que se mostra a seguir.

O sujeito só é dotado de liberdade da vontade, agindo com consciência da liberdade, na medida em que se reconhece como sujeito das próprias ações, quer dizer, quando encontra-se emancipado em seu agir, em autoconhecimento e reconhecimento (SIEBENEICHLER, 2011, p. 348). Por isso a liberdade da vontade é um atributo exclusivo daquele que se entende enquanto sujeito de suas ações e que, por tal, compreende a vastidão de possibilidades de agir inerentes à liberdade, bem como a unicidade da responsabilidade de seus atos. É essa aptidão, esse autoconhecimento, que se entende por autoria responsável⁴.

A comunicação, voltada ao entendimento, é inerente e anterior a qualquer instituição de normas jurídicas. Não há como falar em liberdade negativa garantida pelo direito sem antes pressupor necessariamente a liberdade comunicativa, pois o indivíduo ao agir com disposição para a construção normativa, ou seja, ao agir através de atos de fala voltados ao entendimento, pressupõe-se livre para falar e obter consensos, quer dizer, exercente de sua própria liberdade comunicativa. Essa é a tese mestra defendida por Habermas (2018, p. 414-418) no processo de reconstrução dos pilares dicotômicos – liberais e republicanos – que marcam a razão prática contemporânea.

Sob o aspecto dos direitos políticos, a liberdade comunicativa precede qualquer tentativa de juridificação das relações de comunicação entre sujeitos de direito, uma vez que o embate cívico e a instituição de regras se dá na esfera pública, a partir de atuações eminentemente políticas. Revela-se, nesse sentido, o uso público da liberdade comunicativa (SIEBENEICHLER, 2011, p. 356).

Quanto à natureza do processo político, segundo Habermas (2018, p. 405), a política

4 Autoria responsável é a faculdade que um sujeito tem de concordar ou não, criticamente, quanto a uma pretensão de validade questionável, expondo argumentos de variados tipos (SIEBENEICHLER, 2011, p. 346).

para os liberais é uma luta constante por posições de poder que autorizem dispor do poder administrativo. Os atores coletivos agem estrategicamente para concorrer e manter essas posições. Continua dizendo Habermas (2018, p. 405) que “O processo de formação política da opinião e da vontade na esfera pública e no parlamento é determinado pela concorrência de atores coletivos que agem de modo estratégico para manter ou obter posições de poder”. As decisões, votos e preferências dos eleitores, funcionam da mesma maneira que seus atos de escolha orientados para âmbito do mercado, no padrão de ação estratégica.

Em contraposição, o paradigma que orienta a natureza do processo político para os republicanos é o do diálogo. Para a formação política da opinião e da vontade, obedece-se às estruturas próprias da comunicação orientada ao entendimento. O poder comunicativo e o administrativo constituem estruturas diferenciadas, sendo que o primeiro resulta das opiniões majoritárias formadas no âmbito discursivo, e o segundo enquanto disposição do aparato estatal. Nessa concepção, os partidos e atores que buscam as posições de poder precisam respeitar as regras do discurso e o sentido próprio da política. O acesso a essas posições, dessa forma, é legitimado pela discussão e conflito da arena política, sendo que o poder administrativo só pode ser designado com uma dupla limitação: a própria política e as leis, que emergem do processo democrático (HABERMAS, 2018, p. 405-406).

No mesmo sentido, destaca Catherine Colliot-Thélène (2012) que Habermas prefere tratar das instituições em termos de “formação da vontade política”, sugerindo a relação intrínseca entre Estado e sociedade. Essa expressão, segundo a autora “implica, ao mesmo tempo, que a política se realiza em última análise nas decisões, aquelas do corpo legislativo e dos governos, e que estas decisões devem ser o resultado de um procedimento suscetível de ser aceito por todos aquele que a elas dizem respeito.” (COLLIOT-THÉLÈNE, 2012, p. 501).

Retomamos agora a problematização destacada anteriormente, no capítulo segundo, de Ramos (2011) que, na esteira de Pettit (2004), menciona três condições que legitimam, ou permitem, entender a liberdade como não-dominação. Com o propósito de responder a essa ideia, discutimos agora esses pontos à luz da teoria habermasiana.

Pois bem, a vida plena pela participação política, como primeira condição, é elemento coletivo por excelência. A participação política tem por pressuposto a comunicação e o entendimento. Não há embate e discussão na esfera pública sem a relação intersubjetiva e a assunção, prévia, de uma liberdade expressa nos atos de fala. Portanto, esse primeiro elemento exige uma prévia compreensão de liberdade, exercida sim antes do embate político.

Quanto à segunda condição, o autogoverno político dos cidadãos, reside também inevitavelmente no sentimento coletivo e de participação da comunidade política. A construção do sistema jurídico, em uma sociedade, está intrinsecamente ligada à capacidade livre de comunicação dos cidadãos, que constituem, dentro de suas liberdades, a comunidade institucional voltada ao bem coletivo.

Por fim, a terceira condição preconiza a vigilância através da atitude cívica, a fim de assegurar a não-ingerência estatal. Não há que se falar em cidadania ativa sem antes assumir a

necessidade de uma construção coletiva intersubjetiva e de indivíduos dotados de socialização e elementos sociáveis. A característica do homem comunicativo é anterior à própria noção de cidadão vigilante.

A tentativa aqui de resposta à análise republicana neorromana não é no sentido de descaracterizar os elementos identificados na liberdade, mas sim de sugerir que esses elementos são, em verdade, produto da noção de uma liberdade comunicativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em termos de conclusão, passamos aos principais pontos do artigo, a começar pela demonstração da insuficiência das duas concepções clássicas, liberal e republicana. A concepção do individual, daquilo que constitui o ‘eu’, não mais será retirado, pelo senso que a modernidade já construiu, e essa é a grande contribuição dada pela vertente liberal. No entanto, essa liberdade não é infinita, ela encontra limites determinados pela lei, de acordo com as construções culturais e principiológicas de cada sociedade. A visão estritamente liberal da liberdade negativa não pode seguir diante do grave processo de despolitização que tem demonstrado carregar consigo. Mas isso não retira, reiteramos, o fato de que a conquista liberal do pluralismo ético e da liberdade negativa não pode ser abandonada.

Em que pese concordarmos com ambos, liberais e republicanos neorromanos, do fato de que a liberdade negativa é a qualidade definitiva dos modernos, sendo impensável sua abolição, entendemos que ambas perspectivas não atendem a uma resposta satisfatória contra as crises da modernidade – se pelo viés liberal, o processo de despolitização dos cidadãos, se pelo viés republicano, a não garantia dos direitos e proteções individuais. Concluimos também, portanto, que nem mesmo a reformulação da tradição republicana, em um novo republicanismo, responde satisfatoriamente à proteção das garantias individuais, pela não-ingerência.

As condições propostas pressupõem, necessariamente, a disposição da razão comunicativa, a assunção de que o homem é um ser comunicativo e socializável por natureza, buscando sempre o entendimento, e que a vivência comunitária e coletiva leva as relações intersubjetivas a determinarem o homem em suas diversas áreas, dado pelas diversas possibilidades conduzidas pela liberdade comunicativa. No modelo liberal, a proteção dos direitos individuais exige a constituição dos homens em um Estado de garantias, já do lado republicano, a participação dos cidadãos na vida pública é sua própria liberdade, todavia, vimos que em ambas as ideias se pressupõe a integração dos homens, a ação voltada ao entendimento e, nesse sentido, pressupõe a liberdade dos atos de fala antes de qualquer outra.

Portanto, a liberdade comunicativa – que constitui a capacidade dos indivíduos de se expressar em conversa, diálogo ou debate, para um ou mais sujeitos, visando o entendimento, sem absolutamente nenhum tipo de restrição, impedimento ou coação, salvo a do melhor argumento – representa, a nosso ver, a única possibilidade viável de entender a liberdade em sua totalidade, de modo a abranger a completude das significações humanas. É a única opção capaz de resguardar as

garantias individuais, pela não-ingerência, e a participação e envolvimento político dos cidadãos, pela não-dominação.

Temos assim, que a liberdade comunicativa constitui elemento central da teoria do agir comunicativo, sendo necessária essa interpretação da liberdade, enquanto um agir intersubjetivo, para que atenda aos requisitos clamados da independência individual, bem como da necessária atuação e engajamento político-social nas questões de interesse público. Ou seja, somente através de uma aceitação comunicativa de liberdade é que se pode exercer o agir comunicativo em sua plenitude. Habermas, nesse sentido, ao lado de outros autores, torna-se um importante guia de leitura.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO. **O livre-arbítrio**. Tradução de Nair de Assis Oliveira. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1995.
- BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. *In*: BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002
- BERTELLONI, Francisco. Ethica, Oeconomica, Politica: la división tripartita de La Philosophia Practica como instrumento de análisis de fenómenos y teorías sociopolíticas. *In*: BENOIT, Hector; FUNARI, Pedro Paulo A. Ética e política no mundo antigo. Campinas, SP: UNICAMP: IFCH, 2001. (Coleção Ideias, p. 29-44).
- BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri, SP: Manole, 2005.
- COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. Filosofia política: poder e democracia. *In*: PRADEAU, Jean-François. **História da filosofia**. Tradução de James Bastos Arêas e Noéli Correia de Melo Sobrinho. 2. ed. Petrópolis: Vozes; Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2012.
- CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *In*: MONTEIRO, João Paulo *et al.* **Filosofia política 2**. Porto Alegre: L&PM Editores, 1985. (UNICAMP/UFRGS – com apoio do CNPQ).
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Traduzido por Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018. Cap. 9, p. 397-418.
- HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2013.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1980.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995.
- LENZA, Pedro (coord.). **OAB esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LIMONGI, Maria I. M. P. Os contratualistas. *In*: RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO, Rúrion; FRATESCHI, Yara. (coord.). **Manual de filosofia política**: para cursos de teoria do Estado e Ciência Política, Filosofia e Ciências Sociais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARCONDES, Danilo. Duas concepções de análise na filosofia analítica. *In*: MARCONDES, Danilo. **Linguagem e construção do pensamento**. São Paulo: Casa do psicólogo, 2006.

PETTIT, Philip. Liberalismo y republicanismo. *In*: OVEJERO, Félix; MARTÍ, José Luis; GARGARELLA, Roberto. **Nuevas ideas republicanas**: autogobierno y libertad. Barcelona: Paidós, 2004. p. 115-135.

PINZANI, Alessandro. **Habermas**. Porto Alegre: Artmed, 2009.

RAMOS, Cesar Augusto. O modelo liberal e republicano de liberdade: uma escolha disjuntiva? **Transformação**, Marília, v. 34, n 1, p. 43-66, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Abril, 1973. Livro I, cap. VI.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Sobre o conceito de liberdade comunicativa. **RBDC**, São Paulo, n. 17, jan./jun. 2011. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-341-Artigo_Flavio_Beno_Siebeneichler_\(Sobre_o_Conceito_de_Liberdade_Comunicativa\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-341-Artigo_Flavio_Beno_Siebeneichler_(Sobre_o_Conceito_de_Liberdade_Comunicativa).pdf). Acesso em: 10 dez. 2018.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Escritos de filosofia II**: ética e cultura. São Paulo: Loyola, 1988.

VEGETTI, Mario. **A ética dos antigos**. Tradução de José Bortolini. São Paulo: Paulus, 2014.

Como citar: MARTINS, Luiz Gustavo Campana; BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. Resgate histórico-filosófico dos conceitos de liberdade: A construção da liberdade comunicativa. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 150-167, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p. 150. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 18.10.2019

Aprovado em: 04.11.2019

**RELAÇÕES DE CONSUMO E SERVIÇOS PÚBLICOS: A
FIGURA DO ESTADO CONSUMIDOR**

CONSUMER RELATIONS AND PUBLIC SERVICES: THE FIGURE
OF THE STATE AS A CONSUMER

Caroline Belletti*
Antônio Carlos Efig**

*Mestre pela PUC/PR.
Especialista em Direito
Constitucional pela Universidade
Anhanguera/UNIDERP.
Especialista em Direito do
Trabalho pela AMATRA 12
em convênio com a UNIVALI.
Advogada.
E-mail: carolinebelletti@yahoo.
com.br

** Mestre e Doutor pela PUCSP;
professor titular da PUCPR
(Curitiba, PR-Brasil) onde leciona
na graduação, especializações,
mestrado e doutorado; professor
da Escola da Magistratura do
Paraná; membro do Instituto dos
Advogados do Paraná; Advogado
militante em Curitiba.
E-mail: ace@eradv.com.br

Como citar: BELLETTI, Caroline; EFING, Antonio Carlos. Relações de consumo e serviços públicos: a figura do estado consumidor. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 168-183, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p. 168. ISSN: 1980-511X

Resumo: O presente estudo busca apresentar o conceito de serviços públicos, de consumidor e de fornecedor a fim de discorrer acerca da possibilidade de aplicação do diploma consumerista na prestação dos serviços públicos e na figura do Estado como consumidor. Para isso, utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica para instrumentalizar o presente artigo científico, através da base lógica indutiva para relatar os resultados do trabalho.

