

ISSN – 1676-2800

# ARGUMENTA

REVISTA DO PROGRAMA DE  
MESTRADO EM  
CIÊNCIA JURÍDICA  
DA UNIVERSIDADE ESTADUAL  
DO NORTE DO PARANÁ  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
APLICADAS  
CAMPUS DE JACAREZINHO - PARANÁ

QUALIS B-2

INDEXADORES



## **REVISTA ARGUMENTA**

Universidade Estadual do Norte do Paraná

Campus de Jacarezinho

Centro de Ciências Sociais Aplicadas

Avenida Manoel Ribas, 711 – Centro – Caixa postal 103

Jacarezinho – PR – CEP 86400-000 – BRASIL

Tel.: +55 (43) 3525-0862 e + 55 (43) 3525-8953

Site: <http://www.uenp.edu.br>

[www.uenp.edu.br/mestrado/direito](http://www.uenp.edu.br/mestrado/direito) – e-mail: [mestrado.ccsa@uenp.edu.br](mailto:mestrado.ccsa@uenp.edu.br)

**Revista Argumenta**  
**[argumenta@uenp.edu.br](mailto:argumenta@uenp.edu.br)**

## **EDITORES**

Eduardo Augusto Salomão Cambi

*Universidade Estadual do Norte do Paraná*

*Jacarezinho – Brasil*

Fernando de Brito Alves

*Universidade Estadual do Norte do Paraná*

*Jacarezinho – Brasil*

## **ASSESSORIA TÉCNICA**

Maria Natalina Costa

Mirielly Ferraça

Tania Regina Montanha Toledo Scoparo

## **FICHA CATALOGRÁFICA**

Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. n. 19 (julho/dezembro) – Jacarezinho, 2013.

Periodicidade: semestral

ISSN 1676-2800

1. Direito – Periódicos. 1. Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP

CDU 34(05)

CDDir 340

As idéias emitidas nos artigos são de inteira responsabilidade de seus autores.

É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

Pede-se permuta. Exchange is solicited. Piedese canje. Si prega l' intercambio.

PUBLICADA EM FEVEREIRO DE 2014



## COORDENAÇÃO DO PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA CCSA-CJ-UENP

Vladimir Brega Filho  
*Universidade Estadual do Norte do Paraná  
Jacarezinho – Brasil*

### LINHA EDITORIAL

Estado e Responsabilidade: questões críticas  
Função Política do Direito

### CONSELHO EDITORIAL

Celso Ludwig  
*Universidade Federal do Paraná  
Curitiba – Paraná – Brasil*

Vladimir Brega Filho  
*Universidade Estadual do Norte do Paraná  
Jacarezinho – Paraná - Brasil*

Gilberto Giacoia  
*Universidade Estadual do Norte do Paraná  
Jacarezinho –Paraná – Brasil*

Zulmar Fachin  
*Universidade Estadual de Londrina  
Londrina – Paraná - Brasil*

Mario Frota  
*Universidade de Paris  
Paris - França*

Gregório Assagra de Almeida-  
*Universidade de Itaúna  
Itaúna – Minas Gerais – Brasil*

Oswaldo Giacoia Júnior  
*Universidade Estadual de Campinas  
Campinas – São Paulo – Brasil*

Jean Carlos Dias  
*Centro Universitário do Estado do Pará  
Belém – Pará – Brasil*

Samia Saad Gallotti Bonavides  
*Universidade Estadual do Norte do Paraná  
Jacarezinho – Paraná – Brasil*

Gabriel Luis Bonora Vidrih Ferreira  
*Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul  
Paraíba – MS – Brasil*

Àngel Cobacho López  
*Universidade de Murcia – Espanha*

## CONSELHO TÉCNICO-CIENTÍFICO

Alexandre de Castro Coura  
*Faculdade de Direito de Vitória  
Vitória – Espírito Santo - Brasil*

Alessandro Martins Prado  
*Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul  
Paranaíba – Mato Grosso do Sul - Brasil*

Álvaro dos Santos Maciel  
*Faculdade de Balsas  
Balsas - Maranhão - Brasil*

Antonio Sergio Cordeiro Piedade  
*Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,  
PUC/SP, Brasil*

Bruno Amaral Machado  
*Centro Universitário de Brasília  
Brasília – Distrito Federal - Brasil*

Cassius Guimarães Chai  
*Universidade Federal do Maranhão  
São Luis – Maranhão - Brasil*

Cláudia Karina Ladeira Batista  
*Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul  
Paranaíba – Mato Grosso do Sul – Brasil*

Humberto Dalla Bernardina de Pinho  
*Universidade Estácio de Sá  
Rio de Janeiro – Rio de Janeiro - Brasil*

Isael José Santana  
*Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul  
Paranaíba – Mato Grosso do Sul - Brasil*

Lucas Gonçalves da Silva  
*Universidade Federal de Sergipe  
São Cristóvão – Sergipe – Brasil*

Luciana A. Machado Gonçalves da Silva  
*Universidade Federal de Sergipe  
São Cristóvão – Sergipe – Brasil*

Mario Lucio Garcez Calil  
*Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul  
Paranaíba – Mato Grosso do Sul - Brasil*

Mauro Viveiros  
*Ministério Público do Estado de Mato Grosso  
Cuiaba, MT - Brasil*

Nicolau Eládio Bassalo Crispino – UNIFAP  
*Universidade Federal do Amapá  
Macapá – Amapá - Brasil*

Paulo Tarso Brandão  
*Universidade Federal de Santa Catarina  
Florianópolis – Santa Catarina - Brasil*

Rogério Filippetto de Oliveira  
*Pontifícia Univ. Católica de Minas Gerais Belo  
Horizonte – Minas Gerais - Brasil*

Carla Bertoncini  
*Faculdades Integradas de Ourinhos  
Ourinhos – São Paulo - Brasil*

Eliana Franco Neme  
*Universidade de São Paulo  
Ribeirão Preto – São Paulo - Brasil*

Gelson Amaro de Souza  
*Universidade Estadual do Norte do Paraná  
Jacarezinho – Paraná - Brasil*

Ricardo Pinha Alonso  
*Faculdades Integradas de Ourinhos  
Ourinhos – São Paulo - Brasil*

Renato Bernardi  
*Universidade Estadual do Norte do Paraná  
Jacarezinho – Paraná – Brasil*

Sergio Tibiriça Amaral  
*Fac. Integradas Antônio Eufrásio de Toledo  
Presidente Prudente - São Paulo - Brasil*

Eliane Superti  
*Universidade Federal do Amapá  
Macapá – Amapá - Brasil*

Isabel Cristina Auler Pereira  
*Fundação Universidade Federal de Tocantins  
Palmas – Tocantins - Brasil*

Cláudia M. do S. C. F. Chelala  
*Universidade Federal do Amapá  
Macapá – Amapá - Brasil*

José Eduardo Lourenço dos Santos  
*Centro Universitário Eurípedes de Marília  
Marília – São Paulo - Brasil*

# SUMÁRIO

<i>SABERES MARGINAIS, FRONTEIRAS EPISTÊMICAS, (DES)COLONIZAÇÃO INTELECTUAL: REFLEXÕES PARA ALÉM DO SISTEMA MUNDIAL COLONIAL/MODERNO .....</i>	11
<i>Mércia Miranda Vasconcellos CUNHA</i>	
<i>A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL .....</i>	27
<i>Amanda Merlini DUTRA</i>	
<i>DE AMÉLIA A MARIA DA PENHA: A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL E DAS CONSTRUÇÕES JURÍDICAS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS DA MULHER .....</i>	65
<i>Mayara Alice Souza PEGORER</i>	
<i>REFLEXÕES ACERCA DA AÇÃO PENAL 470 E A POSSIBILIDADE DEREVISÃO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....</i>	83
<i>Aline Maria Hagers BOZO Alvacir Alfredo NICZ</i>	
<i>PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: O ESTADO DA ARTE EM PORTUGAL E NO BRASIL .....</i>	103
<i>Vladimir BREGA FILHO</i>	
<i>A PRECARIZAÇÃO DA VIDA E O HOMO SACER BRASILEIRO: O ALASTRAMENTO DA VIDA NUA NA SOCIEDADE BRASILEIRA E A BIOPOLÍTICA .....</i>	125
<i>Thiago Penzin Alves MARTINS</i>	
<i>A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</i>	139
<i>Makena MARCHESI Leonardo Alvarenga da FONSECA</i>	
<i>COISA JULGADA NA AÇÃO COLETIVA E A ADMINISTRAÇÃO E DESTINAÇÃO DOS VALORES PROVENIENTES DA EXECUÇÃO COLETIVA DE DANOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS .....</i>	159
<i>Fernando Henrique ROSSI</i>	

<i>O IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS À LUZ DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS .....</i>	<i>179</i>
<i>Vinicius de AGUIAR</i>	
<i>A SUSPENSÃO COMPULSÓRIA DE AÇÕES INDIVIDUAIS NA PENDÊNCIA DE AÇÕES COLETIVAS DE MESMA TEMÁTICA: INSTRUMENTO DE RACIONALIZAÇÃO E EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL .....</i>	<i>203</i>
<i>Tereza Cristina Sorice Baracho THIBAU Alana Lucio de OLIVEIRA</i>	
<i>SISTEMA TRIBUTÁRIO NO MODELO GERENCIAL DE ESTADO: ANÁLISE DO PROJETO DE REFORMA TRIBUTÁRIA .....</i>	<i>219</i>
<i>Fábio Martins Bonilha CURI</i>	
<i>VONTADE GERAL ROUSSEAUNIANA E DEMOCRACIA: UMA INTERLOCUÇÃO (AINDA) NECESSÁRIA .....</i>	<i>233</i>
<i>Leandro Garcia Algarte ASSUNÇÃO</i>	
<i>PRODUÇÃO CIENTÍFICA: DISSERTAÇÕES 2013 (Julho/Dezembro) .....</i>	<i>251</i>
<i>AUTORES QUE PUBLICARAM NESTE NÚMERO.....</i>	<i>255</i>
<i>NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS .....</i>	<i>259</i>

# CONTENTS

<i>MARGINAL KNOWLEDGE, EPISTEMIC BORDERS, INTELLECTUAL (DES) COLONIZATION: REFLECTIONS BEYOND THE MODERN / COLONIAL WORLD SYSTEM</i> .....	11
<i>Mércia Miranda Vasconcellos CUNHA</i>	
<i>THE INTERCEPT PHONE AS A MEANS OF PROOF IN CRIMINAL CASE</i> .....	27
<i>Amanda Merlini DUTRA</i>	
<i>FROM AMÉLIA TO MARIA DA PENHA: THE EVOLUTION OF CRIMINAL LAW AND THE LEGAL CONSTRUCTIONS IN THE PROTECTION OF WOMAN'S SEXUAL RIGHTS</i> .....	65
<i>Mayara Alice Souza PEGORER</i>	
<i>REFLECTION ABOUT CRIMINAL ACTION NO. 470 AND THE POSSIBILITY OF REVIEW BY THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS</i> .....	83
<i>Aline Maria Hagers BOZO</i> <i>Alvacir Alfredo NICZ</i>	
<i>PROHIBITION OF SOCIAL REGRESSION: ART STATE IN PORTUGAL AND IN BRAZIL</i> .....	103
<i>Vladimir BREGA FILHO</i>	
<i>PRECARIOUS LIFE AND HOMO SACER BRAZILIAN: THE SPREAD OF BARE LIFE IN BRAZILIAN SOCIETY AND BIOPOLITICS</i> .....	125
<i>Thiago Penzin Alves MARTINS</i>	
<i>THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF THE JUDICIAL ACTIVISM TO THE CONCRETION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS</i> .....	139
<i>Makena MARCHESI</i> <i>Leonardo Alvarenga da FONSECA</i>	
<i>RES JUDICATA IN CLASS ACTION AND THE MANAGEMENT AND ALLOCATION OF VALUES FROM THE COLLECTIVE IMPLEMENTATION OF HOMOGENEOUS INDIVIDUAL DAMAGE</i> .....	159
<i>Fernando Henrique ROSSI</i>	