Palavras-chave: Relações de consumo. Serviços públicos. Estado consumidor.

Abstract: This study explores the concept of public services – both in consumer and supplier aspects – in order to better discuss the possibility of applying the consumer law in the provision of public services and in the figure of the State as a consumer. For this purpose, this paper utilized literature review and the inductive logical model in order to discuss the results of this work.

Keywords: Consumer relations. Public services. State consumer.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo a discussão doutrinária sobre a incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor quando da prestação de serviços públicos por parte do Estado e a aplicação destas normas consumeristas quando o Estado atua como consumidor.

O interesse nessa pesquisa surgiu pela leitura de diversas obras de Direito Administrativo, Direito do Consumidor, jurisprudência de diversos tribunais brasileiros acerca do tema e, inclusive, pela leitura do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor que traz o conceito de fornecedor.

Em que pese várias consequências jurídicas advirem da aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor na prestação dos serviços públicos, observa-se que este assunto ainda é controverso. Ao passo que o artigo 2º e 3º do CDC trazem, respectivamente, que “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” e que “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, **pública** ou privada” (BRASIL, 2014a), entende-se que o Estado, então, poderia ser enquadrado nas duas categorias, aplicando-se contra e a seu favor as normas previstas neste Código. Por outro lado, o artigo 22 do mesmo *Codex* traz que:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código (BRASIL, 2014a, p. x).

Ou seja, apenas os serviços públicos que atendam usuários determináveis (*uti singuli*) e que tenham incidência das taxas que trata o artigo 145, inciso II, da Constituição Federal é que poderiam ser objeto do CDC. Quanto aos demais serviços (*“uti universi”*), não haveria incidência das normas consumeristas (AGUILLAR, 2010).

Assim, a solução para o caso concreto geralmente é alcançada pelo suporte dado pelos doutrinadores e pelo entendimento dos tribunais, fontes que serão estudadas nesse artigo para análise do tema.

Para isso, a presente pesquisa parte da seguinte problemática: Há possibilidade de incidência das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor na prestação de serviços públicos? Nesse contexto, existem hipóteses em que o próprio Estado poderia ser considerado como consumidor ou ele atua sempre como fornecedor?

O presente estudo utiliza como método na fase investigatória, a base lógica Indutiva¹,

além das Técnicas do Referente², da Categoria³, do Conceito Operacional⁴ e da Pesquisa Bibliográfica⁵.

SERVIÇOS PÚBLICOS

Os elementos constitutivos da figura do Estado são apontados pela doutrina em geral como três, sendo eles o povo, o governo e o território. Dentro dessa estrutura, o governo se legitima através do povo e este, por sua vez, necessita do poder de organização do governo para a convivência pacífica da sociedade (FERREIRA FILHO, 2011, p. 75).

Cada integrante do povo necessita de determinadas comodidades e utilidades que podem ser atendidas por meios e recursos que cada um dos membros da comunidade possui ou, algumas, só podem ser satisfeitas através de atividades a cargo da Administração Pública, surgindo assim a necessidade de prestação dos chamados serviços públicos pela Administração.

Diogenes Gasparini aponta que o termo serviço público comporta, pelo menos, três sentidos: o orgânico, o material e o formal (GASPARINI, 2012, p. 349).

No sentido orgânico, que também é chamado pelo doutrinador de subjetivo, o serviço público poderia ser conceituado como o conjunto de órgãos, agentes e recursos da Administração Pública que se destinam à satisfação das necessidades dos administrados (GASPARINI, 2012, p. 349).

Partindo-se do enfoque material, também chamado de objetivo, o serviço público teria como definição uma função, uma tarefa ou uma atividade da Administração Pública destinada a satisfazer necessidades de interesse geral dos administrados (GASPARINI, 2012, p. 349).

Por fim, para o sentido formal, serviço público seria a atividade desempenhada pelo Poder Público ou seus delegados, sob regras exorbitantes do Direito Comum, para satisfação dos interesses dos administrados. Seria, então, a submissão de certa atividade a um regime de Direito Público (GASPARINI, 2012, p. 349).

Ocorre que com o passar do tempo e o aumento da população mundial em geral, o Estado passou a carecer de instrumentos suficientes para a realização adequada da vasta gama de serviços públicos necessários ao bom atendimento da comunidade (DI PIETRO, 2015, p. 139).

Ao longo do tempo, o instituto do serviço público tem experimentado seguidas crises. Nos últimos anos, chegou a se proclamar sua morte. Analisando a questão, Marçal Justen Filho (2015, p. 742) destaca que a concepção de crise deve ser entendida como a necessidade de adequação do instituto às circunstâncias sociais e econômicas.

Assim, o Estado passou a delegar a execução de determinadas tarefas a particulares, por meio de contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado instituídas para tal fim, como empresas públicas e sociedades de

2 “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, 2008, p. 53).

3 “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” (PASOLD, 2008, p. 25).

4 “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. (PASOLD, 2008, p. 37).

economia mista, visando a execução de tais atividades sob regime jurídico predominantemente privado (DI PIETRO, 2015, p. 139).

Todavia, com o advento de ramo específico do Direito para a tutela e garantia dos direitos do consumidor, surge a problemática em relação à inclusão ou não dos serviços públicos dentro da esfera de proteção do diploma consumerista (Lei n.º 8.078/90) e, nesse mesmo sentido, da possibilidade da figura do Estado ser vista como consumidora em determinadas relações jurídicas (BRASIL, 1990).

Antes de adentrar mais aprofundadamente na discussão específica acerca do tema, faz-se necessário esclarecer os princípios que devem nortear a prestação dos serviços públicos e o conceito de consumidor, definições pertinentes para abordagem da problemática.

1.1 Princípios Que Norteiam A Prestação Dos Serviços Públicos

Sendo voltados aos membros da coletividade, os serviços públicos a cargo do Estado ou de seus delegados devem obedecer a certos padrões compatíveis com o prestador, os destinatários e o regime a que se sujeitam (CARVALHO FILHO, 2015, p. 342).

Segundo Carvalho Filho (2015, p. 342), cada tipo de serviço público deve seguir determinados aspectos particulares. Todavia, existem alguns vetores, que são de caráter genérico e, portanto, devem estar presentes na prestação de todas as modalidades de serviços públicos. Seriam, pois, esses aspectos genéricos os chamados princípios norteadores da prestação dos serviços públicos.

A doutrina em geral costuma apontar como princípios básicos determinadores dos serviços públicos a regularidade, a continuidade, a eficiência, a segurança, a atualidade, a generalidade, a cortesia e a modicidade (CARVALHO FILHO, 2015, p. 342).

Nesse mesmo sentido, a Lei n.º 8.987/1995 (BRASIL, 1995) que regulamenta o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal caracteriza o serviço adequado nos seguintes termos: “Art. 6º, § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.” (BRASIL, 2014b).

Por sua vez, o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor⁶ também prevê que os órgãos públicos são obrigados a fornecer serviços que atendam a determinados quesitos.

2 O CONCEITO DE CONSUMIDOR

O consumo é parte indissociável do cotidiano do ser humano. Destaca João Batista de Almeida (2009, p. 1) ser verdadeira a afirmação de que todos nós somos consumidores. Independentemente da classe social e da faixa de renda, consumimos desde o nascimento e em

⁶ Art. 22 Os órgãos públicos, por si ou suas empresas concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços, adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos (BRASIL, 2014a).

todos os períodos de nossa existência por motivos variados, que vão desde a necessidade de sobrevivência até o consumo por simples desejo, o consumo pelo consumo.

Destaca a doutrinadora Cláudia Lima Marques que o vocábulo “consumidor” foi reconhecido pelo direito recentemente, mais especificamente nas décadas 60-70 do século XX, antes disso era tratado simplesmente como “contratante”, “cliente” ou “comprador”. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p. 29).

Segundo Benjamin, Marques ou Bessa (2012, p. 29) o chamado direito do consumidor é um ramo novo do direito, uma disciplina transversal entre o direito privado e o direito público, que visa proteger um sujeito de direitos, o consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor, um profissional, empresário ou comerciante.

De forma objetiva e direta o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 2º, conceitua consumidor como:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (BRASIL, 2014a, p. x).

Fazendo uma análise mais aprofundada acerca do conceito de consumidor, José Geraldo Brito Filomeno (2010, p. 18) traz três acepções diferentes para o termo levando em conta o aspecto econômico, o psicológico e o sociológico.

Sob o ponto de vista econômico, consumidor seria todo sujeito que atua como destinatário da produção de bens, mesmo que não seja adquirente da referida produção e seja ou não também produtor de outros bens (FILOMENO, 2010, p. 18).

Já pelo sentido psicológico do termo, consumidor é conceituado por Filomeno como o indivíduo sobre o qual se estudam as reações a fim de individualizar os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo. Nesse norte, procura se preocupar com as circunstâncias subjetivas que levam determinado indivíduo ou grupo de indivíduos a ter preferência por determinado tipo de produto ou serviço, adentrando e analisando também a ciência do *marketing* e da publicidade, inclusive os devastadores efeitos dessa quando enganosa ou tendenciosa (FILOMENO, 2010, p. 18).

Por fim, o sentido sociológico conceituaria consumidor como qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços, mas pertencente a uma determinada categoria ou classe social (FILOMENO, 2010, p. 18).

Ainda, há três teorias principais que definem quem pode ser considerado como consumidor, a finalista, a maximalista e o finalista aprofundado. A primeira, respectivamente, tem um visão mais restrita de quem pode ser enquadrado como consumidor, sendo somente o destinatário final fático e econômico, aqueles não-profissionais, não-especialistas, excluindo, até mesmo, em

alguns casos, a pessoa jurídica. Já a maximalista, como o próprio nome já traz, tem uma maior abrangência e identifica como consumidor o destinatário fático do produto ou serviço, ainda que não o seja necessariamente seu destinatário econômico. De acordo com esta corrente, o Estado poderia ser considerado consumidor quando compra produtos para uso próprio em suas atividades administrativas. Por fim, a teoria do finalismo aprofundado, também chamada de mitigada, é aquela que entende o critério da vulnerabilidade como característica essencial do consumidor, sem ela, descaracteriza-se a figura do consumidor. Tal corrente é a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro (MIRAGEM, 2008, p. 86-92).

Aponta Rizzatto Nunes (2015, p. 65) que nas relações contratuais, no direito civil, pressupõe-se que aqueles que querem contratar sentam-se à mesa em igualdade de condições e transmitem o elemento volitivo de dentro para fora, transformando em dado objetivo num pedaço de papel. Todavia, destaca o doutrinador que isso não acontece nas relações de consumo, onde é evidente a hipossuficiência do consumidor e a desigualdade de condições.

Inclusive nesse sentido destaca Antônio Carlos Efing (2000, p. 22) que nas relações de consumo o consumidor deveria ser visto a partir da figura do “homem mínimo”, e não médio, tendo em vista a sua hipossuficiência e vulnerabilidade.

O consenso internacional em relação à vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo representou fator importante para o surgimento da tutela no nível de cada país. O reconhecimento de que o consumidor estava desprotegido em termos educacionais, informativos, materiais e legislativos determinou maior atenção para o problema e o aparecimento de legislação protetiva em vários países (ALMEIDA, 2009, p. 4).

Então, a partir desse consenso e visando o bem-estar da sociedade e das relações humanas, como bem assevera Efing (2000, p. 22), passou a ser consagrada a proteção ao consumidor e a preocupação com os acidentes advindos do uso de produtos e serviços e, por consequência, com a qualidade destes produtos e serviços, bem como a sua proteção no mercado de consumo contra práticas abusivas e no campo da proteção contratual.

No texto constitucional brasileiro a defesa do consumidor está prevista como um dos princípios gerais da atividade econômica, no art. 170, inciso V. A Carta Magna ainda impõe ao Estado o dever de promover tal defesa, em seu art. 5º, inciso XXXII. Visando dar efetividade às referidas disposições constitucionais, é editada em 1990 a Lei nº 8.078/90 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Benjamin, Marques e Bessa (2012, p. 58) define o Código de Defesa do Consumidor como uma lei de função social, que traz normas de direito privado, mas de ordem pública, e normas de direito público. É também lei de ordem pública econômica e lei de interesse social. Constitui, assim, um microssistema, como costuma chamar a maioria da doutrina, que busca dar efetividade à proteção do consumidor (parte hipossuficiente da relação jurídica) prevista na Constituição Federal de 1988.

Para interpretar adequadamente o Código de Defesa do Consumidor é preciso ter em mente que as relações jurídicas estabelecidas são atreladas ao sistema de produção massificado, o que faz

com que se deva privilegiar o coletivo e o difuso, bem como que se leve em consideração que as relações jurídicas são fixadas de antemão e unilateralmente por uma das partes – o fornecedor -, vinculando de uma só vez milhares de consumidores, conforme alerta Nunes (2015, p. 65).

Antes de aplicar a lei consumerista ao caso concreto e de efetivar a proteção que o diploma outorga ao consumidor, é de suma importância a certeza de que a relação jurídica é de consumo. Em se tratando de contratos entre particulares a questão não envolve maiores discussões. Todavia, a questão pode não ser tão simples nos contratos entre particulares e o ente estatal. Nesse contexto, busca-se a seguir investigar a possibilidade de aplicação desse microsistema de proteção do consumidor na prestação de serviços públicos.

3 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Para a eficaz proteção do consumidor é essencial que o intérprete, o juiz ou o aplicador da lei saiba com exatidão se a situação que lhe é apresentada consiste em relação de consumo e se cabível a incidência do Código de Defesa do Consumidor no caso concreto. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p. 85).

Nesse sentido, coloca Benjamin, Marques e Bessa (2012, p. 85) que o grande desafio do intérprete e aplicador do CDC, como código que regula uma relação jurídica entre privados, é saber diferenciar e saber identificar quem é comerciante, quem é civil, quem é consumidor, quem é fornecedor, quem faz parte da cadeia de produção e de distribuição, quem retira o bem do mercado como destinatário final e quem é equiparado a este, seja porque é uma coletividade que intervém na relação, porque é vítima de um acidente de consumo ou porque foi quem criou o risco no mercado.

Assim, Benjamin, Marques e Bessa (2012, p. 85) conclui que no caso do CDC é este exercício, de definir quem é o sujeito ou quem são os sujeitos da relação contratual e extracontratual, que vai definir o campo de aplicação desta lei, isto é, a que relações ela se aplica.

Visando nortear o campo de aplicação do diploma legal, o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor estabelece que fornecedor é:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 2014a, p. x).

No que diz respeito aos serviços públicos, segundo Gasparini (2012, p. 367), sempre que a Administração Pública, em qualquer de suas manifestações (federal, estadual, distrital e municipal), figurar como fornecedora, submete-se integralmente às disposições do diploma consumerista.

Também aponta Rizzatto Nunes (2015, p. 198) que estão compreendidos na ampla

regulação da lei consumerista os serviços públicos, sem ressalvas. Afirma ainda que se se levar em consideração que as duas exceções para a não abrangência do CDC no que diz respeito aos serviços públicos (sem efetiva remuneração e custo; os de caráter trabalhista), ter-se-á de concluir que praticamente todos os serviços públicos estão protegidos pela Lei nº 8.078/90.

Segundo Nunes (2015, p. 198) não é porque algum tipo de serviço público não esteja sendo pago diretamente – ou nem sequer esteja sendo cobrado – que não está abrangido pelas regras do CDC. Alega ainda que nenhum serviço pode ser considerado efetivamente gratuito, já que todos são criados, mantidos e oferecidos a partir da receita advinda da arrecadação dos tributos.

O mesmo entendimento é compartilhado por Almeida (2009, p. 324) que afirma que em um país como o Brasil, em que 62,3 milhões de habitantes encontram-se abaixo da linha de pobreza, apresenta-se mais evidente a importância do Estado no papel de promotor do bem-estar da população e de responsável pela melhoria da qualidade de vida.

Fato é que o Estado, na sua função de proporcionar o bem-estar da população, é um grande prestador de serviços, alguns deles básicos ou essenciais, como saúde, educação, transporte, habitação, segurança pública, saneamento básico, água, esgoto e comunicação (ALMEIDA, 2009, p. 324).

No mesmo norte Renato Afonso Gonçalves (2014, p. 75) afirma que o Estado caracteriza-se por ser um dos principais fornecedores no mercado de consumo. Assim, os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos, podendo se valer o usuário dos referidos serviços das normas previstas no diploma consumerista quando não forem prestados da forma como deveriam, isto é, quando não preencherem os requisitos mínimos previstos em lei.

No entanto, alguns doutrinadores como Marques (2002, p. 485) e Filomeno (2001, p. 44) excluem da incidência do Código de Defesa do Consumidor os serviços custeados pelos impostos, em relação aos quais não há pagamento direto e imediato por parte do usuário. Assim, preveem a incidência do CDC aos serviços públicos, mas com algumas ressalvas.

Há de se destacar ainda que existem entendimentos minoritários, como o de Adalberto Pasqualoto (1992, p. 130-148) que entende que a disciplina dos serviços públicos em relação ao consumidor exaure-se na descrição do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, sendo que os demais dispositivos da norma devem ser interpretados como diretriz administrativa, donde se poderia concluir que não possuem efeito vinculante, mas apenas atuam como norte para a interpretação das normas específicas, com incidência direta sobre a prestação de tais serviços. Todavia, esse entendimento não parece predominar na doutrina, tampouco na jurisprudência dos tribunais.

Sob o ponto de vista dos julgadores, que aplicam o direito ao caso concreto, destaca Tani Maria Wurster (2015), juíza federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que o próprio Código de Defesa do Consumidor, pretendendo dar concretude às normas constitucionais, determinou expressamente a incidência do sistema de proteção especial previsto na Lei nº 8.078/90

à prestação dos serviços públicos. Segundo a juíza, tal conclusão é possível não só pela análise das normas já referenciadas, como dos próprios conceitos de consumidor, fornecedor, produto e serviço fixados no código consumerista.

Nessa mesma linha, oportuno citar a decisão proferida nos autos 0007208-19.2014.8.16.0165/0⁷, em 06/07/2015, pela 1ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, onde a Recorrente, empresa que possui a concessão de rodovia pedagiada, pleiteava eximir-se da condenação ao pagamento de indenização referente aos danos materiais ocorridos no veículo do usuário, advindos de acidente de trânsito.

Segundo a 1ª Turma Recursal, o caso em questão trata-se de típica relação de consumo, nos termos dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, sendo conferida ao usuário da rodovia a possibilidade de invocar o diploma consumerista para facilitação dos seus direitos. Além disso, a turma destacou a obrigação das concessionárias de serviço público em fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos consumidores.

Também se destaca a decisão proferida nos autos 70053980587⁸, em 06/08/2014, pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, onde a Recorrente, companhia fornecedora de água, buscava reformar a sentença de primeiro grau que não reconheceu devida a cobrança de multa por violação do hidrômetro, alegando ser válida a cobrança apenas quando a

7 Acórdão: ACIDENTE EM RODOVIA PEDAGIADA. TRATA-SE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO EM RODOVIA PEDAGIADA EM QUE O VEÍCULO DO RECLAMANTE COLIDIU COM ANIMAL NA PISTA. ALEGA QUE A COLISÃO RESULTOU EM AVARIAS EM SEU VEÍCULO SOBREVEIO SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE CONDENOU AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS NO IMPORTE DE R\$ 5.715,93. INSURGÊNCIA RECURSAL DA RECLAMADA. PUGNA PELO AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA, ALEGA EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CONSISTENTE NA FORÇA MAIOR E CULPA DE TERCEIRO E AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO. A MATÉRIA TRATADA NOS AUTOS REFERE-SE A UMA TÍPICA RELAÇÃO DE CONSUMO, NOS TERMOS DOS ARTIGOS 2º E 3º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, SENDO CONFERIDO AO CONSUMIDOR A FACILITAÇÃO DA DEFESA DOS SEUS DIREITOS, NOS TERMOS DO ART. 6º, INCISO VIII, DO CDC. AINDA, A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA RECORRENTE É PAUTADA NOS TERMOS DO ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ALÉM DISSO, O ART. 22 DO CDC ESTABELECE QUE AS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO SÃO OBRIGADAS A FORNECER SERVIÇOS ADEQUADOS, EFICIENTES E SEGUROS AOS CONSUMIDORES. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO 8.4 DAS TRS/PR, NAS RELAÇÕES DE CONSUMO, A RESPONSABILIDADE DOS CONCESSIONÁRIOS DE SERVIÇO PÚBLICO É OBJETIVA, MESMO QUANDO FUNDADA EM ATO OMISSIVO. PORTANTO, É OBRIGAÇÃO DA EMPRESA RECORRENTE DESEMPENHAR DILIGÊNCIA SUFICIENTE E CAPAZ DE EVITAR QUE ANIMAIS ADENTREM NA PISTA SOB SUA ADMINISTRAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR CONSUBSTANCIADO PELO ENUNCIADO 5.1 DAS TRS/PR: A RESPONSABILIDADE DAS CONCESSIONÁRIAS DE PEDÁGIO É OBJETIVA, (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0007208-19.2014.8.16.0165/0 - Telêmaco Borba - Rel.: Fernando Swain Ganem - - J. 06.07.2015) (TJ-PR - RI: 000720819201481601650 PR 0007208-19.2014.8.16.0165/0 (Acórdão), Relator: Fernando Swain Ganem, Data de Julgamento: 06/07/2015, 1ª Turma Recursal, Data de Publicação: 09/07/2015). (PARANÁ, 2015).

8 Acórdão: APELAÇÃO CÍVEL - CORSAN - FORNECIMENTO DE ÁGUA - PROBLEMA NO HIDRÔMETRO - APLICAÇÃO DE MULTA - ÔNUS DA PROVA - QUESTÃO DE FUNDO. 1. Ônus da prova. Na relação de consumo, vigora como regra a responsabilidade objetiva do fornecedor, tanto na relação de consumo comum quanto especial envolvendo os serviços públicos (CDC, art. 12; CF, art. 37, § 6º). Só vigora a subjetiva no caso de fornecedor profissional liberal (CDC, art. 14, § 4º). Neste caso, o juiz pode inverter o ônus da prova (inversão *ope judici*), desde que demonstrada a situação de hipossuficiência face ao fornecedor e a verossimilhança da alegação (CDC, art. 6º, VIII). Na responsabilidade objetiva, o ônus da prova se acha naturalmente invertido para o consumidor (inversão *ope legis*). 2. Questão de fundo. Cobrança de multa por violação do hidrômetro. Só é válida a cobrança de multa por violação de hidrômetro quando a retirada ocorre na presença do consumidor, com lavratura de Termo de Ocorrência de Inspeção ou Auto de Constatação, colhendo-se sua assinatura, ou certificando-se em caso de negativa. Não é válida a imposição de multa quando o agente não documenta adequadamente a ocorrência. Precedentes. 3. Dispositivo. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70053980587, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 06/08/2014) (TJ-RS - AC: 70053980587 RS, Relator: Irineu Mariani, Data de Julgamento: 06/08/2014, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/08/2014). (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

retirada do aparelho ocorre na presença do consumidor, com lavratura de termo de ocorrência de inspeção ou auto de constatação. No caso em questão, também reconheceu a 1ª Câmara Cível a incidência do CDC naquele caso concreto.

Percebe-se, pois, que vasto é o arcabouço doutrinário e jurisprudencial, no qual o Estado é destacado como um fornecedor, estando obrigado à prestação de serviços que devem atender padrões peculiares previstos em lei. Para resguardar seus direitos, é predominante o entendimento de que o usuário dos serviços públicos pode se socorrer do Código de Defesa do Consumidor quando entender que a prestação do serviço público não foi regularmente desempenhada.

Agora, cumpre analisar se existe possibilidade do Estado figurar na relação jurídica assumindo *status* de consumidor e quais as consequências jurídicas advindas.

4 A FIGURA DO ESTADO CONSUMIDOR

Aponta Flávio Amaral Garcia (2006, p. 50) que para uma parte dos doutrinadores, o ente estatal não poderia ser inserido no conceito de consumidor devido a duas razões mais especificamente: a primeira seria o fato de que, para que a pessoa possa ser considerada como consumidora, deve estar em situação de vulnerabilidade diante do fornecedor, ou seja, deve haver um desequilíbrio contratual. E, sendo assim, o Estado não poderia ser considerado vulnerável uma vez que detém de regime jurídico próprio para suas contratações, o qual busca tutelar o interesse da administração.

O segundo motivo estaria relacionado ao fato de que, diante do regime jurídico peculiar, o Estado tem a possibilidade de definir o tipo de prestação a ser adquirida e executada pelo particular, podendo previamente estipular as condições contratuais e descrever minuciosamente o objeto.

Tal posicionamento parece ser o mesmo do Superior Tribunal quando se analisa o AREsp 1041728, recurso pelo qual o policial militar buscava por indenização por parte da fabricante de armamentos, alegando que a arma de fogo que utilizava nas suas funções de policial havia sido disparada acidentalmente pelo mau funcionamento ou defeito de fabricação da pistola. O Relator do caso, Ministro Moura Ribeiro, assim decidiu:

O acórdão recorrido decidiu em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior, que, apesar de adotar a Teoria Finalista Mitigada, Abrandada ou Aprofundada como critério de aplicação da legislação consumerista, se orienta no sentido de que o ente estatal ocupa posição de supremacia em virtude do interesse público, sendo despedido das características de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor que poderiam enquadrá-lo como consumidor, conforme o seguinte precedente (BRASIL, 2017).

Todavia, referido entendimento parece não ser o mais justo diante da complexidade de questões contratuais que podem deixar o Estado totalmente desprotegido na relação jurídica concreta.