THE TAX GREAT FORTUNES IN THE CONSTITUTIONAL TAX PRECEPTS.....	179
<i>Vinicius de AGUIAR</i>	
MANDATORY SUSPENSION OF INDIVIDUAL PROCESS IN COLLECTIVE PROCESS OF THE SAME SUBJECT: INSTRUMENT OF RATIONAL AND EFFECTIVENESS OF JUDICIAL PROTECTION .....	203
<i>Tereza Cristina Sorice Baracho THIBAU</i> <i>Alana Lucio de OLIVEIRA</i>	
TAX SYSTEM MODEL MANAGEMENT OF STATE: ANALYSIS OF TAX REFORM PROJECT .....	219
<i>Fábio Martins Bonilha CURI</i>	
ROUSSEAU'S GENERAL WILL AND DEMOCRACY: A DIALOGUE (STILL) REQUIRED .....	233
<i>Leandro Garcia Algarte ASSUNÇÃO</i>	
SCIENTIFIC PRODUCTION: DISSERTATIONS 2013 (July/December) .....	251
AUTHORS WHO PUBLISHED THIS ISSUE .....	255
GUIDELINES FOR SUBMISSION .....	261



# PREFÁCIO

Nessa edição de número 19 a Revista Argumenta do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, promove expressiva divulgação da produção intelectual desenvolvida por seus professores, mestres, mestrando e diversos colaboradores de Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento.

Constam da Revista grandes temas da atualidade como de Direito Internacional, onde promove a leitura da visão das novas fronteiras; processo penal e sua prova; proteção dos direitos sexuais da mulher; Corte Interamericana de Direitos Humanos; em tema de Direitos Fundamentais tem-se a proibição do retrocesso no direito comparado; em biopolítica a discussão da precarização da vida e o homo sacer brasileiro; a concretização dos Direitos Fundamentais por meio do ativismo judicial; nas ações coletivas a abordagem dos valores provenientes da execução e os danos individuais homogêneos; outro tema relevante abordado em relação aos preceitos tributários constitucionais é o das grandes fortunas e o modelo de Estado Gerencial e por fim, democracia e a vontade geral rousseauiana.

Assim, é de valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar para este momento, o solitário momento da leitura e da meditação.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo, aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente número da Revista.

Por fim, meu sincero agradecimento pela honra a que fui laureado ao promover o editorial do presente número, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como esta.

Edinilson Donisete Machado

Doutor em Direito Pela PUC-SP

Mestre em Direito Público pela UNESP

Professor de graduação e de Programa Mestrado da UENP e UNIVEM,  
Pesquisador CNPQ Grupo Gramática dos Direitos Fundamentais e do Grupo  
Democracia e Direitos Fundamentais.



# SABERES MARGINAIS, FRONTEIRAS EPISTÊMICAS, (DES)COLONIZAÇÃO INTELLECTUAL: reflexões para além do sistema mundial colonial/moderno

MARGINAL KNOWLEDGE, EPISTEMIC BORDERS,  
INTELLECTUAL (DES) COLONIZATION: reflections  
beyond the modern / colonial world system

*Mércia Miranda Vasconcellos CUNHA\**

**SUMÁRIO:** Considerações iniciais. 1. “Civilização e colonização”; 2. A discursividade dominante; 3. A colonialidade epistêmica; 3.1. A prisão do conhecimento; reprodução da dominação. 4. Epistemologia liminar. Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho propõe uma reflexão crítica, a partir do conceito de colonialidade, de transmodernidade, de pensamento fronteiriço, abordando que saberes considerados subalternos têm potencial epistemológico e podem ensejar reflexões importantes partindo de outros pontos de vista, de outros nortes que não os hegemônicos. A produção do conhecimento está arraigada ao imaginário marcado pela colonização intelectual eurocêntrica cujo valor universal é incontestado pelos pensadores. Nesse contexto, o pensamento único ocidental monopoliza a leitura da realidade e, nesse viés, mesmo os autores críticos compartilham da visão unicista, reducionista, atrelada a determinados lugares, culturas, línguas aceitos pelo saber hegemônico. Se as teorias são feitas a partir das margens do sistema moderno/colonial sequer são consideradas. Os saberes marginais têm potencial epistemológico e, se revelados e relevados, podem ocasionar a expansão das fronteiras epistêmicas e permitir a libertação das correntes que amarram a busca do conhecimento a saberes sempre traduzidos, contados, repetidos, possibilitando a descolonização intelectual.

**ABSTRACT:** This research intends a critical reflection based on the concept of coloniality, transmodernity, border thinking, broaching that knowledge considered

---

\* Doutoranda em Direito das Relações Sociais na UFPR, membro do NEFIL/UFPR, Procuradora do Estado do Paraná, coordenadora do curso de Direito – FANORPI. E-mail: [merciamva@yahoo.com.br](mailto:merciamva@yahoo.com.br). Artigo submetido em 15/10/2013. Aprovado em 08/01/2014.

underlings have epistemological potential and can give rise to important reflections starting from other points of view, other than the hegemonic north. The production of knowledge is rooted in the imagination marked by intellectual colonization Eurocentric universal whose value is undisputed by the thinkers. In this context, the occidental single thinking monopolize the interpretation of reality, and this way, even the critics authors share the same vision, reductionist, tied to certain places, cultures, languages accepted by hegemonic knowledge. If the theories are made from the margins of the system modern / colonial are even considered. The marginal have knowledge epistemological potential, and if revealed and developed, can lead to the expansion of epistemic boundaries and allow the release of the chains that bind the approach of knowledge to knowledges always translated, counted, repeated, allowing the intellectual decolonization.

**PALAVRAS-CHAVE:** saberes marginais, saber hegemônico, (des)colonização intelectual.

**KEYWORDS:** underlings knowledges, hegemonic knowledge, (des)colonization intellectual.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A expansão de fronteiras geográficas e intelectuais vividas pelo homem europeu desde o século XV disseminou o poder europeu, exercido nas conquistas e ocupações, ocasionando a imposição do horizonte cultural, científico, religioso, econômico, político, ecológico ao resto do mundo, inaugurando a primeira hegemonia mundial: o sistema europeu, moderno, capitalista, central.

A partir de então as relações dominantes de poder abarcaram todas as dimensões da construção da sociedade e, paulatinamente, desenharam um imaginário, construíram simbolicamente as interpretações do mundo que se instalaram nas mentes coletiva e individual, criando uma visão de mundo externa, “de fora”, que internalizada, acabou por tornar-se autoconsciência. A ideologia hegemônica difundida com a colonização estabeleceu uma hierarquia política e intelectual entre o mundo considerado desenvolvido, civilizado e o considerado subdesenvolvido, a civilizar. Com isso, os países do Centro, elites econômicas e políticas passaram a produzir o discurso, a partir de referenciais por eles adotados, que é reproduzido, traduzido, nos países periféricos.

A discussão empreendida sobre variados assuntos leva em conta somente a experiência européia que, supostamente, se universalizou. O discurso tradicional ontológico, pois, parte dos Estados europeus, atrelado à racionalidade moderna, assim, o discurso é utilizado em realidades absolutamente diversas e é aceito como verdade sem, muitas vezes, a devida reflexão crítica. O discurso disciplinador, dominante, produzido pelo centro hegemônico cria consensos, muitas vezes fictícios, além de não contemplar a realidade da periferia excluída, sendo veículo

para a colonização do pensamento e da ação. O discurso, já pronto, dado, construído é utilizado em realidades absolutamente diversas e é aceito como verdade e, a partir dele é que os demais discursos são (re)produzidos e aqueles que não observam os mesmos nortes e princípios ou que são produzidos fora do lugar hegemônico de produção de conhecimento sequer são apreciados, ao contrário, são considerados subalternos e sobre eles pesa o rótulo da descrença e do preconceito que acabam por ocasionar a marginalização.

Nesse viés, toda a busca do conhecimento partiu do centro hegemônico e nele se desenvolveu. A racionalidade lógica europeia efetivou a “leitura oficial” da história da humanidade, sendo que o povo “com história”<sup>1</sup> sabia escrever a história dos povos “sem história”. As reflexões empreendidas, desde então, levam em conta somente a experiência europeia que, supostamente, se universalizou, tornando-se limitada, produtoras de uma epistemologia reducionista, alheia às múltiplas possibilidades do conhecer.

Entretanto, nas últimas décadas do século XX despontou na América Latina uma nova produção intelectual, com claro sinal de busca por formas alternativas do conhecer, de refletir, considerando a realidade contextual do lugar de produção do pensar, bem como a diferença colonial existente. Esse novo pensar, ciente da diferença colonial, questiona, dentre outros pontos, o caráter colonial do fazer-conhecer-saber e faz a opção descolonial da produção do pensamento que se constrói a partir de saberes não considerados pela hegemonia ocidental, marginalizados, ocultados, negados.

A opção descolonial surge da experiência do viver na exterioridade, nas fronteiras da dominação da diversidade pelo pensamento unívoco imposto pelo centro do poder mundial. O mundo sob nova ótica. Diferentes formas de ver o mundo, de interpretar e de agir sobre ele despontam a partir de múltiplas vozes, da pluralidade epistêmica, dos saberes subjugados que possibilitam novos pensares com potencial para outras epistemes que possam coexistir.

As reflexões no presente estudo buscam alternativas à matriz colonial de poder instaurada a partir do século XV. Para isso, utilizam-se os conceitos de colonialidade, transmodernidade, pensamento liminar, pensamento fronteiriço, categorias pertencentes à exterioridade epistemológica eurocêntrica, alheias à lógica da colonialidade.

## **1. “CIVILIZAÇÃO” E COLONIZAÇÃO**

Entre massacres e lutas por sobrevivência, desenrolou-se a colonização da América. O homem branco, europeu, liberal, capitalista iniciou, a partir do século XV, a “civilização”, a “humanização” dos ignorantes, dos primitivos, dos inferiores, dos “não-seres”. Era imperioso que os valores europeus superiores fossem

---

<sup>1</sup> Termo utilizado por Walter D. Mignolo em: *Histórias locais, projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Belo Horizonte: UFMG, 2003

compartilhados com os bárbaros, a fim de civilizá-los. Civilizar pressupunha racionalizar todos os setores da vida como ciência, política, direito, tecnologia, economia. Desde então, os povos “bárbaros” vivenciam um processo de colonização, ramificado em diversas vertentes, que impôs o desconhecimento de si, além de desprezo, desconfiança e desdém pelo Outro.

No processo de “civilização” o diferente foi inserido na unidade e na identidade ocidental, o que resultou em violenta erradicação das alteridades nativas. Para justificar a dominação, a idéia de civilização é desenvolvida como oposição ao conceito de barbarismo, vinculando os povos periféricos que deveriam ser conquistados e civilizados, a fim de superar a existência, até então, “selvagem”. A oposição é o combate. O diferente era considerado como ameaça e, dada a posição “inferior” não era sequer sujeito, muito menos racional, por isso, foi colonizado, re-identificado geográfica, social e culturalmente.