Em relação ao tema José Geraldo Brito Filomeno (2010, p. 36), também já questionou a hipótese e destacou a seguinte situação que lhe ocorreu quando funcionava como procurador-geral de justiça do Estado de São Paulo (2000-2002):

De certa feita, na qualidade de Coordenador das Promotorias de Justiça do Consumidor, constatamos, ao pedirmos frascos de corretor líquido ao almoxarifado, que muitos sequer tinham o produto, e outros tinham uma pequena quantidade. Imediatamente, contatamos o diretor-administrativo do Ministério Público, que procurou fazer valer nossos direitos de consumidora, enquanto instituição pública. E a pergunta que fica no ar é a seguinte: já que o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor fala em pessoa jurídica, não poderia o Ministério público ou outro organismo público ser considerado consumidor de produtos e serviços? (FILOMENO, 2010, p. 36).

Leon Frejda Szklarowsky (1999), subprocurador-geral aposentado da Fazenda Nacional, manifestando-se acerca do tema (“O código de proteção e defesa do consumidor e os contratos administrativos”), onde destaca que, sem dúvida, o Código de Defesa do Consumidor também é aplicado, ainda na hipótese de contrato administrativo, quando a contratante é a administração, sendo ela consumidora ou usuária porque adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatária final.

Segundo Szklarowsky (1999), a lei não faz qualquer distinção entre as pessoas jurídicas que adquirem bens ou usufruem serviços. Sendo assim, não há por que negar a proteção dada pelo CDC ao Estado quando figura como consumidor, já que a estrutura estatal, seja atuando como consumidor ou usuária, nada mais é do que a própria sociedade representada ou organizada.

Assim, destaca que não se pode recusar à Administração Pública, quando for usuária ou consumidora, como destinatária final, a proteção legal do CDC, como a reparação de danos patrimoniais ou por defeitos relativos à prestação de serviços públicos (SZKLAROWSKY, 1999).

Ademais, não se pode mencionar que a Administração, apenas por gozar das benesses da lei especial a que se submetem os contratos administrativos, não necessita do agasalho do diploma consumerista. Isso porque, existem diversas outras situações que a lei específica dos contratos administrativos deixa de prever e então, evidente que a Administração não deve ficar ao desamparo, citando em sua obra o seguinte exemplo:

Tome-se, por exemplo, a prestação dos serviços de telefonia, fornecimento de gás, água e luz. Apregoar que a entendida privada ou pública, por ser parte da Administração, está afastada do manto protetor da Lei n. 8.078/90 é simplesmente absurdo e não se compatibiliza com o art. 2º do Código. Servindo-se a Administração, como qualquer particular, dos serviços prestados por concessionárias do serviço público, não tem cabimento sua exclusão da proteção legal, o que feriria, brutalmente, a Constituição, que agasalha todo consumidor, sem exclusão de quem quer que seja. Aliás, o art. 54 expressamente indica com precisão matemática que os contratos administrativos rege-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos

de direito público e de direito privado e, ainda, pela teoria geral dos contratos, num harmônica constelação (SZKLAROWSKY, 1999).

Nesse sentido também afirma Garcia (2006, p. 55) que não seria razoável criar-se a expectativa de que um órgão ou entidade pública, por mais bem aparelhado que seja, disponha de servidores e técnicos que conheçam profundamente todos os objetos a serem adquiridos.

Outro forte argumento utilizado por Garcia (2006, p. 55) é o de que, em que pese a Administração Pública ter a possibilidade de definir o objeto da licitação, ela não deixa de adquirir senão os bens, serviços e obras que estão disponíveis no mercado e que são também adquiridos por todos os demais consumidores comuns. Assim, essa possibilidade de o ente público requisitar o objeto não faz com que se adquiram bens e serviços diferentes do setor privado e nem torna o Estado imune dos riscos que acometem os demais consumidores.

Rizzatto Nunes (2015, p. 182) ao apresentar em sua obra o conceito difuso de consumidor, menciona que desde já e desde sempre todas as pessoas são consumidoras por estarem potencialmente expostas a toda e qualquer prática comercial. Sendo assim, não há que se falar na exclusão do ente estatal do conceito de consumidor e, conseqüentemente, pode o Estado valer-se da proteção prevista no diploma consumerista quando lesionado em suas contratações.

Por fim, há quem diga também que a vulnerabilidade pode se apresentar para a administração pública nas relações de consume desde que sua área de atuação tenha relação com a área consumerista. Assim, quando não é comum àquele determinado órgão público litigar na área do direito do consumidor, seria então considerado vulnerável juridicamente (SILVA, 2014).

O que se pode extrair dos posicionamentos é que o Estado, ao adquirir produtos e serviços, acaba atuando como um consumidor ou usuário como outro qualquer ao passo que os produtos e serviços que adquire e utiliza não são diferentes daqueles utilizados pelo restante dos consumidores.

Por outro lado, em que pese a Administração Pública gozar de tutela específica que é a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o referido diploma não exaure a vasta gama de relações jurídicas e conseqüências as quais está sujeita a Administração visto que muitas hipóteses não estão previstas na Lei nº 8.666/93.

Assim, considerando que em determinadas hipóteses o Estado atua como um usuário/consumidor como outro qualquer e que, por outro lado, a lei que rege as licitações e contratos administrativos não é capaz de abranger e tutelar a administração em todos os riscos aos quais está sujeita, sem dúvida que deve ser aceitável a invocação da tutela prevista no Código de Defesa do Consumidor para garantia de seus direitos e como forma de prevenção de abusos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para o desempenho das atividades do cotidiano, os membros da sociedade fazem uso de diversos serviços a fim de suprir suas necessidades básicas. Alguns desses serviços são fornecidos

pelos particulares, e outros são prestados pelo próprio ente estatal.

No âmbito da sociedade brasileira, o Estado é sem dúvida um grande prestador de serviços, muitos deles de caráter básico ou essencial, como saúde, educação, transporte, habitação, segurança pública, saneamento básico, água, esgoto e comunicação.

Por sua vez, aquele que utiliza os serviços públicos como destinatário final também é considerado um consumidor como outro qualquer, a teor do disposto no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor que traz o conceito de consumidor.

Assim, nessa relação jurídica que envolve o Estado como fornecedor de serviços e o administrado como usuário, observou-se pela análise doutrinária e jurisprudencial, a possibilidade de incidência do diploma consumerista para a tutela dos interesses dos administrados/usuários.

Ocorre que, com o passar do tempo, houve aumento considerável da população, fazendo com que o número excessivo de usuários impedisse uma prestação eficaz pelas mãos do Estado da vasta gama de serviços públicos necessários à sociedade.

Visando solucionar a chamada crise no serviço público, o ente estatal passou a se valer de diversos institutos como o da desestatização, o da privatização, o do consócio público e de outras formas de execução indireta de serviços públicos.

Ao passo que o Estado delega para terceiros a prestação dos serviços públicos, passa a confiar e a ficar à mercê de produtos e serviços que não são fornecidos por ele próprio, ou seja, o Estado também passa a atuar como consumidor/usuário desses serviços prestados por terceiros.

Nesse contexto, o presente artigo buscou investigar a possibilidade de o ente estatal figurar como consumidor em determinadas relações jurídicas e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para tutela dos direitos da Administração Pública nas relações dessa espécie.

Chegou-se à conclusão de que não se pode excluir a Administração do conceito de consumidor apenas pelo fato de existir lei especial disciplinando os contratos administrativos. Até porque, como visto, existem diversas outras situações que a lei específica dos contratos administrativos deixa de prever e então, evidente que Administração fica totalmente desprotegida se é impedida de se valer do diploma consumerista.

Viu-se, a partir da jurisprudência e doutrina analisada, que o conceito de consumidor deve abranger todas as pessoas que estão potencialmente expostas a toda e qualquer prática comercial. Sendo assim, o ente estatal não deve ser excluído do conceito de consumidor e também tem a possibilidade de invocar a proteção prevista no diploma consumerista quando lesionado em suas contratações.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando. Se individualizado, serviço poderá ser cobrado. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 jul. 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-jul-17/servico-publico-individualizado-incidir-taxa>. Acesso em: 18 fev. 2019.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Código de defesa do consumidor. *In*: VADEMECUM compacto. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014a.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *In*: VADEMECUM compacto. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014b.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm. Acesso em: 21 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial: AREsp 1041728 DF 2017/0006604-0**. Relator Min. Moura Ribeiro. Ação de indenização, disparo acidental de arma de fogo efetuado por policial com equipamento da corporação. Publicação DJ 22 mar. 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/442112759/agravo-em-recurso-especial-aresp-1041728-df-2017-0006604-0>. Acesso em: 18 fev. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimento bancários à luz do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos básicos do consumidor. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GARCIA, Flávio Amaral. O Estado como consumidor. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 6, n. 63, p. 50, maio 2006.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Renato Afonso. **Direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Método, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **RI 0007208-19.2014.8.16.0165 PR 0007208-19.2014.8.16.0165/0** (Acórdão). Relator: Fernando Swain Ganem, Data de Julgamento: 6 jul. 2015, 1ª Turma Recursal, Data de Publicação: 9 jul. 2015. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/207116693/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-recurso-inominado-ri-720819201481601650-pr-0007208-1920148160165-0-acordao>. Acesso em: 18 fev. 2019.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008

PASQUALOTO, Adalberto. Os serviços públicos no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 1, p. 130-148, jan./mar. 1992.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AC: 70053980587 RS**. Indenização por danos morais. Relator: Irineu Mariani, Data de Julgamento: 06/08/2014, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação DJ 18 ago. 2014. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/368914206/apelacao-civel-ac-70070101845-rs>. Acesso em: fev. 2019.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, André Pataro Myrrha de Paula e. A Administração Pública como consumidora e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 19, n. 3837, jan. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26309>. Acesso em: 25 jul. 2015.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os contratos administrativos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 4, n. 30, abr. 1999. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/470>. Acesso em: 23 jul. 2015.

WURSTER, Tani Maria. Os serviços públicos e Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 14, set. 2006. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19785-19786-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015.

Como citar: BELLETTI, Caroline; EFING, Antonio Carlos. Relações de consumo e serviços públicos: a figura do estado consumidor. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 168-183, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p. 168. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 26/06/2017

Aprovado em: 26/02/2019

A AMPLITUDE DO CONCEITO DE CIDADANIA PARA EFEITO DE PROPOSITURA DA AÇÃO POPULAR

THE EXTENT OF THE CONCEPT OF CITIZENSHIP REGARDING THE USE OF POPULAR ACTION LAWSUITS

José Antônio Remedio*
Gabriel Silva Aranjues **

*Pós-doutorando da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Professor de Graduação e Pós-graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo Aposentado. Advogado.
E-mail: jaremedio@yahoo.com.br

** Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Advogado. E-mail: ga_silva01@hotmail.com

Como citar: REMEDIO, José Antônio; ARANJUES, Gabriel Silva. A amplitude do conceito de cidadania para efeito de propositura da ação popular. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 184-200, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p. 184. ISSN: 1980-511X

Resumo: A pesquisa tem por objeto analisar o conceito de cidadania para fins de ajuizamento da ação popular. Como instrumento de controle da Administração Pública, a ação popular pode ser proposta por qualquer cidadão. A ação encontra-se prevista no inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal e está disciplinada pela Lei 4.717/65. O § 3º do artigo 1º da Lei 4.717/65 estatui que o autor precisa comprovar sua condição de cidadão para ajuizar a ação popular, por meio de seu título de eleitor ou de documento equivalente. A exigência prevista na Lei 4.717/65 restringe o conceito de cidadão, ao limitar o uso da ação popular exclusivamente às pessoas detentoras de direitos políticos demonstráveis através do título de eleitor ou de documento equivalente. Conclui a pesquisa que o conceito de cidadania abrange na atualidade não só os direitos políticos, mas também os direitos sociais e civis, motivo por que o termo cidadão, para fins de ajuizamento da ação popular, deve ser amplo, não se limitando aos contornos estabelecidos pela Lei 4.717/65, que nesse aspecto não foi recepcionada pela Constituição Federal. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com base em pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Ação popular. Amplitude do conceito de cidadania. Cidadania. Cidadão. Legitimidade ativa.

Abstract: The objective of this research is to analyze the concept of citizenship for the purpose of filing popular action lawsuits.

As an instrument of control of the Public Administration, the popular action lawsuit can be proposed by any citizen, which is legitimized by LXXIII of article 5 of the Brazilian Federal Constitution and is disciplined by Law n. 4717/65. Moreover, paragraph 3 of article 1 of Law n. 4717/65 states that the plaintiff must prove his status as a citizen in order to file the popular action lawsuit, by means of his voter registration or equivalent document. The requirement set forth by Law 4717/65 restricts the concept of citizen, by limiting its use exclusively to people with demonstrable political rights through their voter ID or equivalent documents. This study concludes that the concept of citizenship currently covers not only political rights, but also social and civil rights, which is why the term citizen, for purposes of filing the popular action lawsuit, must be broad, not limited to the contours established by Law 4.717/65, which in this aspect is not included in the Federal Constitution. This paper utilized the hypothetical-deductive method with literature review.

Keywords: Popular action lawsuit; Extent of the concept of citizenship; Citizenship; Citizen; Legal capacity to sue.

INTRODUÇÃO

A ação popular insere-se entre os instrumentos jurídicos de controle dos atos da Administração Pública. Prevista no inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, a ação pode ser proposta por qualquer cidadão, objetivando anular de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. No âmbito infraconstitucional, a ação popular está disciplinada pela Lei 4.717/65.

Todavia, embora identificando-se como importante instrumento de controle da Administração Pública, a Lei 4.717/65, ao vincular o uso da ação popular a questões eminentemente políticas, restringe o conceito de cidadania ao pleno gozo de direitos políticos, limitando assim os legitimados ativos para o exercício da ação.

Ou seja, ao disciplinar a legitimidade ativa para propositura da ação popular prevista na Constituição Federal como garantia fundamental, a Lei 4.717/65 criou uma limitação à defesa dos ideais democráticos que deveriam permear o instituto, pois, conforme disposto no § 3º do art. 1º da Lei 4.717/65, tem-se como cidadão, para fins de ajuizamento da ação, apenas o indivíduo que vota e pode ser votado, ou seja, o detentor de direitos políticos, elemento esse demonstrável através da apresentação de título de eleitor ou de documento equivalente.

Sob a ótica do Estado Democrático de Direito introduzido pela Constituição Federal de 1988, constata-se que a Lei 4.717/65 inibe a amplitude da garantia constitucional ao vincular o conceito de cidadania e de cidadão exclusivamente aos direitos políticos.

É bem verdade que a evolução contemporânea do Direito traduz os direitos políticos como uma ramificação do exercício da cidadania. Porém, tais expressões não são sinônimas, haja vista que os direitos sociais e civis também integram o novo e mais abrangente conceito de cidadania.

É necessário, pois, que a doutrina e a jurisprudência venham a acolher e a sedimentar a nova e ampla concepção de cidadania, em especial para efeito de legitimidade ativa para ajuizamento da ação popular.

O estudo tem por finalidade confrontar o entendimento majoritário da jurisprudência, que acata a definição limitativa dada ao conceito de cidadão pela Lei 4.717/65, com o texto expresso na Constituição Federal vigente, objetivando verificar se o § 3º do art. 1º da Lei 4.717/65 foi recepcionado pela Lei Maior.

Estruturalmente, realizar-se-á inicialmente uma abordagem histórica sobre a origem e evolução do conceito de cidadania, com ênfase à sua existência na Grécia e Roma antigas. A seguir, abordar-se-á a cidadania na Idade Média e Contemporânea. Na sequência, tratar-se-á da legitimidade ativa para propositura da ação popular no Brasil. Em seguida, proceder-se-á à análise do inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal e do § 3º do art. 1º da Lei 4.717/65, objetivando materializar a não compatibilidade do dispositivo infraconstitucional com o dispositivo constitucional.

Tem-se, como hipótese, que a Constituição Federal de 1988, ao prever a legitimidade ativa

do cidadão para ajuizar a ação popular, não limita o sentido o termo cidadão apenas aos detentores de direitos políticos, ou seja, do direito de votar e de ser votado, tendo o texto constitucional amplitude maior do que a prevista no § 3º do art. 1º da Lei 4.717/65, de forma que é inconstitucional o referido dispositivo normativo infraconstitucional.

O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com características comuns aos métodos indutivo e dedutivo, tendo como base a pesquisa descritiva e usando como procedimentos instrumentais a análise doutrinária, que dá fundamento a uma pesquisa de diagnóstico, e as análises legislativa e jurisprudencial, que permitem a pesquisa no campo empírico.

1 A CIDADANIA NA GRÉCIA E ROMA ANTIGAS

A cidadania, juntamente com a ética, a justiça, a moral e o direito, embora tenha surgido como instituto há cerca de 2.500 anos na Grécia Antiga, ainda hoje está envolta em conceitos bastante díspares e abrangentes.

A dificuldade em apresentar um conceito completo sobre a cidadania está envolta em vários fatores, como o fato de ser ela encarada sob concepções diferentes de sociedade para sociedade, que se alteram em decorrência do regime político adotado, costumes e tradições do povo, bem como o fato relacionado às profundas alterações perpetradas sobre o termo no decorrer da história.

É possível dividir a filosofia grega em dois momentos distintos, o primeiro anterior a Sócrates, quando houve a preocupação de buscar respostas a questões, muitas das quais até hoje permanecem em aberto, como a criação do universo e de tudo que nele existe, e o segundo, pós Sócrates, com foco em pensamentos e teorias com contextos humanos, sociais e morais.

A ideia de cidadania nasce conjuntamente com a democracia grega, instituto antigo que surgiu após o período arcaico, no qual predominaram as Oligarquias e Aristocracias, datado de aproximadamente dois mil e quinhentos anos, originário da *polis* grega, por volta dos séculos VI e V a.C. (CORRALO, 2016, p. 423).

Drácon, estadista da cidade grega de Atenas, foi o responsável pelos primeiros fragmentos democráticos no século VII a.C., ao estabelecer e indicar homens livres para elaborar leis. Foi autor de leis contra o homicídio, proibiu a prática de atos vingativos entre famílias, publicou normas com princípios de solidariedade e fez leis que conferiam direitos iguais a todos os cidadãos da *polis* (FIGUEIRA, 2001, p. 44).

Conforme Pedro Paulo Funari (2002, p. 19), a *polis* grega classificava-se como um Estado soberano composto pelo povo que a integrava, dividindo-se em várias tribos, que se subdividiam em fâtrias, e estas em clãs (pai, mãe e filhos). As pessoas que não faziam parte destes grupos eram consideradas estrangeiras, não lhes cabendo direitos, proteção ou mesmo participação na vida política da *polis*, o que era deferido àqueles que fossem considerados cidadãos.

Todavia, embora todos os cidadãos tivessem o poder da palavra nas assembleias públicas gregas, na prática eram os líderes a falar, pois o povo soberano se reduzia de fato a uma minoria de

cidadãos que tinha possibilidade de assistir regularmente às sessões, dirigidas por alguns homens mais influentes.

A influência dos homens que não dominavam a arte da oratória foi o embrião para o desenvolvimento da espécie denominada democracia representativa e para o surgimento de alianças baseadas em interesses comuns que culminaram nos partidos políticos como conhecidos hoje.

Os veredictos assinalados pelos cidadãos atenienses eram soberanos, submetendo-se somente às leis, que se dividiam em: leis divinas (*themis*), resultado da tradição e que não podiam ser alteradas pela vontade humana (como a proibição de matar os próprios pais ou casar-se com os familiares em primeiro grau, como os irmãos); e leis elaboradas pelos homens, que todos conheciam e eram reproduzidas por escrito em inscrições monumentais para que todos pudessem ver. As leis atenienses, uma vez aprovadas, aplicavam-se indistintamente a todos, cidadãos ou não, sendo que aqueles que haviam votado contra sua aprovação podiam deixar a cidade. A lei era chamada de *nomos*, conceito tão essencial que ainda perdura na atualidade, sendo, inclusive, utilizado em muitas palavras, como em relação à palavra economia). A lei humana, racional, tem uma lógica própria e pode ser modificada pela decisão racional das pessoas (FUNARI, 2002, p. 28).

Com o nascimento da democracia na Grécia Antiga, a vontade da maioria dos cidadãos imperava, não pela força ou qualquer outro método que poderia remeter às monarquias ou períodos marcados pela escravidão, mas pela deliberação racional, segundo as leis vigentes, expressada pelos responsáveis pela condução política da *polis*.

Convém ressaltar que a democracia grega não possuía um conceito abrangente, pelo contrário, era aplicado de maneira restrita, tanto que escravos, estrangeiros e mesmo as mulheres e crianças atenienses não tinham qualquer direito político, de forma que, para eles, a democracia não trazia qualquer vantagem.

Fato é que nem todos os cidadãos participavam das reuniões públicas que se realizavam na Ágora, tanto que a partir de 395 a.C., os cidadãos que participavam das assembleias públicas recebiam valor em dinheiro pela participação, na expectativa de que os cidadãos menos favorecidos, que dependiam do trabalho para garantir seu sustento e de sua família, pudessem participar das reuniões e usufruir dos direitos políticos do mesmo modo que os mais abastados (FUNARI, 2002, p. 29).

Este modelo que remunerava cidadãos para exercerem o poder político é totalmente inviável nos Estados modernos, pois, além dos vultuosos valores que seriam despendidos para sua implementação, só seria possível em Estados bastante pequenos e com recursos econômicos expressivos.

A democracia ateniense, que se restringia à participação na vida política da *polis*, estava assentada em dois princípios fundamentais: a igualdade política e a liberdade.

Na lição de Aristóteles (2007, p. 155), conforme a própria lei, o pobre não tinha mais direitos que os ricos, e também os ricos não eram senhores dos pobres, pois, se assim fosse, estaria-se diante de uma Oligarquia ou de modelos análogos à escravidão. Ao contrário, todos eram iguais. Ao considerar a liberdade e a igualdade princípios fundamentais da democracia, elas só

podiam existir na plenitude se todos os cidadãos usufruíssem da perfeita igualdade política.

Na Roma Antiga, por sua vez, não havia democracia, mas um Império muito vasto e poderoso, fundamentado numa filosofia de invasão e domínio de outros territórios e povos. Com a invasão e declínio da Grécia, os romanos se apossaram de diversos institutos e conceitos helênicos, principalmente nos campos da política, religião, cultura e biologia.

Havia grande similaridade entre os conceitos de cidadania na Grécia e em Roma. Todavia, o conceito romano era mais amplo e flexível que o grego, pois escravos alforriados, aliados e até mesmo comunidades inteiras recebiam a qualidade de cidadão, o que levou historiadores a afirmarem que esta incorporação resultou no dinamismo romano, povo cada vez mais numeroso em decorrência da expansão do Império (FUNARI, 2002, p. 69).

A República Romana estava socialmente dividida em nobreza, clientes e plebe. Nos primeiros anos da República, os patrícios eram os detentores de todos os direitos políticos e somente esta classe podia ocupar cargos políticos, constituindo uma verdadeira aristocracia, que se legitimava na posse e exploração da terra, trabalhada por camponeses (FUNARI, 2002, p. 67–68).

Todavia, a realidade social que imperava no Império Romano não satisfazia os plebeus, que após começarem a prosperar exercendo atividades comerciais, empreenderam severa batalha contra os patrícios pela igualdade de direitos políticos.

Segundo Thomas Marky (1995, p. 34), a cidadania romana adquiria-se por nascimento de justas núpcias ou mesmo fora delas, caso a mãe fosse cidadã quando do parto. Ainda, “os filhos nascidos de matrimônio misto (isto é, em que um dos cônjuges fosse estrangeiro) seguiam a condição de estrangeiro, de acordo com as disposições da Lei *Minicia*”, porém, os provincianos que serviam no exército tornavam-se cidadãos após serem liberados do serviço militar.

Em Roma, o termo cidadania indicava um liame entre o Estado e o indivíduo, isto é, os conceitos de cidadania, cidade e Estado eram conceitos próximos. Portanto, o conjunto de cidadãos romanos, após receber uma conceituação mais ampla, passou a significar o próprio Estado romano. Logo, a qualidade de cidadão avança em relação ao que se conhecia na Grécia Antiga, deixando de se restringir aos detentores de direitos políticos e passando a também abranger a titularidade de direitos públicos (DALLARI, 2013, p. 101-102).

2 A CIDADANIA NA IDADE MÉDIA E CONTEMPORÂNEA

Como visto, o conceito de cidadania na Grécia Antiga restringia-se ao gozo de direitos políticos, enquanto em Roma houve perceptível ampliação do conceito, que passou a abranger também a titularidade de direitos públicos.

A sociedade política da Idade Média, período histórico que se estendeu entre os anos 476 e 1.453, foi marcada pelo cristianismo, com aspiração à universalidade, pelas invasões dos bárbaros, que acarretou profundas transformações na ordem estabelecida, e pelo feudalismo, com a vida social dependendo da propriedade ou da posse da terra (DALLARI, 2013, p. 70).

Na Idade Média houve a centralização do poder nas mãos do rei, que era o proprietário

das terras na qual o povo se instalava mediante o pagamento de impostos. Logo, não havia coisa pública, muito menos reuniões públicas para discussão dos rumos políticos da cidade, uma vez que tudo pertencia ao rei e tudo era decidido pelo monarca, não havendo que se falar minimamente em cidadania (ATALIBA, 1985, p. 111).

A instabilidade política, econômica e social que marcaram o período medieval inviabilizou a existência e aplicação da ação popular nos moldes do Direito Romano, uma vez que nesse período, como regra, não existia a coisa pública.

É bem verdade que alguns autores, conforme referência de Paulo Barbosa de Campos Filho (1968, p. 11), sustentam minoritariamente que as ações populares advindas do Direito Romano jamais deixaram de existir no campo do direito.

A Idade Moderna, que se iniciou em 1453, com a tomada de Constantinopla pelos turcos, e perdurou até 1789, com a Revolução Francesa, é marcada por um modelo de Estado absolutista, tendo como principais características a soberania e a centralização e supremacia do poder.