Nesse contexto de dominação colonial, as relações desenvolveram-se entre os sujeitos e os não sujeitos, entre colonizadores e colonizados. Do centro, poder e dominação, da periferia, exploração e subjugação. A Europa ocidental era o centro do controle do poder, do desenvolvimento do capital e da modernidade/ racionalidade, bem como a própria sede do modelo histórico avançado de civilização. Assim, as realidades diversas foram submetidas ao mesmo pensamento, à mesma história – na qual somente as experiências européias importavam – às mesmas perspectivas de conhecimento. (QUIJANO, 2006, p. 74)

Aníbal Quijano afirma que não é surpreendente que a América tenha admitido a ideologia eurocêntrica sobre modernidade como verdade universal, pois estes se arrogavam exclusivamente o direito de pensar em si e apresentar-se como representantes da América. A colonialidade, pois, implicou a invisibilidade sociológica dos não-europeus, índios, negros, mestiços, ou, segundo o autor, a maioria da população da América, em especial, da América Latina, a respeito da memória histórica, do imaginário, do conhecimento “racional”, enfim, de identidade. (2006, p. 78).

O êxito da lógica da colonialidade não se deu somente pela força física, estruturou-se também na dominação, exploração e exclusão na esfera da produção e reprodução do conhecimento. Para manter a invisibilidade e o silêncio dos “não seres”, foi fundamental o controle do conhecimento, dos saberes que mantêm e reproduzem subjetividades, assim o pensar é exercitado com ideias e argumentos previamente fornecidos pelos dominadores, que acentuam, consolidam as categorias, conceitos, visões do mundo colonizador. Para Walter Mignolo, o eurocentrismo não é conceituado somente em aspectos geográficos, mas também em aspectos epistêmicos e históricos, que permitem o controle do conhecimento e da subjetividade, ou seja, a colonialidade do ser e do saber, a partir das quais é possível controlar a economia, a política, o gênero, a sexualidade, a subjetividade. (2009, p. 257)

A idéia de modernização, de civilização e de progresso aos nativos,

considerados preguiçosos, carentes de dinamismo e de capacidade empreendedora, imperou nas relações do Ocidente, a fim de administrar a evolução política e social das colônias. Tal discurso transformou-se em regime de representação mundial após a Segunda Guerra Mundial e operou a mudança do colonialismo explorador – colonialismo –, para o colonialismo cooperativo – desenvolvimento.

El discurso del desarrollo es em su totalidad el producto de las sensibilidades políticas, institucionales y morales de la época posterior a la Segunda Guerra Mundial. Desde esta perspectiva, al colonialismo como sistema político-económico le sucedió el desarrollo, con una ruptura precisa em algún punto de los años cincuenta, cuando los territorios coloniales obtenían la independencia y se comenzaban a concentrar en la construcción nacional. (RAJAGOPAL, 2005, p. 77)

Atréladadas, subjugadas à racionalidade dominadora, as colônias ibéricas nasceram subordinadas ao mercado e política externos, de onde provinham toda a renda e poder. Não havia interesse em cultivar algo duradouro nas colônias, ao contrário, a idéia era enriquecer a metrópole, dominar os povos, civilizar os bárbaros. Interessante destacar que, nas próprias colônias, as classes associavam-se ao sistema colonialista de domínio, com a intenção de tirar proveitos econômicos. A oligarquia preocupada com seus interesses particulares vinculava-se aos conquistadores, favorecendo a atuação desses.

Eduardo Galeano (2007, p. 172) salienta:

[...] as classes dominantes da sociedade colonial latino-americana não se orientaram jamais para o desenvolvimento econômico interno. Seus ganhos vinham de fora; estavam mais vinculados ao mercado estrangeiro do que à própria comarca. Donos de terras, mineiros e mercadores tinham nascido para cumprir esta função: abastecer a Europa de ouro, prata e alimentos.

A hegemonia colonial manteve-se além da dominação material – economia, autoridade, instituições – pela dominação epistêmica, pois o conhecimento pensado e difundido mediante o discurso propagado nas línguas oficiais, hegemônicas, foi fundamental para o controle da subjetividade. Tais “aparatos de hegemonia”, ao mesmo tempo em que são produto de uma ordem mundial estabelecida, produzem e reproduzem a mesma ordem, agindo de forma a normatizar, legitimar ideologicamente, cooptar elites dos Estados periféricos, absorver e funcionalizar as ideias contra-hegemônicas.

## **2. A DISCURSIVIDADE DOMINANTE**

O mundo vem sendo descrito e teorizado sob um só foco, mediante uma só linguagem e forma de produção discursiva, sem a observância de várias realidades

empíricas existentes, experiências históricas. O olhar insere-se no sistema ocidental, é centralizado, homogêneo e cria o mesmo “imaginário dominante do sistema colonial/moderno”<sup>2</sup> para os mais diversificados contextos, sem observar as diferenças existentes. Tal forma de produção discursiva, baseada somente nas perspectivas hegemônicas, cria um discurso dominante nas situações dialógicas e dominador, sendo reproduzido, ainda que produzido com sob a intenção da crítica.

O discurso é avaliado a partir do *locus* de produção e da perspectiva sob o qual se assenta. O discurso sob a perspectiva europeia que se apresenta como universal domina todas as demais produções discursivas, o que implica necessariamente na reprodução do “mesmo”, do pensamento dominante, justificando, via de consequência, a dependência e a própria dominação. A afirmação repetida, ainda que subliminar, de que a dominação é natural passa a fazer parte da cultura e a ser reproduzida pelo próprio oprimido que, aos poucos, tem a sua subjetividade esfacelada. Nesse sentido, Pablo González Casanova (2006, p.131) afirma:

Entre os dogmas ou crenças que as forças dominantes impõem estão os do “pensamento politicamente correto” que é o pensamento que não ameaça ou que fortalece a realização dos projetos dominantes. O pensamento “politicamente correto” é o que coincide com o pensar-fazer dos poderosos e com as mediações de seus interesses, de seus objetivos, de sua perpetuação, de suas necessidades, de seus oferecimentos e conquistas reais e virtuais, assim como o uso disciplinado de seus paradigmas, de seus textos, de sua linguagem, de sua retórica. Até a crítica ao sistema pode ser considerada “politicamente correta” se serve ao sistema à maneira de monitoração e retroalimentação que lhe permitam melhorar seus procedimentos para alcançar objetivos centrais.

A discursividade dominante enganosa dissimula, em nome da verdade, a presença de uma realidade de opressão e forma o senso-comum teórico, designando as condições de produção, circulação e consumo das verdades ideologicamente criadas. Perpetuam as conquistas, atrelam os conquistados ideologicamente, de forma tênue e despercebida, disciplinando-os a aceitação e vivência de seus paradigmas.

As produções de sentido do discurso criam versões do mundo abstraídas do seu contexto histórico e social, servindo ao poder e à opressão. Roland Barthes (2004, p. 11) chama a isso de discurso de poder “chamo discurso de poder todo discurso que engendra o erro e, por conseguinte, a culpabilidade daquele que o recebe”. Entende o autor que o poder está presente em toda parte, nos mais sutis mecanismos de intercâmbio social como nas modas, no senso comum, nas

---

<sup>2</sup> Expressão utilizada por Walter D. Mignolo em: *Histórias locais, projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.



informações, nos espetáculos, nas opiniões correntes, nas relações familiares e privadas e não somente no Estado, nas classes, no grupo social.

No processo de colonização, Eduardo Subirats (2006, p. 123) destaca:

O discurso colonial subordina epistemológica, ética e juridicamente o existente a uma categoria inanimada de objeto e dominação como processo de objetivação. Eis aqui o núcleo racional do processo colonial moderno: processo de dominação indeferenciada do real; e processo igualizador da civilização;

Dussel (s.d., p. 190) observa que a consequência do discurso reprodutor é o silêncio, a ausência do diálogo, porque não se sabe falar de forma autônoma, sem reprodução do silenciamento, sem utilizar a mesma racionalidade que desprezou e silenciou os oprimidos mediante a colonização.

O poderoso, ao universalizar o pólo dominante, oculta ao que sofre o seu poderio a situação de oprimido, e com isso o torna irreal. A partir de sua irrealidade se auto-interpreta (já que o dominador introjetou no dominado sua própria interpretação abusivamente universalizada) como “naturalmente” dominado. Ou seja, o europeu, e por isso sua filosofia, universalizou sua posição de dominador, conquistador, metrópole imperial e conseguiu, por uma pedagogia inconsciente, mas praticamente infalível, que as elites ilustradas sejam, nas colônias, os subopressores que mantenham os oprimidos numa “cultura de silêncio”, e que, sem saber dizer “sua” palavra, somente escutem – por suas elites ilustradas, por seus filósofos europeizados – sua palavra que os aliena: os faz outros, dá-lhes a imagem de serem dominadores estando efetivamente dominados.

O discurso dominante justifica como universalidade a particularidade europeia e o discurso reprodutor mantém tal justificação, mitigando qualquer possibilidade emancipatória. A esse respeito, Dussel (s.d., p. 19) ensina:

Os filósofos modernos europeus pensam a realidade que se lhes apresenta: a partir do centro interpretam a periferia. Mas os filósofos coloniais da periferia repetem uma visão que lhes é estranha, que não lhes é própria: vêem-se a partir do centro como não-ser, nada, e ensinam a seus discípulos, que ainda são algo (visto que são analfabetos dos alfabetos que se lhes quer impor), que na verdade nada são; que são como nadas ambulantes da história.

A inteligência e pronúncia do mundo é tarefa para homens seletos. A Filosofia dominante, fruto do pensamento do mundo como dominação e como

identidade, não se ateu à experiência mundial, mas exclusivamente regional, do centro, porém, com pretensão de universalidade, negando as particularidades das outras culturas. Assim, a complexidade existente é abafada pela seleção e simplificação a partir da unidade e torna-se universal e o filosofar desvirtua-se como prática disciplinada imposta pelo colonialismo e como forma de disciplinar novos conhecimentos, tornando-os subalternizados.

A Filosofia europeia definia natureza humana dentro de critérios, modos de pensamento, de comportamento e orientação racionalista ocidental, minimizando as culturas invadidas, subjugadas à condição de não ser, legitimando historicamente a dominação dos bárbaros, sob o pretexto de modernização e civilização. Os pensamentos, até os de pretensão pós-convencionais, são éticas das minorias hegemônicas dominantes possuidoras dos recursos, da palavra, dos argumentos, do capital e dos exércitos e ignoram os dominados, afetados-excluídos, nas negociações responsáveis pela criação dos consensos válidos universalmente para o sistema vigente.

Ao atribuir-se autoridade ao conhecimento e discurso europeus, desenvolvidos segundo critérios, modos de comportamento e orientação da racionalidade europeia, desprezando as demais culturas, a Filosofia e o discurso ocidental legitimou-se historicamente a colonização. Aníbal Quijano afirma que houve a destruição de todo um mundo histórico e talvez tenha sido “a maior destruição sociocultural e demográfica da história que chegou ao nosso conhecimento”. Além disso, após a eliminação de muitos dos mais importantes dirigentes, intelectuais, cientistas, artistas, houve uma continuada repressão material e subjetiva dos sobreviventes, até submetê-los à condição de camponeses iletrados, explorados e culturalmente colonizados e dependentes. (2006, p. 60, 61)

### **3.A COLONIALIDADE EPISTÊMICA**

O imaginário colonial difundido pelo discurso oficial, hegemônico, tomado por verdadeiro, é possível por meio do monopólio epistêmico, a que Walter Mignolo chama de “privilégio epistêmico” (2009, p. 260). De fato, atrelar a produção e reflexão científica ao pensar dominante, à tradição colonial permite que as próprias ideias advindas das reflexões circulem no interior do sistema colonial do poder, do saber e da subjetividade, reproduzindo padrões de pensamento.