O conceito de cidadania ressurge na Idade Contemporânea, a partir da Revolução Francesa de 1789, movimento que foi fundamental para o surgimento do Estado de Direito, passando-se a se designar cidadania o conjunto de membros da sociedade que têm direitos e decidem o destino do Estado.

Embora o movimento revolucionário francês de 1789 tenha contribuído imensamente para a nova perspectiva da cidadania, José Afonso da Silva (1999) afirma que havia na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, inspirada nos ideais iluministas, distinção entre os conceitos de homem e de cidadão. Segundo Silva (1999, p. 10, grifo do autor):

O primeiro aspecto que nos chama a atenção no seu conceito é o da cisão que o discurso jurídico burguês fez entre o “homem” e o “cidadão”, que refletiu na famosa Declaração de Direitos de 1789, que se chamou Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na qual a expressão *Direitos do Homem* denota o conjunto dos *direitos individuais*, pois ela é profundamente individualista, assinalando à sociedade um fim que é o de servir aos indivíduos, enquanto a expressão *Direitos do Cidadão* significa o conjunto dos direitos políticos de votar e ser votado, como institutos essenciais à democracia representativa. E esta foi a primeira manifestação da *cidadania* que qualifica os participantes da vida do Estado - o *Cidadão*, indivíduo dotado do direito de votar e ser votado -, oposta à ideia de vassalagem tanto quanto a de soberania aparece em oposição à de suserania.

Portanto, não obstante o homem a que se refere a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ser o próprio cidadão francês, havia pequenas barreiras para sua plena conceituação, herança do tempo em que a cidadania resumia-se aos direitos políticos.

Fixadas estas premissas, pode-se estabelecer que a cidadania, na órbita da democracia moderna, pode ser tomada em dois sentidos, ou seja, o sentido restrito ou técnico, e o sentido amplo, com o abandono da concepção exclusiva de direitos políticos, que sob a nova ótica seria apenas um fragmento da cidadania.

No sentido restrito ou técnico, cidadania nada mais é que o exercício de direitos políticos, ou seja, a possibilidade de votar e ser votado, basicamente como se vislumbrava quando de seu nascedouro na Grécia Antiga.

O sentido amplo, como a própria terminologia induz, amplia o sentido de cidadania, concebendo a ideia de titularidade de outras prerrogativas constitucionais além dos direitos políticos, tais como os direitos civis e sociais, que surgiram como consectário lógico do Estado Democrático de Direito (SIQUEIRA JÚNIOR; OLIVEIRA, 2009, p. 242).

De acordo com Thomas Humphrey Marshall (1988, p. 9), os direitos civis se compõem das garantias e liberdades individuais; os direitos sociais comunicam-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois implicam nas condições mínimas necessárias para a vida digna, tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança, ao direito de participar, por completo, da herança social; os direitos políticos se referem não só à possibilidade de votar e ser votado, mas também à capacidade de fundar partidos políticos.

Em relação ao Estado Brasileiro, a democracia que se estabeleceu após a Ditadura de 1964 é bastante recente e possui especificidades quando comparada ao instituto existente em outros Estados, o que implica em características próprias inerentes à cidadania brasileira.

No período ditatorial brasileiro iniciado em 1964 tinha-se a cidadania regulada, que pode ser caracterizada “pelo controle das instituições sociais, por limites institucionais e burocráticos do sistema político democrático, pela exclusão dos sujeitos sociais e a incorporação fragmentada das reivindicações populares, aliada à estratégia do controle social” (SAMPAIO, 2008, p. 164).

A Constituição Federal de 1988, intitulada Constituição-Cidadã, rompeu as amarras da ditadura implantada em 1964, passando a adotar um conceito mais amplo e abrangente de cidadania.

Indubitavelmente, na democracia brasileira observa-se a existência de campo fértil para o desenvolvimento da ideia de cidadania. Nesse sentido, de acordo com José Afonso da Silva (1999, p.10):

Uma ideia essencial do conceito de cidadania consiste na sua vinculação com o princípio democrático. Por isso, pode-se afirmar que, sendo a democracia um conceito histórico que evolui e se enriquece com o evoluer dos tempos, assim também a cidadania ganha novos contornos com a evolução democrática. É por essa razão que se pode dizer que a cidadania é o foco para onde converge a soberania popular.

Na Constituição Federal de 1988, o termo cidadania é citado sete vezes, enquanto o termo cidadão é referido trezes vezes. Tal constatação moveu José Afonso da Silva (1999, p. 11) a verificar se no texto constitucional os atos de cidadania estão restritos aos direitos políticos ou se há um conceito mais expansivo. E a conclusão é no sentido de que a cidadania disciplinada na Constituição Federal é termo muito mais amplo do que o relacionado ao titular de direitos políticos, pois reconhece os integrantes do povo como indivíduos que integram a sociedade estatal (art. 52,

LXXVII). Também, pela leitura do texto constitucional, verifica-se que no Estado Democrático de Direito o próprio Estado está submetido à vontade popular, e neste contexto o termo vincula-se ao conceito de soberania popular (parágrafo único do art. 12), com os direitos políticos (art. 14), com o conceito de dignidade da pessoa humana (arts. 12 e 111), bem como com os objetivos da educação (art. 205) como base e meta essenciais do regime democrático.

A cidadania é conceituada por Elias Farah (2001, p. 1) como o “estatuto que rege, de um lado o respeito e a obediência que cidadão deve ao Estado e, de outro lado, a proteção e os serviços que o Estado deve dispensar, pelos meios possíveis, ao cidadão”.

Nagib Slaibi Filho (1995, p. 62) assevera que a cidadania “é o conjunto de obrigações e direitos que regem e definem a situação dos habitantes de um Estado-Nação”.

A respeito do tema, José Afonso da Silva (1999, p. 11) afirma que:

A cidadania, assim considerada, consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro, de contribuir para o aperfeiçoamento de todos. Essa cidadania é que requer providências estatais no sentido da satisfação de todos os direitos fundamentais em igualdade de condições. Se é certo que a promoção dos direitos sociais encontra, no plano das disponibilidades financeiras, notáveis limites, menos verdade não há de ser que, inclusive em épocas de recessão econômica, o princípio da igualdade continua sendo um imperativo constitucional, que obriga a repartir também os efeitos negativos de todo período de crise.

Uma vez superada a ideia de que a cidadania esteja vinculada somente ao exercício de direitos políticos, é possível afirmar que o termo cidadania está ligado ao exercício dos direitos que são assegurados a todos os componentes do território estatal. Porém, deve-se ressaltar que também existem deveres atribuídos a cada um, inclusive ao próprio Estado, que podem e devem ser cobrados com eficácia pelos seus titulares, havendo assim a manutenção pacífica da relação entre o ente público e os particulares, bem como entre os particulares e eles próprios (FARAH, 2001, p. 4).

Com a ampliação do conceito de cidadania que emergiu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, alguns diplomas jurídicos infraconstitucionais que disciplinavam a matéria restaram defasados.

Neste sentido, a legitimidade ativa para propositura da ação popular prevista no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, disciplinada pelo § 3º, do art. 1º da Lei 4.717/65, está sujeita a diversas compreensões, principalmente em face do conceito amplo ou estrito que venha a ser adotado em relação ao termo cidadão previsto no texto constitucional.

3 LEGITIMIDADE ATIVA AMPLA PARA PROPOSITURA DA AÇÃO POPULAR

A ação popular tem raízes no Direito Romano, e mesmo não havendo na Roma Antiga

uma noção de Estado delineada como hodiernamente, prosperava entre os romanos um espírito cívico tão desenvolvido que possibilitava que uma pessoa que atendesse aos requisitos para ser considerada cidadã romana se dirigisse ao magistrado objetivando tutelar interesses coletivos (MANCUSO, 2011, p. 47).

No Brasil, a ação popular foi prevista pela primeira vez na Constituição de 1934, com o nome de ação anulatória, contemplada no item 38 do artigo 113 da Lei Maior. Muitas foram as vozes que criticaram a inserção da ação popular no texto constitucional, com destaque para Clóvis Beviláqua, que defendia ser o Ministério Público órgão competente para desempenhar a defesa de seu objeto, caminhando claramente no sentido contrário da pulverização da responsabilidade pela defesa do erário público entre os cidadãos, como previsto contemporaneamente (MANCUSO, 2011, p. 65-66).

Na Constituição Federal de 1988 a ação popular encontra-se prevista no art. 5º, inciso LXXIII, nos seguintes termos (BRASIL, 1988):

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

A ação popular tem como objeto a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico cultural.

A garantia consubstanciada na ação popular, um dos instrumentos constitucionais brasileiros mais antigos de participação dos cidadãos nos negócios públicos, também é fundamental para a tutela jurisdicional dos interesses difusos, afinal, por meio do referido remédio constitucional não se postula a tutela de interesse pessoal, mas a proteção do patrimônio público e de interesses difusos (REMEDIO, 2018, p. 788-792).

Por sua vez, a Lei 4.717/65, que regula o exercício da ação popular, foi sancionada e publicada no ano de 1965, e de forma geral foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Na doutrina, consoante Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (2008, p. 31), a Lei 4.717/65 “não só foi recepcionada pela Constituição de 1967, como também pela Emenda Constitucional de 1969 e pela atual Constituição do Brasil, com suas alterações subsequentes no correr de mais de quarenta anos”.

Na jurisprudência, ao julgar o Conflito de Competência n. 47.950-DF, o Superior Tribunal de Justiça sufragou o entendimento no sentido de que a Lei 4.717/65, que regula a ação popular, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2007).

Entretanto, há perceptível conflito a respeito dos significados dos termos “cidadania” e “cidadão”, de um lado com base no Texto Constitucional de 1988 e, de outro lado, com fundamento na Lei 4.717/65, especificamente no § 3º do art. 1º da Lei, ao estabelecer que “a prova da cidadania,

para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda”.

Legalmente, para fins de ajuizamento da ação popular, a Lei 4.717/65 considera cidadão aquele que está no pleno gozo de seus direitos políticos e só, suplantando toda a evolução histórica que o conceito de cidadania sofreu, principalmente a partir da Revolução Francesa de 1789, desconsiderando, enfim, toda a construção sobre direitos civis e sociais insitos à Lei Maior Brasileira de 1988.

Este entendimento legal restritivo, de tratar a ação popular unicamente como dotada de natureza política, fez com que somente o cidadão eleitor ativo da comunidade pudesse ajuizar a ação.

No estudo em foco, conforme referido por José Afonso da Silva (2007, p. 153), a ausência de *legitimatio ad causam* para propositura da ação popular em relação aos não detentores de direitos políticos, é criticada por Ugo Rocco em face do conceito restrito atribuído ao termo cidadania, porém aceita por Chiovenda e pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, inclusive dos tribunais superiores.

A legitimação para propositura das ações judiciais em geral decorre da idoneidade conferida pela lei a determinados sujeitos para que possam conduzir ativa e passivamente o processo, e para fins de ajuizamento da ação popular a idoneidade do autor decorre de sua condição e qualidade enquanto membro da coletividade, cujo patrimônio é violado ou lesado (SILVA, 2007, p. 154).

Nos termos do § 3º do art. 1º da Lei 4.717/65, para que tenha legitimidade *ad causam* o autor da ação popular deve necessariamente ser pessoa física, nacional, brasileiro nato ou naturalizado e ser cidadão eleitor, ou seja, ser titular de direitos políticos (VITTA, 2000, p. 40), o que cria uma disparidade entre o texto constitucional e a norma infraconstitucional, pois cidadão e eleitor são coisas distintas.

O que se busca impugnar é a vinculação limitativa do sentido do termo cidadão previsto na Constituição Federal, única e exclusivamente ao pleno gozo de direitos políticos previsto na Lei 4.717/65.

Afinal, a interpretação da palavra cidadania em conjunto com outras normas constitucionais, permite afirmar que o inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal teve como objetivo excluir apenas os estrangeiros não naturalizados e as pessoas jurídicas da legitimidade para propositura da ação popular (SILVA, 2007, p. 158).

As pessoas jurídicas, efetivamente, não possuem legitimidade para figurarem no polo ativo da ação popular, uma vez que não são cidadãs, orientação essa preconizada pela Súmula 365 do Supremo Tribunal Federal.

Ainda, há quem alimente a discussão sobre a interpretação do termo cidadão para fins de propositura da ação popular, tomando pela expressão “qualquer cidadão”, de um lado, o nacional do país, aqui nascido ou naturalizado e, de outro lado, apenas o investido em direitos políticos.

Não obstante a riqueza da abordagem, há cristalina diferenciação entre os conceitos acima esposados, que sob o prisma da Constituição Brasileira repelem toda dúvida que possa emergir das argumentações apresentadas, inclusive em relação à nacionalidade.