O conhecimento obtido com as ideias pressupostas, já definidas dentro da ótica colonialista, acaba ensejando imitação, repetição do conhecimento produzido no centro do conhecer e culmina, via de consequência, na aceitação da ideologia dominante centrada nas suas teorias, estudadas nas periferias do conhecer, e, inclusive, repetição, no contexto periférico, da dominação. É um conhecer passivo, à disposição da vontade de poder. A simples repetição acrítica do pensamento, das palavras, do discurso, é uma adesão à política dominadora, uma autodomesticação para que outros aproveitem os benefícios da opressão.

O oprimido, o dominado, pensa com os argumentos do opressor, dominador,

e não é capaz de criar argumentos próprios capaz de levá-lo à libertação. Os excluídos perdem o seu conteúdo crítico para tornarem-se descritivos e operatórios. Os valores da cultura dominante são incorporados, internalizados, e harmonizados com a ordem estabelecida por meio da assimilação do ideal passado pela educação acrítica, impossibilitando uma correta visão da realidade opressora.

O conhecimento<sup>3</sup> é ordenado, conformado, apático, tolhido de criatividade, e pensa o pensar do outro, *discursa o discurso do outro, com os argumentos do outro e a enxerga a realidade própria a partir dos padrões do outro*. Esse pensar alijado aliena a verdadeira condição humana dos colonizados, fazendo com que esses se acostumem à experiência da colonização, como ela se apresenta, de modo a torná-la normal e até querida.

A libertação autêntica, que é a humanização em processo, não é uma coisa que se deposita nos homens. Não é uma palavra a mais, oca, mitificante. É práxis que implica na ação e na reflexão dos homens sobre o mundo para transformá-lo. (FREIRE, 1984, p. 77)

O privilégio epistêmico que produz a reprodução do conhecimento ensina a cultura do dominador, auxilia na introjeção dessa cultura nos pesquisadores, nos cientistas que passam a perceber a realidade sob a ótica dos opressores, amoldam padrões, modos de vida, convencem-se de sua inferioridade, solidificando valores culturais de dominação, ensejando uma quase “aderência” à opressão. Há uma clara invasão cultural, antidialógica que serve à manipulação e manutenção da opressão, porque a visão “transmitida” já é uma visão deturpada, distorcida da realidade, na medida em que mostra a “superioridade” do invasor e a “inferioridade” do invadido. A produção e reprodução do pensamento dominante pelos próprios dominados ensinam a conformação com a situação colonial existente, que acaba por culminar em uma “cultura do silêncio”, em vez de auxiliar na transformação da situação opressora.

Ainda nesse viés, o conhecimento reprodutor e reproduzido acaba por propiciar que os oprimidos tendam a oprimir também, uma vez que reproduzem a opressão. Paulo Freire entende que (1984, p. 35):

---

<sup>3</sup> A propósito do conhecimento, Paulo Freire (1984, p. 66) utiliza da expressão “educação bancária” para a educação reprodutora e salienta que, em vez do educador comunicar, ele faz “comunicados” e depósitos que os educandos recebem pacientemente, memorizam e repetem. Em outras palavras, a única margem de ação dos educandos é a de receber os depósitos, guardá-los e arquivá-los. Não há criatividade, não há transformação, somente arquivos, depósitos e reproduções. Na visão bancária, o saber é uma doação dos que se julgam sábios aos que julgam nada saber, ensejando uma absolutização da ignorância, um falso saber. Seguindo esse raciocínio, a educação depositária, realizada a partir transferência de valores e conhecimentos, reflete a sociedade opressora e torna-se um ótimo instrumento de manutenção de conquista e dominação, com transmissão das idéias<sup>4</sup> e dos argumentos daqueles que oprimem. A educação bancária integra o oprimido como tal na estrutura sistêmica opressora, educando a mentalidade para se conformar com a situação e não transformá-la e acaba sendo uma educação a serviço da desumanização. (FREIRE, 1984, p. 77)

Os oprimidos que introjetam a “sombra” dos opressores e seguem suas pautas, temem a liberdade, na medida em que esta, implicando na expulsão desta sombra, exigiria deles que “preenchessem” o “vazio” deixado pela expulsão com outro “conteúdo” – o de sua autonomia. O de sua responsabilidade, sem o que não seriam livres. A liberdade, que é uma conquista, e não uma doação, exige uma permanente busca. Busca permanente que só existe no ato responsável de quem a faz. Ninguém tem liberdade para ser livre; pelo contrário, luta por ela precisamente porque não a tem.

Assim, o privilégio epistêmico, bem como o rigor das fronteiras epistêmicas, gera a reprodução do conhecimento que, por sua vez sustenta a colonialidade no viés epistêmico, transformando os integrantes da sociedade em membros disciplinados de um sistema que os oprime e os nega. Imersos nas engrenagens da estrutura dominadora, os oprimidos temem a liberdade e, por isso, acomodam-se e adaptam-se. Disciplinados, mantêm a pseudo-ordem que os une à situação hegemônica de dominação.

### **3.1. A prisão do conhecimento**

O conhecimento, notadamente, científico, além de ter limites e fronteiras bem delimitados, foi aprisionado em sua lógica, racionalidade, cientificidade. A ele coube a explicação da realidade. Segundo Boaventura de Sousa Santos, a ciência arrogou para si o privilégio epistemológico e opera autonomamente segundo suas próprias regras e lógicas para produzir um conhecimento verdadeiro ou tão próximo da verdade quanto é humanamente possível.

A verdade consiste na representação fiel ou, pelo menos, o mais aproximada possível da realidade que existe, independentemente das formas que assume e dos processos através dos quais é produzido o conhecimento que se tem dela. Uma vez criadas e estabilizadas as condições institucionais que garantem a autonomia da ciência, tal verdade e tal representação não estariam sujeitas ao condicionamento ou à manipulação por parte do mundo não científico. (2006, p. 138)

Assim, a ciência tornou-se a única explicação possível da realidade. A premissa da unidade permeou o conhecer que abstraiu as diversas possibilidades, realidades sociais e culturais, ontológicas e ainda assumiu a missão “civilizadora” dos povos inferiores. O conhecimento produzido sob o marco ocidental passou a reinar e a ser absorvido e reproduzido sob os limites certos da unicidade, homogeneidade e se universalizou, mantendo a hegemonia pela repetição do mesmo.

A reprodução do conhecimento ocorre, em boa medida, pela compartimentação do conhecer, pela submissão do trabalho intelectual à disciplina,

submetida a uma técnica específica, ao rigor, à exatidão, à clareza. Segundo Casanova, as possibilidades e limitações das articulações de conhecimento possuem raízes em Aristóteles e sua sistematização do conhecimento científico. Para o autor o estilo aristotélico demonstra o autoritarismo que faz da disciplina uma forma de dominação do conhecimento. (2006, p. 13/15).

Segundo Casanova (2006, p. 15):

A disciplina como autoritarismo pode se converter em uma “aprendizagem da ignorância” e em um freio ao enriquecimento das especialidades e da cultura geral. E mais: amiúde com o pretexto de lutar contra a indisciplina e pelo rigor, luta-se contra a indisciplina e contra as especialidades interdisciplinares que permitem alcançar maior rigor no conhecimento de relações opressoras e maior eficácia e ativação das relações e dos vínculos libertadores.

A compartimentação a especialização, a racionalização rigorosa importam um paradigma dominante, ainda, e suas forças impõem o “pensamento politicamente correto”<sup>5</sup> que coincide com o pensar-fazer dos poderosos e com as mediações de seus interesses, objetivos, bem como a perpetuação desses, além de suas necessidades, conquistas, uso de sua linguagem, de seus textos, de sua retórica. A crítica nesse contexto também será “politicamente correta” se não denunciar o sistema dominação-apropriação ou, acaso denuncie, não contribua para um pensar-fazer alternativo do sistema que continua escravizado à normatividade hegemônica.

Qualquer manifestação fora desses limites sistêmicos é desestabilizada, subjugada, debilitada, desestabilizada, compreendida como falsidade conceitual e factual para o conhecimento e para o próprio conhecer. “A história racional da ciência viu-se acompanhada de uma história passional que a impedia de romper suas convenções”. (CASANOVA, 2006, p. 131 e 258). Esse aprisionamento sistêmico do conhecimento e sua manipulação pelas forças hegemônicas acarretaram a coisificação da pessoa humana, com o “uso humano de seres humanos (CASANOVA, 2006, p. 43), a exclusão da maioria da humanidade que vive na miséria e na ignorância.

#### **4. EPISTEMOLOGIA LIMINAR**

As histórias locais das várias realidades transformaram-se em história universal, sem a observância da pluralidade de vertentes, de acontecimentos, de forças e foram escritas e difundidas pelos povos que detinham o privilégio do conhecimento e o poder discursivo. Não obstante, segundo Walter Mignolo, nenhum desses discursos históricos observou a matriz colonial de poder e o conhecimento sempre foi instrumento para o controle e domínio dos colonizados, bem como era o

<sup>5</sup> Termo utilizado pelo autor Pablo González Casanova.

fio condutor para a colonização nos outras esferas, tais como social, econômica, política, dentre outras. Sob esse aspecto, os povos subjugados pela colonização vivenciam um vácuo entre a história contada e as experiências vividas.

O pensamento ocidental possui limites epistemológicos bem definidos e não observa ou releva qualquer outro potencial epistemológico que não o hegemônico, notadamente o advindo de povos inferiores, bárbaros, sem cultura como os colonizados. Assim, potencialidades iguais vêm sendo subordinadas umas às outras pela colonialidade do poder, mantendo-se a diferença epistêmica colonial.

Diante desse quadro, bem como das exigências da realidade plural, criativa, há efetiva proposta de libertação, inclusive no viés epistêmico. Walter Dignolo entende que há escolhas, dentre elas a de pensar nas margens do sistema e a partir delas e adotar pensamentos liminares, fronteiriços, que estão antes e vão além dos pensamentos já conhecidos e aceitos, como futura ruptura epistemológica.

Segundo Dignolo (2003, p. 35):

Nossos objetivos não são a salvação, mas a descolonização e transformação da rigidez de *fronteiras* epistêmicas e territoriais estabelecidas e controladas pela colonialidade do poder, durante o processo de construção do sistema mundial colonial/moderno.

Não há proposta salvacionista, única, apenas apresentação e defesa de possibilidades, de alternativas para um novo pensar, fazer, criar, que considere as múltiplas potencialidades, realidades e que dialogue constantemente com os outros saberes em busca do aprimoramento do conhecer e ampliação das fronteiras do conhecimento. As diferenças coloniais invisíveis à produção do saber, aliadas à colonização, somente serão superadas mediante a produção de novos saberes, propostas de novas reflexões, cujos pensamentos advenham de um mais além do sistema e sejam ouvidos e considerados e possam proporcionar diálogos e, via de consequência, amadurecimento intelectual.

A produção intelectual e acadêmica ainda está presa aos legados europeus, às manipulações metodológicas, descartando qualquer outra possibilidade epistemológica. Os discursos ainda são ordenados e reproduzem figuras e argumentos criados pelo centro hegemônico. Disso resulta a continuidade da sujeição discursiva, epistêmica, de obediência ao poder colonial que se perpetua pela adesão interna de seus postulados pelos próprios colonizados.

O olhar somente sob a perspectiva eurocentrista bloqueia a percepção ampla das diversas experiências históricas e sociais, levando o pesquisador a aceitar somente uma verdade e, via de consequência, produzir um pensamento circular, com a reprodução do discurso do mesmo. Assim, a heterogeneidade histórico-cultural, as várias histórias vivenciadas no mesmo tempo, formas de existência social cujas procedências podem ser as mais diversas também devem ser observadas além da visão dual do pensamento hegemônico. Aníbal Quijano

entende que se deve liberar a “retina histórica” da prisão eurocentrista e re-conhecer a história (2006, p. 59).

A teorização sobre a produção do conhecimento, nesse viés, parte das margens externas do sistema colonial mundial, ou seja, alheia à perspectiva moderna eurocêntrica colonial, ciente da diferença colonial, da criatividade e potencialidade dos saberes silenciados pelo pensamento dominante. Nessa perspectiva, os saberes subalternos, marginalizados não são somente “culturas” a serem estudados, mas possuem potencial epistemológico a ser desenvolvido, capaz de produzir diálogo com os outros saberes, produzindo várias descrições, sob várias perspectivas, capazes de propiciar transformação epistemológica.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A reflexão implementada neste estudo pautada no pensamento descolonial buscou apresentar questionamentos inquietantes que causam desconforto e desconfiança sobre a produção circular do conhecimento, base de sustentação e solidificação da colonização – no viés do saber –, pela aceitação interna da subjetividade subjugada mediante teses que reproduzem os argumentos alheios, descontextualizados capazes de controlar o próprio pensar e viver.

O conhecimento deve servir à vida, à produção e reprodução da vida digna em comunidade. O conhecimento deve observar a diferença colonial, os conteúdos históricos soterrados pela vertente oficial da história, os saberes locais, descontínuos, desqualificados, desordenados e considerá-los da mesma forma que os saberes ordenados, contínuos, qualificados que dominam o próprio conhecer, propiciando um novo terreno epistemológico.

A diferença colonial, notadamente a epistêmica, deve fazer parte das reflexões empreendidas nos diferentes locais de produção de raciocínio, a fim de possibilitar novos nortes, nova dimensão epistemológica. O saber é acessado por meio de vários horizontes e não somente o hegemônico. As linguagens, múltiplas, devem dialogar, sem a intenção de conter a verdade. As diferenças não são meros potenciais de estudo, mas são pontos de partidas para novos estudos.

Para a construção do novo, a desconstrução é fundamental. Se o sistema dominante não é verdadeiro, nem válido, nem eficaz para a vida ou dignidade das vítimas, é preciso denunciá-lo, a fim de haver uma conscientização crítico-ética, momento em que a alteridade dos excluídos retira o véu da ilegitimidade e da perversidade do sistema de valores a eles imposto, permite a reflexão a partir de novos fundamentos, o diálogo substancial, com questionamento crítico e a superação.

Finalmente, para mudar, é preciso ousar. A mudança necessária não é somente o rompimento de cadeias, a readequação de discursos pré-existentes, a exigência de abertura no sistema, a reestruturação de instituições consolidadas, mas ruptura com a desumanização e a busca ao desenvolvimento de possibilidades positivas da vida humana.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

\_\_\_\_\_. *As origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

BORON, Atilio A. *O socialismo no século 21: há vida após o neoliberalismo?* São Paulo: Editora Expressão Popular, 2010.

BOURDIEU Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

CABRAL, Amílcar. Livro <http://www.amilcabcabral.org/livro.pdf>, acesso em 05.03.2013.

CASANOVA, Pablo G. *As novas ciências e as humanidades: da academia à política*. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2006.

DUSSEL, Enrique. *Política de La liberación: arquitetônica*. Volume II. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

\_\_\_\_\_. *Europa, modernidade e eurocentrismo*. In. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Edgar Lander (org): Clacso, 2005. P. 55-70.

\_\_\_\_\_. *Filosofia da libertação na América Latina*. São Paulo: Edições Loyola e Piracicaba: Editora Unimep, s.d.

\_\_\_\_\_. *Para uma ética da libertação latino-americana III: erótica e pedagógica*. São Paulo: Loyola e Piracicaba: Unimep, s.d.

\_\_\_\_\_. *Para uma ética da libertação latino-americana IV: política*. São Paulo: Loyola e Piracicaba: Unimep, s.d.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. 46. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

JINKINS, Ivana (org). *Margem esquerda: ensaios marxistas n.15*. São Paulo: Boitempo, 2010.



\_\_\_\_\_. *Margem esquerda: ensaios marxistas* n. 16. São Paulo: Boitempo.

LINERA, Alvaro Garcia. *A potência plebéia: ação coletiva e identidades indígenas, operares e populares na Bolívia*. São Paulo: Boitempo, 2010.

LUDWIG, Celso Luiz. *A transformação da filosofia e a libertação*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR n.º 43.

MIGNOLO, Walter. *La Idea de America Latina : la derecha, la izquierda y la opción decolonial* In Crítica y Emancipación, n. 2, primereiro semestre, 2009. P. 251- 276.

\_\_\_\_\_. *Histórias locais, projetos globais*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

QUIJANO, Aníbal. *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina*. In A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Edgar Lander (org): Clacso, 2005. P. 227-278.

\_\_\_\_\_. *Os fantasmas da América Latina*. In Oito visões da América Latina. Adauto Novaes (org). São Paulo: Senac, 2006. P.49-85.

RAJAGOPAL Balakrishnan. *El derecho internacional desde Abajo: el desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo*. Bogotá: ILSA, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 13. Ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SUBIRATS, Eduardo. *Viagem ao fim do paraíso*. In Oito visões da América Latina. Adauto Novaes (org). São Paulo: Senac, 2006. P.87-146.

VITA, Alvaro de e BORON, Atilio A (orgs). *Teoria e filosofia política: a recuperação nos clássicos no debate latino-americano*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Buenos Aires: Clacso, 2004.



# INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

## THE INTERCEPT PHONE AS A MEANS OF PROOF IN CRIMINAL CASE

*Amanda Merlini DUTRA\**

**SUMÁRIO:** 1. O Estado como meio de defesa social; 1.1 Estado e Direito; 1.2 Princípios e valores; 1.2.1 Princípio da proporcionalidade; 2. Do direito à prova; 2.1 Da prova no processo penal; 2.2 Princípios aplicáveis às provas; 3. Das interceptações telefônicas; 3.1 Aspectos conceituais; 3.2 Disciplina do Direito Brasileiro; 3.3 Aspectos da Lei 9.296/1996; 3.3.1 Aspectos constitucionais da Lei 9.296/1996; 3.3.1 Aspectos constitucionais da Lei 9.296/1996; 3.3.2 Aspectos processuais; 3.3.3 Aspectos materiais da Lei 9.296/1996; 4. Considerações finais; Referências Bibliográficas

**RESUMO:** O artigo trata sobre a utilização da interceptação telefônica como meio de prova lícita no processo penal, sem que sejam ofendidos os direitos fundamentais individuais do cidadão, tendo como fundamento maior o princípio da proporcionalidade, aplicado no Estado Democrático de Direito.

**ABSTRACT:** The article discusses the use of telephone interception as permissible evidence in criminal proceedings, without being offended the fundamental rights of individual citizens and is based upon the principle of proportionality, applied in a democratic state.

**PALAVRAS-CHAVE:** Interceptações telefônicas. Provas. Processo Penal. Direitos Fundamentais. Proporcionalidade.

**KEYWORDS:** Telephone intercepts. Evidence. Criminal Procedure. Fundamental Rights. Proportionality.

### INTRODUÇÃO

O homem se agrupa em sociedade com o fim de se proteger e, o faz por

---

\*Acadêmica do Curso de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail: [amanda@hotmail.com](mailto:amanda@hotmail.com). Artigo submetido em 16/10/2013. Aprovado em 04/11/2013.

meio do Estado. Desse modo, o Estado tem o dever de proteger valores fundamentais para a subsistência do meio social.

Para garantir tal proteção, o Estado deve ter à sua disposição meios de controle efetivo que garantam a segurança jurídica e social da população ao combate do crime organizado. No entanto, a atuação estatal não é irrestrita ou ilimitada. Ela deve estar em consonância com os direitos e garantias fundamentais previstos não só na Constituição Federal de 1988, mas em todo ordenamento jurídico, tendo em vista que estamos sob a égide de um Estado Democrático de Direito.

O Estado, como hoje é conhecido, é fruto da evolução social. Dentre suas funções primordiais encontramos o poder-dever de garantir à sociedade a paz social. Para compreender situação atual que em que o Estado se encontra, é necessário um estudo acerca da origem do Estado e sua evolução ao longo das transformações sociais.

## **1. O ESTADO COMO MEIO DE DEFESA SOCIAL**

O termo “Estado”, derivado do latim *status* (estar firme), como hoje é utilizado, foi empregado pela primeira vez em 1513, por Maquiavel, em sua obra “O Príncipe”, significando “situação permanente de convivência ligada à sociedade.” (DALLARI, 2009, p. 51). O termo difundiu-se durante os séculos XVI e XVII entre franceses, alemães, ingleses, tornando-se como sinônimo de sociedade política no Século XVI. Dalmo de Abreu Dallari (2009, p. 52-53) ensina que existem basicamente três posições distintas sobre o aparecimento do Estado. A primeira delas acredita que, da mesma maneira que a sociedade, o Estado sempre existiu. A segunda, que embora a sociedade sempre tenha existido, o surgimento do Estado teria sido posterior, ou seja, a sociedade existiu por um período independente do Estado. Por fim, a terceira corrente defende que somente a sociedade política dotada de certas categorias pode ser definida como Estado, portanto, o Estado teria surgido apenas no Século XVII, no ano de 1648, ano este em que foi assinada a paz de Westfália.

Para poder compreender a primeira teoria, é preciso ter certo conhecimento acerca da existência da sociedade, pois os autores que defendem tal teoria acreditam que o aparecimento do Estado coincide com o surgimento da sociedade.

A origem da sociedade está ligada à seguinte dicotomia: o homem vive em sociedade por liberalidade ou então, há uma coação irresistível que o obriga a viver de maneira agrupada? Tais questionamentos resumem os dois grandes grupos teóricos existentes sobre origem da sociedade. O primeiro grande grupo acredita que a sociedade se desenvolveu naturalmente, pois ela é fruto da própria natureza humana. Já o segundo, sustenta que a sociedade é apenas um ato de escolha humano, fruto de um acordo de vontades (teoria do contratualismo).

A primeira teoria, que possui um número maior de seguidores, defende que o homem é um ser social por natureza. Dentre seus seguidores mais remotos encontramos: Aristóteles (século IV A.C), Cícero (século I A.C), Santo Tomás de Aquino. Tais autores defendem que existem fatores naturais determinantes, fatores

estes que fazem com que o homem procure viver em agrupamento social. Somente os seres mais elevados e vis conseguiriam viver em isolamento. (DALLARI, 2009, p. 10).

Assim, para aqueles que defendem a sociedade natural, a origem da sociedade é decorrente da necessidade humana de cooperação, com a finalidade de preservar sua própria existência, aliada à vontade humana, tendo em vista que o homem busca aprimorar a vida social.

A segunda corrente doutrinária defende que a origem da sociedade “é fruto de um acordo de vontades, ou seja, de um contrato hipotético celebrado entre homens” (DALLARI, 2009, p. 12). Para os contratualistas, a sociedade é oriunda da vontade humana, que repele o estado de natureza através da celebração do contrato social.

Apesar de existirem grandes defensores do contratualismo, atualmente prevalece a teoria do naturalismo, segundo a qual a sociedade se origina naturalmente. Todavia, não se exclui a consciência e a vontade humana.

Em suma, resta dizer que a sociedade é fruto da natureza do homem aliada à participação da vontade e da inteligência humana. Ela necessita para existir da convivência pacífica de seus membros que só se faz possível mediante a implementação de normas sociais, que garantam o direito de cada um. É necessário que elas estabeleçam os deveres e os limites de atuação de cada cidadão. (BASTOS, 2004, p. 31).