Na doutrina, conforme analisa Marcos Paulo Falcone Patullo (2009, p. 173):

A cidadania é, antes de tudo, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, II) e, portanto, abrange os direitos políticos (art. 14), os sociais (art. 6º e seguintes), bem como relaciona-se diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), assim como com todos os demais objetivos da República, constantes do art. 3º da CF. Nesse diapasão, os direitos políticos seriam apenas uma dimensão da cidadania, sendo a nacionalidade um requisito apenas para a aquisição dessa dimensão, mas não para a cidadania em si. Consoante essa interpretação, a efetivação dos direitos de cidadania seria direito fundamental, já que dizem respeito à própria dignidade humana.

Como mencionado, a expressão “qualquer cidadão” pode ser entendida como a pessoa física, nacional, brasileiro nato ou naturalizado, e cidadão eleitor, ou seja, o titular de direitos políticos (VITTA, 2000, p. 40).

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre direitos e garantias fundamentais, consagrou que todas as pessoas, possuidoras de direitos civis ou não, são titulares dos direitos ali elencados e alguns outros espalhados pelo texto constitucional, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado prescrito no art. 225 e a gestão eficiente da coisa pública, o que abarca o patrimônio público e a moralidade administrativa.

Em relação ao disposto no art. 225 da Constituição Federal, embora não haja previsão expressa do meio ambiente ecologicamente equilibrado no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, é incontroverso que se trata de um direito fundamental que pode ser tutelado pela ação popular.

Segundo Heraldo Garcia Vitta (2000, p. 41), há diversos dispositivos constitucionais que cuidam da proteção do meio ambiente, notadamente o art. 170, VI, sendo coerente afirmar que quando o objeto da ação popular for o meio ambiente, perde-se seu caráter político, razão pela qual qualquer pessoa poderá propor ação popular, pois não se cuida de direito político, o que poderia até mesmo ser estendido aos estrangeiros que residam no país.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado encontra-se em perfeita simetria com direito à vida, e o direito à vida não se restringe apenas ao eleitor, mas engloba todos os brasileiros, independentemente de seu *status* político (VITTA, 2000, p. 41).

Assim, o alargamento do conceito de cidadania para fins de propositura da ação popular ambiental é tarefa menos árdua do que romper com o mesmo conceito para propositura de ações populares que tenham outros objetos a serem tutelados.

Porém, o que não se pode perder de vista é a ideia nuclear da discussão, ou seja, quem efetivamente é considerado cidadão para fins de ajuizamento da ação popular, independentemente do objeto protegido.

Nesse sentido, José da Silva Pacheco (2002, p. 568) trata da questão da legitimidade ativa de forma amplíssima, ao afirmar que o texto constitucional deve ser interpretado atendendo aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum, de modo que “todos os do povo,

pessoas físicas e jurídicas e todas as instituições públicas ou privadas possam, diante de ato lesivo ao patrimônio público ou equiparado, propor ação popular destinada à invalidação daquele”.

No entanto, a jurisprudência dos Tribunais brasileiros, inclusive dos Tribunais Superiores, é torrencial no sentido de que a condição de cidadão do autor popular, para ajuizar a ação, deve ser demonstrada por meio da apresentação de título de eleitor ou de documento equivalente.

Assim, conforme expressado pelo Ministro Castro Meira, do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial n. 888.7656-SP, a legitimidade ativa para a propositura da ação popular está prevista no art. 5º, LXXIII, da CF, que assegura a qualquer cidadão, seja ele cidadão brasileiro nato ou naturalizado, inclusive aquele entre 16 e 21 anos, e, ainda, o português equiparado, no gozo dos seus direitos políticos, isto é, o eleitor, a possibilidade de propor ação popular (BRASIL, 2007).

É bem verdade que, em sentido contrário e de forma minoritária na jurisprudência, o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar a Apelação n. 9215624-79.2005.8.26.0000, apresentada em ação popular, acolheu parcialmente o recurso interposto por pessoa de nacionalidade italiana, porém residente no Brasil em caráter permanente, para confirmar a possibilidade desta figurar no polo ativo de demanda que buscava impedir que a Municipalidade de Jaboticabal cortasse árvores seringueiras em determinada praça da Comarca, com fundamento no *caput* do art. 5º e o art. 225, ambos da Constituição Federal (SÃO PAULO, 2011).

Apesar do entendimento jurisprudencial adotado no Brasil, a cidadania, alçada à categoria de fundamento da República com a promulgação da Constituição Federal de 1988, não pode restringir-se a direitos políticos para fins propositura da ação popular.

Gustavo de Medeiros Melo (2006, p. 19) apresenta três fundamentos que sustentam referida assertiva, um de natureza gramatical, outro de cunho sistemático e um terceiro de ordem histórica.

Sobre a natureza gramatical, o inciso LXXIII do art. 5º da CF/88 afirma que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular, sendo relevante mencionar que o dispositivo está inserido no título II da Constituição Federal, que corresponde aos direitos e garantias fundamentais que são inerentes a todos, que se inicia dizendo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (MELO, 2006, p. 20–21). Por outro lado, há capítulo específico dedicado aos direitos políticos na Lei Maior, e neste capítulo nada foi disposto sobre a ação popular.

Sobre o fundamento de cunho sistemático, tem-se que a juntada do título de eleitor para comprovar a cidadania na ação popular é incompatível com a sistemática constitucional, sobressaindo a proteção do meio ambiente no âmbito constitucional que, conforme abordado na pesquisa, tem sua proteção a cargo de todas as pessoas, independentemente da prova de se estar no pleno gozo de direitos políticos (MELO, 2006, p. 24–25).

São bastante expressivas as normas constitucionais e infraconstitucionais que apontam para a ampliação do conceito do termo cidadania após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, urge trazer a comento o art. 74, § 2º, da Lei Maior, que legitima todo

cidadão para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União, o que, sem dúvida, não se limita ao detentor de direitos políticos.

Por sua vez, o art. 64 da ADCT/88, dispõe que a Imprensa Nacional e as demais gráficas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, da administração direta ou indireta, promoverão a edição popular do texto integral da Constituição, que será colocado à disposição das escolas e dos cartórios, dos sindicatos, dos quartéis, das igrejas e de outras instituições representativas da comunidade, gratuitamente, de modo que cada cidadão brasileiro possa receber um exemplar da Constituição do Brasil.

Na esfera infraconstitucional, o art. 72 da Lei 9.503/97 prevê que todo cidadão ou entidade civil tem o direito de solicitar, por escrito, aos órgãos ou entidades do Sistema Nacional de Trânsito, sinalização, fiscalização e implantação de equipamentos de segurança, assim como sugerir alterações em normas, legislação e outros assuntos pertinentes ao Código Nacional de Trânsito.

Da mesma forma, o art. 41, § 1º, da Lei 8.666/93, estatui que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação em face de irregularidade na aplicação da Lei de Licitações.

O terceiro fundamento repousa na feição histórica tomada pelo conceito de cidadania, pois a cidadania não abarca somente a prerrogativa de votar e ser votado, mas também confere a qualquer do povo a capacidade para fruir e fiscalizar os bens e serviços públicos (MELO, 2006, p. 27).

Entendimento contrário permitiria indevidamente concluir que, entre outros, mendigos, pessoas que vivem na periferia e pessoas que estejam com direitos políticos suspensos não seriam considerados cidadãos.

Portanto, a nova e mais ampla ideia de cidadania deve ser construída sob o influxo progressivo dos direitos fundamentais do homem, devendo o conceito de cidadão ditado pela Lei 4.717/65 ser modificado para estar em consonância com as premissas trazidas pelo Constituição Federal de 1988, para que o autor da ação popular, defensor da legalidade, moralidade administrativa e do meio ambiente, possa ser qualquer cidadão, independentemente de estar no pleno gozo de direitos políticos.

Dessa forma, o § 3º do art. 1º da Lei 4.717/65, ao dispor que a prova da cidadania, para ingresso da ação popular em juízo, será feita com o título eleitoral ou com documento que a ele corresponda, limita o uso da ação apenas aos detentores de direitos políticos, inibindo assim a ampla utilização da garantia constitucional, padecendo, por isso, de vício de inconstitucionalidade, por ferir o disposto no inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

O Estado Brasileiro, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, buscou deixar no passado os ideais que imperaram durante o Período Ditatorial iniciado em 1964, muitos dos

quais cerceadores de direitos fundamentais.

Todavia, alguns institutos jurídicos do passado, inadequadamente interpretados, insistem em continuar surtindo efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual insurgir-se contra eles é a melhor forma de se adequar à nova realidade social e de alavancar a implementação dos direitos e garantias fundamentais.

Entre os institutos, o conceito legal positivado pela Lei 4.717/65, relativamente ao termo cidadão para fins de propositura da ação popular, contraria a ideologia da Carta Magna de 1988, restringindo a aplicação do termo cidadão, constante do texto constitucional, exclusivamente aos detentores de direitos políticos, inibindo a ampla aplicação da garantia constitucional.

A ação popular foi instituída no âmbito da Constituição Federal de 1988 com a finalidade de legitimar qualquer cidadão para exercer a proteção contra ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII).

Entretanto, o § 3º do art. 1º da Lei 4.717/65, ao estatuir que a prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral ou com documento que a ele corresponda, limita o uso da ação popular apenas aos detentores de direitos políticos e inibe a utilização da garantia constitucional, padecendo, por isso, de vício de inconstitucionalidade.

Há diversas normas constitucionais que robustecem o entendimento de inconstitucionalidade do referido art. 1º, § 3º, da Lei da Ação Popular, como ocorre em relação ao art. 72, § 1º, da Constituição Federal, e no tocante ao art. 64 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988.

A amplitude do conceito da cidadania também é reconhecida por algumas disposições normativas infraconstitucionais posteriores à Lei 4.717/65 e à Constituição Federal de 1988, como se verifica com o art. 72 da Lei 9.503/97 e o art. 41, § 3º, da Lei 8.666/93.

A inconstitucionalidade do § 3º do art. 1º da Lei 4.717/65 também é claramente perceptível sob o enfoque da ação popular ambiental, pois, conforme o art. 225 da Constituição Federal, qualquer pessoa é legitimada para a defesa do meio ambiente, um dos objetos protegidos por meio da ação popular, sem qualquer necessidade de comprovar o gozo de direitos políticos com juntada de título de eleitor ou de documento equivalente.

Todavia, a jurisprudência brasileira dá raros sinais de ampliação em relação ao conceito restrito solidificado no âmbito dos Tribunais Brasileiros, com a preservação de seu atrelamento apenas aos direitos políticos.

É necessário que os Poderes Legislativo e Judiciário, dentro de suas prerrogativas, trabalhem em conjunto para romperem com o tradicional e restritivo conceito legal e jurisprudencial de cidadania, para que o cidadão possa figurar no polo passivo da ação popular independentemente do pleno gozo de direitos políticos, uma vez que a cidadania não está atrelada apenas aos direitos políticos, mas também aos direitos civis e sociais.

Tem-se, em conclusão, que restou comprovada a hipótese inicial, no sentido de que a Constituição Federal de 1988, ao prever a legitimidade ativa do cidadão para ajuizar a ação popular,

não limita o sentido o termo cidadão apenas aos detentores de direitos políticos, ou seja, aos detentores de título de eleitor ou de documento equivalente, tendo o texto constitucional amplitude maior do que o previsto no § 3º do art. 1º da Lei 4.717/65, sendo, assim, inconstitucional o referido dispositivo normativo infraconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Ação popular: rumo à efetividade do processo coletivo*. 2. ed. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ATALIBA, Geraldo. Ação popular na Constituição brasileira. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 76, p. 110-121, out./dez. 1985.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. *Lei 4.717 de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial 889.766/SP. Administrativo. Ação popular. Interesse de agir. Prova. Pericial. Desnecessidade. Matéria Constitucional. Relator: Min. Castro Meira, 04 de outubro de 2007. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, p. 333, 18 out. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 47.950/DF. Relatora: Ministra Denise Arruda. *Diário da Justiça*: seção 1, Brasília, DF, p. 252, 7 maio 2007.

CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Da ação popular constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1968.

CORRALO, Giovanni da Silva. Liberdade, igualdade e a qualidade da democracia: cotejo entre o IEU's INDES e o IDH. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 421-438, maio/ago. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARAH, Elias. *Cidadania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

FIGUEIRA, Divalte Garcia. *História*. São Paulo: Ática, 2001. (Série novo ensino médio, v. único).

FUNARI, Pedro Paulo. *Grécia e Roma*. São Paulo: Contexto, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARSHALL, Thomas Humphrey. Cidadania e classe social. In: PORTO, Walter Costa (coord.). *Cidadania e classe social*. Brasília: Fundação Projeto Rondon, 1988. p. 9.

MELO, Gustavo de Medeiros. A legitimidade ativa na ação popular: relendo o conceito de cidadão quarenta anos depois. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (org.). *Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006. p. 163-206.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PATULLO, Marcos Paulo Falcone. O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin e a cidadania na Constituição Federal de 1988. *Revista da APMP*, São Paulo, v. 2, p. 171-184, jan./jun. 2009.

REMEDIO, José Antônio. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Verbatim, 2018.