O Estado surge, portanto, como um meio de defesa e proteção social, onde cada indivíduo deixa de agir conforme sua vontade isolada e passa a submeter-se a normas cogentes, visando o bem-estar social.

Visando à continuidade da vida em sociedade, à defesa das liberdades individuais, em suma, ao bem-estar geral, os homens organizaram-se em Estado. Desde então eles se submeteram às ordens dos governantes, não mais fazendo o que bem queriam e entendiam, mas o que lhes era permitido ou não proibido. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 42).

Desse modo, a existência do Estado é imprescindível para a existência da sociedade. Não há, portanto, sociedade sem Estado, pois aquela depende deste para sobreviver. Caso não houvesse Estado, a existência humana estaria condenada à degradação, pois cada indivíduo agiria conforme sua própria vontade, não haveria submissão às normas e ainda, não haveria um pensamento social e coletivo.

De acordo com os ensinamentos do professor Miguel Reale, o Estado é tanto meio quanto fim, na medida em que, proporciona ao indivíduo inserido em uma coletividade vida digna e, também, traduz os valores éticos essenciais que

devem ser respeitados por todos para que a coexistência em sociedade seja possível, respectivamente.

Donde dizer-se com razão que o Estado é, ao mesmo tempo e complementarmente, um meio e um fim. É um meio na medida em que sua estrutura e força originam-se historicamente, através de mil vicissitudes, para possibilitar aos indivíduos uma vida condigna no seio de uma comunidade fundada nos valores de paz e do desenvolvimento.

Por outro lado, o Estado se põe como fim, enquanto representa, e tão somente quando representa, concomitantemente, uma ordem jurídica e uma ordem econômica, cujos valores devem ser respeitados por todos como condição de coexistência social harmônica, onde os direitos de cada um pressupõem iguais direitos dos demais, assegurando-se cada vez mais a plena realização desse ideal ético. (REALE, 2005, p. 80).

Assim, o Estado surge como uma opção da sociedade, visando aumentar as chances de sobrevivência e desenvolvimento da humanidade, ou seja, sua própria subsistência.

## **1.1 Estado e Direito**

Estado, enquanto entidade política, possui íntima ligação com o Direito, tendo em vista que é este que estabelece seus contornos de atuação, limitando seu agir.

A presença do Estado enquanto entidade interfere cotidianamente na vida em sociedade, direcionando sua atuação, impondo restrições ao que os indivíduos podem ou não fazer, reprimindo os infratores que afrontam bens ou interesses da sociedade ou do próprio Estado. Este, exercendo poder, limita a liberdade individual, fazendo-o por meio do direito, que, nesse sentido, funciona ele próprio como instrumento regulador da atividade estatal, já que esta não se pode dar sem controle, ou seja, de forma ilimitada. (BONFIM, 2010, 33-34).

É certo que o Estado possui grande poder de impor inúmeras restrições aos indivíduos, garantindo, desse modo, que o convívio social seja pacífico. Ocorre que essa restrição aos direitos fundamentais individuais não pode ser ilimitada. Por tal motivo, o Direito surge como meio de estabelecer balizas norteadoras da atuação estatal.

O ordenamento jurídico – o conjunto de normas jurídicas – de determinado Estado molda, por conseguinte, sua atuação, a fim de evitar ocorrência de arbitrariedades, como o exercício da força fundado exclusivamente na vontade do governante, em detrimento do bem comum. (BONFIM, 2010, p. 34).

O ordenamento jurídico, portanto, possui relevância no Estado Democrático de Direito, pois além de garantir segurança às relações sociais, protege os direitos individuais fundamentais da atuação desmedida do Estado.

Partindo do pressuposto que as normas jurídicas limitam a atuação estatal, não seria admissível que tais normas emanassem do próprio ente que deveria

cumpri-las. Se tal fato ocorresse, é evidente que o Estado elaboraria apenas as normas que atendessem seus próprios interesses e não os interesses da coletividade.

É certo que nos primórdios todo poder estava entregue nas mãos de uma só pessoa, como ocorria nos regimes tribais, de economia familiar patriarcal e até nos regimes monárquicos, conforme ensina Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 42). Tal fato de certa forma causava insegurança e não garantia proteção aos indivíduos, tendo em vista que a atuação do governante não possuía limites e não existiam freios que fossem capazes de limitá-la.

Pensando em tais questões, filósofos modernos como Locke e mais especificamente Montesquieu perceberam que as principais funções estatais não poderiam ser entregues a um mesmo ente, havendo necessidade da separação dos poderes essenciais do Estado.

Perceberam, assim que o poder funcionava de modo mais equilibrado se a função de criar as normas jurídicas fosse exercida por órgão diverso daquele que se incumbiria de cumpri-las ou providenciar para que fossem cumpridas. Surgia a doutrina da separação de Poderes (*rectiu*, funções), que exerce grande influência na maneira segundo a qual os Estados atualmente são organizados. Com base na doutrina de Montesquieu (*O Espírito das Leis*), o poder estatal deveria ser exercido por três Poderes, independentes e harmônicos do ponto de vista funcional. (BONFIM, 2010, p. 35, grifo do autor).

Muitos autores criticam o termo “separação dos poderes”, por acreditarem que o Poder do Estado é uno e indivisível, defendendo, desse modo, que seria mais correto o termo “divisão de poderes”, sendo que as funções preponderantes do Estado que seriam divididas.

É preciso considerar que a teoria da separação dos Poderes eclodiu nos meados do século XVIII, no Iluminismo, como meio de enfraquecer o Estado Soberano, garantindo assim mais liberdade aos indivíduos. Já a separação das funções estatais garantiu que o serviço prestado pelo Estado fosse mais eficaz, atingindo com mais êxito as necessidades sociais.

De fato, quando se pretende desconcentrar o poder, atribuindo seu exercício a vários órgãos, a preocupação maior é defesa das liberdades do indivíduo, pois quanto maior for a concentração do poder, maior será o risco de um governo ditatorial. Diferentemente, quando se ignora o aspecto do poder para se cuidar das funções, o que se procura é aumentar a eficiência do Estado, organizando-o de maneira mais adequada para o desempenho de suas atribuições. (DALLARI, 2009, p. 217).

Desse modo, é preciso ter em mente a Separação dos Poderes, historicamente, surgiu como um meio de limitar e enfraquecer o Estado. Com a evolução social, percebeu-se que tal separação apresentava uma atuação mais

eficaz, proporcionando um melhor atendimento aos anseios sociais.

Quer adote-se uma corrente ou outra, é certo que a separação de poderes é extremamente benéfica ao meio social, pois além de limitar a atuação estatal, garante que tal ente realize seu serviço com mais presteza e eficiência.

Conforme ensina Edílson Mougenot Bonfim, “O poder do Estado, uno soberano, fica, dessa maneira, diluído entre os Poderes que o compõem” (2010, p. 35).

Portanto, para atingir seus fins, o Estado entregou suas funções básicas a três órgãos distintos: Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo que cada órgão possui, dentro de seu campo de atribuições, funções essenciais e não conflitantes, sendo, portanto, conforme determina o artigo 2º da Constituição Brasileira de 1988,<sup>1</sup> “independentes e harmônicos entre si”.

Assim, o Poder Legislativo tem por função primordial a elaboração de normas jurídicas, enquanto o Executivo terá por função primordial o cumprimento, de ofício, e de acordo com critérios próprios, do que determinam aquelas normas jurídicas. Já o Poder Judiciário encarregar-se-á, primordialmente, da jurisdição. (BONFIM, 2010, p. 35).

O Estado, através do Poder Legislativo, elabora suas leis com o intuito de traduzir os anseios sociais essenciais, disciplinando as condutas humanas, regulando, de igual modo, as relações individuais. Além disso, as normas elaboradas pelo Estado trazem as consequências oriundas da não observância de seus próprios preceitos legais.

Para manter a harmonia no meio social e, enfim, para atingir os seus objetivos, um dos quais se alça à posição de primordial – o bem-estar geral –, o Estado elabora as leis, por meio das quais se estabelecem normas de condutas de certos fatos e acontecimentos que surgem na vida em sociedade. Essas normas, gerais e abstratas, dispõem, inclusive, sobre as consequências que podem advir do seu descumprimento. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 43).

As normas, portanto, são indispensáveis para a existência do convívio social, pois elas dão as diretrizes de como o homem deve agir perante seu semelhante e, também, estabelece os limites da atuação estatal, preservando direitos individuais, além de proporcionar ao Estado meios de atuação adequados em favor do interesse comum.

## **1.2 Princípios e valores**

As regras jurídicas originam-se do poder soberano do povo, que elege seus representantes para atuarem no Poder Legislativo, elaborando-as. Cabe ao Poder Legislativo, portanto, traduzir os anseios e valores sociais considerados mais relevantes, transformando-os em regras cogentes, fazendo com que tais valores sejam respeitados socialmente.

---

<sup>1</sup> Art. 2º São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.



Ocorre que a sociedade está em constante transformação, e isso faz com que, caso as regras não fossem interpretadas, elas perderiam seu sentido de ser. Sob tal enfoque, os princípios e valores ganham um campo de atuação especial, pois permitem que as regras jurídicas sejam atualizadas constantemente, traduzindo os atuais anseios sociais de uma determinada sociedade.

Apesar de estarem próximos, os princípios não se misturam com os valores, isto é, seus conceitos não se confundem, conforme posicionamento de Robert Alexy, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Tal autor ensina que as normas jurídicas se dividem em princípios e regras, ambas situadas no campo deontológico. Há, ainda, os valores, situados no campo axiológico.

Portanto, para tal autor, tais institutos estão em campos distintos: enquanto o princípio encontra-se em um campo deontológico (campo do dever ou dever ser), o valor situa-se no campo axiológico (aquilo que é considerado bom).

[...] fica fácil perceber a diferença entre o conceito de princípio e o conceito de valor. Princípios são mandamentos de um determinado tipo, a saber, mandamentos de otimização. Como mandamentos, pertencem eles ao âmbito deontológico. Valores, por sua vez, fazem parte do nível axiológico (ALEXY, Robert, 2011, p. 146).

Os princípios são expressões normativas dotadas de vagueza e de amplitude considerável, servindo como norte de todo ordenamento jurídico, bem como de fundamento para aplicação das leis em casos concretos. Paulo Bonavides (2011, p. 283), ao conceituar o termo princípio, define-se como “a pedra de toque ou critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada”. Assim,

Os princípios são dotados de *vagueza*, no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico. Trata-se de uma expressão de valores principais de uma dada concepção de Direito, naturalmente abstratos e abrangentes. Não quer isso dizer, todavia, que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos: ao contrário, possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato, assim que os princípios sejam *determináveis em concreto*. (ROTHENBURG, 1997, p. 18, grifo do autor).

São exatamente a generalidade e a vagueza que permitem que os princípios sejam flexíveis, amoldando-se às situações de fato. Permitem, também, que as normas jurídicas acompanhem as mutações da evolução social. Sobre tal assunto, Walter Claudius Rothenburg posiciona-se da seguinte maneira:

Da generalidade e da vagueza decorre a plasticidade que os princípios jurídicos apresentam, permitindo-lhes amoldarem-se às diferentes situações e assim acompanharem o passo da evolução social. Essa é uma característica predominantemente formal: prende-se antes à expressão linguística dos princípios que a seu sentido, visto que este deve ser sempre preciso em determinado contexto,

refletindo com precisão a tradução jurídico-normativa dos valores mais caros e oportunos (1997, p. 21).

Tanto as regras quanto os princípios integram o ordenamento jurídico de maneira geral e, por tal motivo, devem ser aplicados conjuntamente, através de uma interpretação sistêmica. Eles desempenham função distinta no ordenamento, sendo que ambas as funções são relevantes.

São os princípios que permitem que a interpretação do ordenamento jurídico seja uníssona, conciliando valores fundamentais e aparentemente antagônicos. Nesse contexto eles desempenham papel integrador<sup>2</sup> no ordenamento jurídico.

No plano jurídico, eles funcionam como referencial geral para o intérprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos. De fato, são os princípios que dão identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando os objetivos e caminhos. Em razão desses mesmos atributos, dão unidade ao ordenamento, permitindo articular suas diferentes partes – por suas vezes, aparentemente contraditórias – em torno de valores e fins comuns. Ademais, seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de *justiça*. (BARROSO, 2011, p. 209, grifo do autor).

Por tal motivo, a violação de um princípio constitucional, muitas vezes, pode ser mais grave do que a desobediência de uma regra jurídica, posto que os princípios estão localizados no centro de todo ordenamento, sendo, portanto, a base de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido:

A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantias para liberdades, cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos. (BONAVIDES, 2011, p. 435).

Partindo de tais ensinamentos, é possível concluir que cabe ao aplicador do direito a utilização dos valores e princípios como meio de atualização e modernização das regras jurídicas, bem como do ordenamento jurídico como um todo, permitindo que este se adapte à realidade social vivenciada em determinado momento histórico.

Cabe ao jurista, também, a utilização de critérios de ponderação ou sopesamento quando ocorrem os inevitáveis conflitos entre princípios elencados constitucionalmente, analisando o caso concreto para que haja uma melhor harmonização dos valores elencados pela sociedade como primordiais.

### ***1.2.1 Princípio da proporcionalidade***

Cotidianamente, surgem inúmeros conflitos entre a sociedade e os

---

<sup>2</sup> O papel integrativo não é o único desempenhado pelos princípios. Dentre as principais dimensões dos princípios estão a fundamentadora, a interpretativa, supletiva, integrativa, diretiva e limitativa, conforme ensinamento de Paulo Bonavides (2011, p. 283).

indivíduos, entre os indivíduos e o Estado, e, por fim, entre próprios indivíduos em suas relações particulares. Tais conflitos se originam da colisão de interesses juridicamente tutelados.

Para dirimir tais conflitos, o Estado, ente detentor do monopólio da Justiça, vale-se do processo como instrumento de composição de litígios. Ocorre que não é aceitável que tal atuação estatal ocorra de forma arbitrária e desmedida. Por tal motivo, o processo em si e em especial o processo penal ganha um caráter publicístico, de matriz constitucional. Destarte,

Extraí-se que o processo penal não é apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos e ideológicos de uma nação. Espelha, em determinado momento histórico, as diretrizes básicas do sistema político do país, na eterna busca de equilíbrio na concretização de dois interesses fundamentais: o de assegurar ao Estado mecanismos para atuar o seu poder punitivo e o de garantir ao indivíduo instrumentos para defender os seus direitos e garantias fundamentais e para preservar a sua liberdade (FERNANDES, 2010, p. 22).

O processo penal desdobra-se o binômio *jus puniendi e jus libertatis*, isto é, entre a pretensão do Estado em reprimir os delitos praticados pelos indivíduos e o interesse individual de cada um de proteger e garantir sua liberdade. Evidentemente, o Estado é o ente mais forte de tal relação e não seria admissível que ele exercesse tal poder de maneira ilimitada e irracional.

O Estado é titular único e exclusivo do direito de punir. Poderia reprimir os delitos pelos seus órgãos administrativos, ou pelos seus Juízes, como acontecia no processo inquisitivo, mas como ninguém suportaria viver num Estado em que o titular do direito de punir pudesse exercê-lo desenfreadamente, ele autolimitou o seu poder repressivo, preferindo, tal como se dá no cível, o uso das vias judiciais para julgar o seu interesse na repressão, e, ao mesmo tempo, tutelando o direito de liberdade, de maneira bem significativa, exigindo a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa, não admitindo que o autor da conduta punível se submeta à pena sem reação, criou um verdadeiro processo de partes. Sua pretensão punitiva, nascida no instante mesmo em que se verifica a infração, deve ser resistida (TOURINHO FILHO, 2010, p. 49-50).

Sob tal vertente, o princípio da proporcionalidade ganha espaço relevante no âmbito do direito processual penal, uma vez que ao mesmo tempo em que limita a atuação estatal, proporciona segurança aos indivíduos, pois permite que seus direitos e garantias fundamentais sejam respeitados.

José Laurindo de Souza Netto, ao conceituar o princípio da proporcionalidade, diz que:

O princípio da proporcionalidade é, pois, uma construção do pensamento jurídico, inerente ao Estado de Direito que exige do Estado o exercício moderado de seu poder. [...]. Torna-se um princípio constitucional com expressão da pretensão geral da liberdade frente ao Estado, pois atua como meio de proteção do *status civitatis*, estabelecendo limites à intervenção estatal, somente justifica quando

não ultrapassa o estritamento necessário à consecução do fim pretendido. (2008, p. 64, grifo do autor).

O princípio em comento teve origem na Alemanha, eclodindo dos pensamentos dos jusnaturalistas e iluministas, principalmente no âmbito do Direito Administrativo, sendo que, após o período da 2ª Guerra Mundial tal princípio se expandiu para os demais ramos do Direito, inclusive para o campo do processo penal, tomando assento tanto na doutrina quanto na jurisprudência alemã. Difundindo-se, posteriormente, para toda a Europa (FERNANDES, 2010, p. 51).

É pacífico o entendimento doutrinário que o princípio da proporcionalidade se desdobra em três subprincípios ou requisitos para que sua aplicação seja válida, são eles: necessidade, utilidade e adequação (ou proporcionalidade em sentido estrito, conforme ensina Paulo Bonavides). (2011, p. 396).

Em relação à adequação, tempos que o princípio em questão deve ser aplicado quando foi um meio apto para produzir um fim visado, isto é, a restrição a um direito fundamental só é admissível quando permitir que a finalidade inicialmente pretendida seja atingida.

A adequação, a ser verificada empiricamente, deve ser analisada de maneira objetiva, como adequação qualitativa ou quantitativa, e de forma subjetiva, ligada à idoneidade em face do sujeito passivo. A medida deve assim, ostentar qualidade essencial que a habilite a alcançar o fim pretendido (adequação qualitativa), a sua duração ou intensidade deve ser condizente com a sua finalidade (adequação quantitativa) e deve a medida ser dirigida a um indivíduo sobre o qual incidam as circunstâncias exigíveis para ser atuada (adequação subjetiva). (FERNANDES, 2010, p.53).

A necessidade, por sua vez, está ligada a ideia de intervenção mínima, isto é, não basta que o meio atinja o fim visado, mas também que ele seja o meio menos gravoso para a consecução de tal fim (BARROSO, 2006, p. 157).

Para impor uma restrição ao indivíduo, colocam-se a quem exerce o poder, várias possibilidades de atuação, devendo ser escolhida a menos gravosa. Assim, entre as diversas opções, todas aptas a alcançar o fim, não é correto escolher aquela que imponha maiores restrições à obtenção do resultado, desprezando as outras que também o atingiriam de forma menos danosa. Assim, se, em virtude da imputação, for possível demonstrar o fato por meio de prova menos gravoso, como um documento a ser requisitado a um órgão público ou a uma instituição financeira, ou uma testemunha presencial, não se justifica a determinação de busca domiciliar, de uma quebra de sigilo telefônico ou bancário (FERNANDES, 2010, p. 54).

Por fim, no que tange à proporcionalidade em sentido estrito, temos que ela se relaciona com a teoria de sopesamento difundida por Alexy, ou seja, deve-se analisar no caso concreto qual valor juridicamente tutelado possui maior relevância: o que protege o direito individual ou o que o restringe.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência do

sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão (ALEXY, 2011, p. 117, grifo do autor).

O princípio da proporcionalidade apresenta estreita ligação com o tema do presente artigo, tendo em vista que a utilização da interceptação telefônica como meio de prova coloca em conflito dois interesses juridicamente tutelados: a garantia do sigilo das comunicações e o direito-dever do Estado de atuar na persecução penal, em busca da punição do acusado.

## **2. DO DIREITO À PROVA**

O direito à prova integra o rol das garantias do devido processo legal, sendo assegurado no direito americano pelo *due process of law*, conforme ilustra Antonio Scarance Fernandes (2010, p. 71).

Tal direito das partes desdobra-se em várias outras garantias processuais. Ao elencá-las, o supracitado autor defende que:

Aqui, de forma abrangente, desdobra-se o direito à prova em vários direitos da parte: a) direito de requerer produção de prova; b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção de prova; c) direito a que, deferida a produção de prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para sua produção; d) direito de participar da produção de prova; e) direito a que a produção de prova seja feita em contraditório; f) direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz; g) direito a que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito; h) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador. (FERNANDES, 2010, p. 73).

Assim, o direito à prova compreende um fluxo de atos das partes e do próprio julgador da causa com o intuito de demonstrar as afirmações inicialmente feitas por aquelas, formando, portanto, o convencimento do juiz, agente público que atua em nome da sociedade.

Além de tal faceta, o direito à prova pode apresentar-se como um direito subjetivo, tanto do acusado quanto da acusação,<sup>3</sup> sendo, portanto, direito de ação e defesa, na medida em que é através de seu exercício efetivo que as partes são ouvidas em juízo, demonstrando e comprovando suas pretensões.

---

<sup>3</sup> Não há como negar que a acusação também possui direito à prova, na medida em que vige entre nós o princípio da igualdade e do contraditório, expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, inclusive proporcionando às partes “paridades de armas”.

Tal direito subjetivo ainda é público, posto que seu sujeito passivo é o Estado, representado pelo órgão jurisdicional, órgão este que tem o dever de apreciar a demanda entregue pelas partes em Juízo, conforme ensina Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 85).

Portanto, é através do direito à prova que as partes possuem a capacidade de influir no julgamento da lide, na medida em que tal direito proporciona a estas meios adequados para demonstrar ao julgador as circunstâncias em que o delito ocorreu, ou ainda, a inocência do acusado. Por tal motivo, torna-se relevante analisar os aspectos intrínsecos e extrínsecos de tal garantia constitucionalmente prevista, pois é através dela que as partes trazem aos autos tudo o que ocorre no mundo dos fatos.

## 2.1 Da prova no processo penal

Conforme amplamente analisado no capítulo anterior, cabe ao Estado atuar na persecutio criminis, buscando punir aquele que quebra a confiança mútua social e pratica atos considerados legalmente como infrações penais. O Estado, através de seus órgãos específicos, age com o fim de preservar e garantir a paz social.

A atuação do Estado na atividade probatória não pode ser desenfreada ou ilimitada, pois ela deve estar em consonância com os direitos e garantias constitucionalmente previstos. Há, portanto, limites materiais e processuais, constitucionais e legais que condicionam a atuação estatal.

É exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social/direitos de liberdades assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas. (GRINOVER, *et al.*, 2006, p. 146).

No âmbito do processo penal, as provas possuem grande relevância, pois são elas que permitem que o julgador tome conhecimento dos fatos. O conhecido brocardo jurídico *Narra mihi factum dabo tibi jus* já revela a importância da prova, tendo em vista que cabe ao julgador conhecer o direito, enquanto os fatos devem ser demonstrados pelas partes.

Portanto, “a prova é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional.” (BONFIM, 2010, p. 335).

Ocorre que o juiz não é o único destinatário da prova, pois ele não age em nome próprio, mas sim em nome da sociedade que conferiu ao Estado o direito de punir através do processo, instrumento capaz de restabelecer a paz social, retornando, sempre que possível, ao *status quo* antes vivenciado.