SAMPAIO, Maria Cristina Hennes. *Democracia cidadania e produção de um espaço público democrático em tempos de globalização: práticas discursivas entre estado-sociedade no movimento grevista da educação em Pernambuco (1987-1990)*. São Paulo: Serviço de Comunicação Social, FFLCH/USP, 2008.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação n. 9215624-79.2005.8.26.0000*. Relator: Antônio Celso Aguilar Cortez, 30 de agosto de 2011. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20355224/apelacao-apl-9215624792005826-sp-9215624-7920058260000/inteiro-teor-104922305?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 abr. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 216, p. 9-23, abr./jun. 1999.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Michel Augusto Machado. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação popular mandatória*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

VITTA, Heraldo Garcia. *O meio ambiente e a ação popular*. São Paulo: Saraiva, 2000.

Como citar: REMEDIO, José Antônio; ARANJUES, Gabriel Silva. A amplitude do conceito de cidadania para efeito de propositura da ação popular. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 184-200, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p. 184. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 22.08.2018

Aprovado em: 13.02.2019

RESENHAS / REVIEWS

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO JURÍDICO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA MUNDIAL**THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON IN CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL LAW: BUILDING A LEGAL CONCEPT IN THE LIGHT OF WORLD JURISPRUDENCE**João Pedro Minguete Goulart¹

2

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução de Humberto Laport de Mello. 3^a ed. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2014.

Barroso busca tornar o princípio da dignidade da pessoa humana um conceito mais substantivo no âmbito do discurso jurídico, no qual tem frequentemente funcionado como mero ornamento retórico e um cômodo recipiente para um conteúdo amorfo.

Para tal, o autor delimita três objetivos para seu texto: (I) demonstrar a importância que a dignidade humana assumiu na jurisprudência nacional e internacional, assim como no discurso transnacional; (II) precisar a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana – direito fundamental, valor absoluto ou princípio jurídico? – e definir o seu conteúdo mínimo e (III) mostrar como a definição da natureza jurídica pode ser útil para estruturar o raciocínio jurídico nos casos moralmente controversos.

Nessa senda, pode-se dizer que sua ascensão como um conceito jurídico tem suas origens mais diretas no Direito Constitucional alemão. Assim, a Lei Fundamental de 1949 dispõe em seu Artigo I: “A dignidade humana deve ser inviolável. Respeitá-la e protegê-la será dever de toda a autoridade estatal”. Por esta razão, o Tribunal Constitucional Federal Alemão reconheceu que a dignidade humana se situa no ápice do sistema constitucional, representando um valor supremo, um bem absoluto, à luz do qual cada um dos outros dispositivos deve ser interpretado.

Destarte, evidencia-se que a dignidade humana, consagrada ou não nos textos constitucionais ao redor do mundo, tem se tornado um instrumento argumentativo recorrente para Tribunais Constitucionais e Cortes Supremas de diferentes continentes.

No âmbito do Direito Internacional, esse valor fundamental tem sido inserido em uma

¹ Cursando Programa de Pós-Graduação “Lato Sensu”(Especialização) em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: jpdrogoulart@gmail.com.

grande quantidade de declarações e tratados. Assim, a Corte Europeia de Justiça (CEJ), tribunal mais elevado da União Europeia, tem utilizado o conceito de dignidade humana para fundamentar suas decisões em uma variada seleção de casos. Todavia, a CEJ reconheceu que a dignidade pode ter diferentes significados e alcances dentro do âmbito das jurisdições domésticas da União Europeia.

No discurso transnacional, constata-se que Tribunais de todo o mundo começaram a se engajar em um crescente diálogo constitucional, envolvendo citação mútua, conferências de intercâmbio acadêmico e organização de fóruns públicos. Barroso identifica dois fatores para esse fenômeno: (I) os países onde o Estado de Direito foi instaurado mais recentemente se espelham, com frequência, nas experiências democráticas mais sedimentadas e (II) há compartilhamento de experiências entre democracias maduras e tradicionais que, frequentemente, deparam-se com questões controversas semelhantes.

Ao tratar da natureza jurídica e do conteúdo mínimo da dignidade humana, Barroso apresenta a dignidade humana como um conceito multifacetado, argumentando que há razoável consenso de que se trata de um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de um modo geral, mesmo quando não expressamente previsto em suas constituições.

Barroso, no entanto, refuta a corrente doutrinária majoritária alemã que conceitua a dignidade humana como um valor absoluto, que prevalece em quaisquer circunstâncias. Menciona o Ministro que, embora seja razoável afirmar que a dignidade humana normalmente deve prevalecer, existem situações inevitáveis em que ela terá de ceder, ao menos parcialmente. Um exemplo evidente ocorre quando alguém é condenado à prisão após procedimento condizente com o devido processo legal: neste caso, um importante componente da dignidade, qual seja a liberdade, é sacrificado em benefício de outro valor relevante socialmente.

A dignidade humana é, portanto, um valor fundamental, mas que não deve ser tomado como absoluto. Assim, valores, seja eles políticos ou morais, permeiam o universo jurídico sob a forma de princípios e, desse modo, a melhor maneira de classificar a dignidade humana é como um princípio jurídico com *status* constitucional, e não como um direito autônomo. Como valor fundamental e como princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais.

Barroso sustenta que os princípios, em especial o da dignidade humana, tem dois propósitos essenciais: (I) funcionar como fonte de direitos (e deveres), incluindo aqueles não expressamente elencados nos diplomas normativos, e (II) auxiliar da orientação e interpretação das normas. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais, a dignidade humana pode funcionar como verdadeira bússola na busca da melhor solução.

Apesar de ser árdua a tarefa de esculpir um conceito transnacional unificado da dignidade humana, capaz de englobar todas as influências religiosas, históricas e políticas nos diferentes países, Barroso tenta estabelecer um conteúdo mínimo para o conceito, a fim de lhe conferir certo grau de objetividade. Destarte, na visão do autor, a dignidade humana identifica: (I) o valor intrínseco de todos os seres humanos; (II) a autonomia de cada indivíduo e (III) as limitações a ela

impostas em razão de relevantes valores sociais e comunitários.

O valor intrínseco é, no plano filosófico, o elemento ontológico da dignidade humana, ligado à natureza do ser. Dele decorrem dois postulados: um antiutilitarista e outro antiautoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário. Desse modo, por ter o valor intrínseco de cada pessoa como conteúdo essencial que a dignidade humana é, em primeiro plano, um valor objetivo, independentemente de qualquer evento ou experiência e não podendo ser cedido ou perdido. No plano jurídico, o valor intrínseco está na origem um conjunto de direitos fundamentais, como os direitos à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica.

A autonomia, por sua vez, é o elemento ético. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, de sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. Subdivide-se em 3 categorias: autonomia privada, autonomia pública e mínimo existencial. A primeira delas é o conceito-chave por trás das liberdades individuais. A autonomia pública está relacionada às liberdades republicanas, associadas à cidadania e à participação na vida política. Finalmente, quanto ao mínimo existencial, para que os indivíduos sejam livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, estes necessitam estar além dos limiares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar mera ficção, e a verdadeira dignidade não existir. Isso exige o acesso a algumas prestações essenciais, assim como a satisfação de necessidades elementares.

O terceiro e último elemento representa o aspecto social, identificando duas diferentes forças exógenas que agem sobre o indivíduo: (I) os compromissos, valores e “crenças compartilhadas” de um grupo social e (II) as normas impostas pelo Estado. A dignidade como valor comunitário enfatiza, portanto, o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome da coletividade. Assim, o valor comunitário, como restrição sobre a autonomia pessoal, busca a realização de três objetivos: (I) a proteção dos direitos e da dignidade de terceiros; (II) a proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo e a proteção de valores sociais compartilhados.

Assim, compilando constatações do discurso transnacional, fica clara a tentativa do autor de estabelecer critérios mais objetivos para a aferição do conceito e do conteúdo mínimo do princípio com *status* constitucional da dignidade humana, a fim de que este valor fundamental sirva como base de orientação e interpretação na solução dos casos moralmente controvertidos.

RESENHAS | REVIEWS**DOS DELITOS E DAS PENAS****ON CRIMES AND PUNISHMENT****Gilson Rodrigues da Silva¹²**

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Leme: CL Edijur, 2017.

Trata-se de uma obra que marca o início do Direito Penal moderno, sendo ela inspirada, mormente, nas ideias defendidas pelos filósofos iluministas John Locke, Montesquieu, Jean-Jacques Rousseau e Voltaire. Desse modo, não podemos atribuir a Beccaria um ineditismo em sua *magnum opus*, haja vista que ele realiza, na verdade, uma combinação do pensamento contratualista com o utilitarista.

Para se ter uma genuína compreensão do trabalho desenvolvido por Cesare Beccaria, indubitavelmente, é necessário observar as características do período em que ele estava inserido. Em primeiro plano, encontrava-se diante de um regime totalitário, sendo os cidadãos submetidos ao autoritarismo do monarca e da igreja católica. Por outro lado, o autor vivia na Europa durante o século XVIII, também denominado como “século das luzes”, sendo ele um momento de grandes transformações sociais, econômicas, culturais e políticas. Dessa maneira, Beccaria ponderou sobre as leis e punições, tendo como base análises filosóficas e morais.

É mister destacar a grande capacidade de Beccaria em se expressar ao longo do livro de maneira clara, atingindo, assim, não apenas pessoas letradas. Destarte, obteve êxito em estimular as pessoas a exigir reformas legislativas na esfera penal necessárias no contexto do século aludido.

Logo no início da obra é possível perceber a influência do contratualismo que recai sobre o autor, haja vista que ele cita, diretamente, o contrato social nos primeiros capítulos, *verbi gratia*, Beccaria (2017, p. 16) alude: “Cansados de só viver num continuo de guerra e de encontrar inimigos por toda parte, cansados de uma liberdade (...) sacrificam uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. (...) constitui a soberania de uma nação (...)”.

Beccaria, sem fazer uma referência nominal ao princípio da legalidade, posiciona-se favorável a ideia de que somente as leis, elaboradas pelos legisladores, que, por óbvio, possuem o poder legiferante, podem determinar as penas aplicáveis aos delinquentes.

Cabe ressaltar que, para o autor, as leis devem ser claras, isto é, de fácil compreensão,

1 Discente de Direito do Centro Universitário Filadélfia – UniFil. E-mail: gilsonrodriguesdasilva@outlook.com.br

pois, para ele, quanto maior o número de cidadãos que compreendam as leis, menor será o número de práticas delituosas; para Beccaria, as leis precisam ser, também, genéricas e abstratas, por conseguinte, não devem ser minudenciosas.

De acordo com Cesare Beccaria, a aplicação da pena ao infrator de uma lei deverá servir de exemplo aos outros indivíduos, de modo que eles não pratiquem crimes por terem certeza que serão punidos, igualmente, pela violação de determinada norma penal.

Todavia, devemos deixar claro que o célebre autor era completamente contra o pensamento de que a aplicação da pena deveria ser tida como uma espécie de vingança contra o criminoso, defendendo, desse modo, a proporcionalidade da pena, ou seja, a sanção aplicada deve ser compatível com o delito praticado, do contrário haverá o risco de ocorrer a destruição dos sentimentos morais do homem.

Um ponto merecedor de grande destaque na obra de Beccaria é o fato de que ela contém uma das primeiras críticas da História a pena de morte. O autor argumenta que ninguém possui o direito de retirar a vida de alguém, além disso, ele defende que a pena capital é um acontecimento desumano momentâneo, desse modo, trata-se de um impedimento menos poderoso para o crime, haja vista que o contínuo exemplo de um indivíduo encarcerado amedronta mais do que a morte.

Contudo, em uma aparente contradição com o próprio pensamento, Beccaria defende situações em que a pena de morte poderia vir a ser aplicada, a saber: quando o criminoso, mesmo estando preso, atentar contra a segurança pública, podendo, assim, produzir uma revolução contra o governo estabelecido; nas épocas de balbúrdia em que as leis são substituídas pelo caos.

Com relação a pena privativa de liberdade, o autor defende uma visão humanista. Em vista disso, para ele a prisão deve ter como objetivo reabilitar, isto é, ressocializar, o delinquente, não sendo admitido, desse modo, o exercício da prática de tortura no ambiente prisional. No entanto, não se pode olvidar que Beccaria não abandona a concepção de que a prisão tem um caráter punitivo e sancionador.

Por fim, devemos ressaltar que o trabalho de Cesare Beccaria está na linha de frente de todo um movimento intelectual que questionava um sistema penal desprovido de racionalidade e humanidade.

Seu livro, embora de curta extensão, foi imprescindível para reestruturar o sistema penal até então vigente, foi uma obra de grande repercussão inspirada no pensamento de filósofos de grande relevância, na qual ficou claro que as normas penais devem, obrigatoriamente, seguir critérios, sendo um deles a utilidade, deixando de lado, assim, toda forma de violência injustificada praticada pelo Estado.

Ademais, muitos dos princípios contidos na obra de Beccaria ainda possuem um caráter extremamente atual, sendo que, por exemplo, eles estão, em grande parte contidos no ordenamento jurídico brasileiro, seja na Constituição Federal ou no Código Penal.