Mais do que em qualquer outro procedimento cognitivo, sobressai no probatório judicial o seu caráter social, visto que sua finalidade não está

limitada à formação do convencimento do juiz, mas visa preponderantemente à obtenção do consenso do grupo em nome do qual será pronunciada a decisão. (GOMES FILHO, 1997, p. 17-18).

É necessário reconhecer que o tema das provas está amplamente ligado à atuação do Estado perante a sociedade. Tal afirmação se faz possível na medida em que o perfil que o Estado possui determina como será o sistema probatório vigente no país. Conforme ensina Antônio Magalhães Gomes Filho:

Dentre tais condicionantes, é imprescindível sublinhar que as concepções sobre o papel do processo – e, especialmente, da prova – estão diretamente relacionados aos escopos do próprio Estado: assim num Estado que pretenda organizar a vida dos indivíduos e conduzir a sociedade, o procedimento probatório tenderá a exercer uma função de maior investigação dos fatos; ao contrário, para uma organização estatal preocupada somente em manter o equilíbrio social, preservando a autodeterminação dos indivíduos, o modelo certamente se limitará a disciplinar o encontro entre os interessados e, como consequência, a atividade probatória está menos afetada pelos interesses do próprio Estado. (1997, p. 19).

Com o advento da Lei nº 11.690/2008, houve uma considerável alteração no âmbito das provas no direito processual penal, alterando significativamente tal matéria. Para compreender as mudanças, faz-se necessário traçar um panorama histórico acerca do instituto das provas no âmbito do processo penal.

A justiça penal só efetiva suas decisões, isto é, faz com que elas sejam respeitadas tanto pelas partes quanto pela sociedade, se o processo for baseado em provas legalmente produzidas e ainda, sob o crivo do contraditório, dando-se oportunidade à defesa para que esta se posicione de maneira ativa no processo, produzindo provas e ainda, contestando as provas produzidas pela acusação.

Em outras palavras, um verdadeiro modelo cognitivo de justiça penal pressupõe não apenas que a acusação seja confirmada por provas (*nulla accusatio sine probatione*), mas também o reconhecimento de poderes à defesa do acusado no procedimento probatório, especialmente o de produzir provas contrárias às da acusação (*nulla probatio sine defensione*). (GOMES FILHO, 1997, p. 55, grifo do autor).

## **2.2 Princípios aplicáveis às provas**

É possível afirmar que muitos princípios aplicam-se ao capítulo das provas, tendo em vista que, sendo o direito à prova uma garantia expressamente prevista

na Constituição Federal, mostra-se necessário a incidência dos princípios para balizar a atuação das partes, bem como do órgão jurisdicional.

O objetivo do presente tópico não é esgotar todos os princípios aplicáveis ao direito à prova no âmbito do processo penal, mas apenas de pontuar aqueles que mais se destacam no campo probatório, posto que apesar de ser um tema de valor elevado, a tentativa de esboçar todas suas minúcias certamente desviaria o foco da presente pesquisa.

O primeiro princípio que pode ser invocado, de suma relevância, é o princípio do contraditório, sendo este aquele que determina que “toda prova admite a contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte” (CAPEZ, 2011, p. 384).

Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 137), o contraditório é uma garantia de “imparcialidade, legitimidade e correção da prestação jurisdicional”, pois a ausência de diálogo entre as partes gera o perigo que a prestação jurisdicional se torne “unilateral, ilegítima e injusta; poderá ser um ato de autoridade, jamais de verdadeira justiça”.

Desse modo, o princípio do contraditório permite que as partes desempenhem o exercício de ação e de defesa, isto é, que elas participem ativamente do processo e ainda, que tomem conhecimento de todos os atos processuais desempenhados.

Ada Pellegrini Grinover, *et al.*, de igual modo, também ressaltam a importância do princípio do contraditório no âmbito do processo e, especialmente, no campo das provas:

Salienta-se, assim, o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estar poderem servir-se das provas. (GRINOVER, *et al.*, 2006, p. 137)

Tais autores ainda prosseguem afirmando que o contraditório, no âmbito da prova, desdobra-se em muitos aspectos relevantes, sendo os principais:

a) Proibição de utilização dos fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes; b) a proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidos na ausência das partes; c) a obrigação do juiz, quando determine a produção de provas *ex officio*, de submetê-las ao contraditório das partes, as quais devem participar de sua produção e poder oferecer a contraprova. (2006, p. 138, grifo do autor)



O princípio do contraditório traz a possibilidade que o acusado participe ativamente do processo, conforme exposto acima. No entanto, isso não significa que o Réu tem a obrigação de fazê-lo.

Tal fato se dá, pois, diferentemente do processo civil, no processo penal o acusado possui o direito ao silêncio, isto é, ele não é obrigado a se autoincriminar e sequer produzir prova contra a si mesmo.

De qualquer modo – e isso é o que interessa no presente estudo – o direito à não autoincriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional. (GOMES FILHO, 1997, p. 114)

A própria Constituição Federal reconhece tal direito, em seu artigo 5º, inciso LXIII,<sup>10</sup> na medida em que prevê que é direito do acusado permanecer calado.

Outro princípio que pode ser destacado é o princípio da oralidade. No campo processual penal, há a prevalência da palavra falada sobre a palavra escrita, conforme pontua Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2008, p. 33). Por tal motivo, por exemplo, os depoimentos das testemunhas são colhidos no momento da audiência, sendo vedado às partes trazê-los por escrito.

José Laurindo de Souza Neto (2008, p. 151) ensina que o princípio da oralidade se inter-relaciona internamente com os princípios da imediação, concentração, continuidade, publicidade e identidade física do juiz.

Extraí-se do conteúdo dessa relação, a expressão oral do atos e termos processuais (oralidade), a presença ininterrupta dos sujeitos processuais (imediaticidade), a inexistência de fragmentação (continuidade) da audiência controlada pelo público (publicidade), na qual se realizam todos os elementos necessários a decisão, tomada por um Juiz que dela necessariamente participou. (SOUZA NETO, 2008, p. 151).

Portanto, a oralidade desempenha papel fundamental no âmbito processual penal, na medida em que além de proporcionar ao julgador maior contato com as provas, inclusive em sua colheita, garante a ampla defesa, pois permite que as partes acompanhem a produção probatória em tempo real.

Já o princípio da aquisição ou comunhão da prova significa que, desde que introduzida ao processo, a prova passa a pertencer a este e não às partes, tendo em vista que sua finalidade é atingir os interesses da Justiça (CAPEZ, 2011, p. 384).

Com base em tal princípio, é possível que a acusação se beneficie com provas produzidas pela defesa e, de igual modo, que a defesa utilize documentos juntados pela acusação, pois o destinatário da prova é a figura do juiz, dotado de jurisdição.

Ainda, é possível citar os princípios da proporcionalidade e do livre convencimento motivado, os quais já foram devidamente abordados em diferentes tópicos no presente trabalho e, com o intuito de evitar repetição desnecessária, nos reportamos.

Analisar o significado da prova no âmbito processual penal proporciona uma melhor compreensão do tema central do presente trabalho de conclusão de curso – as interceptações telefônicas como meio de prova lícita – tema este que será abordado com mais profundidade no capítulo seguinte.

### **3. DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS**

A Constituição Federal de 1988 dedicou um dos incisos do seu artigo 5º, mais precisamente o inciso XII, para tratar a respeito das interceptações telefônicas. Isso demonstra a importância do presente tema.

Além disso, é forçoso reconhecer que atualmente, com a evolução dos meios de comunicação e, principalmente, com a difusão dos respectivos meios, houve um aperfeiçoamento nas práticas delituosas e, com isso, mostra-se necessário colocar à disposição do Estado meios mais eficazes para combater a organização criminosa.

Dentre tais meios, é possível destacar as interceptações telefônicas, pois a partir do momento que a Constituição Federal passou a prever tal prática, elas passaram a ser uma possibilidade prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar disso, não é qualquer tipo de interceptação telefônica que pode ser considerada lícita, isto é, o fato da Constituição Federal prever a possibilidade das interceptações não significa que ela pode ser realizada de qualquer maneira, até mesmo porque a própria Constituição Federal determinou a realização conforme prevê a legislação infraconstitucional.

Desse modo, houve a edição da Lei 9.296/1996, lei esta que atualmente regula o tema das interceptações telefônicas no território brasileiro.

#### **3.1 Aspectos conceituais**

Tecnicamente, a interceptação pode ser conceituada como “a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles” (GRINOVER, *et al.*, 2006, p. 195). A interceptação é caracterizada, portanto, pela existência de um terceiro estranho aos interlocutores, responsável pela captação da conversa e isso se dá pelo próprio sentido etimológico do termo.

Há duas espécies de interceptação, sendo que elas se distinguem pela presença ou ausência de conhecimento da captação por um dos interlocutores.

Assim, caso um dos interlocutores tenha conhecimento que a conversa está sendo gravada, ocorre o que a doutrina costuma chamar de *escuta telefônica*. Já na hipótese de nenhum dos interlocutores terem conhecimento da interceptação, há a chamada *interceptação em sentido estrito*.

O que importa salientar, dado o diverso tratamento jurídico conferido às *interceptações* (telefônicas ou ambientais), é que a configuração destas exige sempre a intervenção de um terceiro (a *terzietà* dos italianos), ocorrendo a escuta e/ou gravação enquanto a conversa se desenvolve: até porque, etimologicamente (de *inter capio*), interceptar quer dizer colher durante a passagem a conversa de outros. Não desfigura a natureza da interceptação o fato de um dos interlocutores saber que ela está ocorrendo. Mas, para distinguir a hipótese de interceptação sem o conhecimento dos interlocutores daquela feita com a anuência de um deles, pode-se reservar a denominação de *interceptação "strictu sensu"* à primeira, enquanto para a segunda se pode falar em escuta. (GRINOVER, *et al.*, 2006, p. 196, grifo do autor).

A gravação incide, portanto, quando a captação é realizada por um dos interlocutores, independentemente do conhecimento da outra pessoa a quem a fala é dirigida. Não há a figura do terceiro, como ocorre na interceptação.

Caso o receptor tenha conhecimento que a gravação está sendo realizada, estamos tratando da gravação ambiental. Já no caso de desconhecimento do outro interlocutor, ocorrerá a chamada gravação clandestina.

Vê-se daí que existem várias modalidades de captação eletrônica da prova: a) *interceptação* da conversa telefônica por terceiro, sem o consentimento dos dois interlocutores; b) a *interceptação* da conversa telefônica por terceiros, com o conhecimento de um dos interlocutores; c) a *interceptação* da conversa entre presentes, por terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores; d) *interceptação* da conversa entre presentes por terceiro, com conhecimento de um ou alguns dos interlocutores; e) a *gravação clandestina* da conversa telefônica por um dos sujeitos, sem o conhecimento do outro; f) a *gravação clandestina* da conversa pessoal e direta, entre presentes, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do(s) outro(s). (GRINOVER, *et al.*, 2006, p. 196, grifo do autor).

Há, portanto, vários meios distintos de captação eletrônica de prova.

### **3.2 Disciplina do Direito Brasileiro**

No âmbito nacional, a primeira Constituição a tratar expressamente das interceptações telefônicas foi a Constituição de 1967, que através da Emenda 1, de 17/10/1969 (AVOLIO, 2010, p. 158), passou a estabelecer a inviolabilidade das comunicações telefônicas e telegráficas praticamente de modo absoluto. A única exceção dizia respeito à hipótese de estado de sítio ou estado ou medidas de emergência (GRINOVER, *et al.*, 2006, p. 198).

Anteriormente, o tema não foi abordado por nenhuma outra Constituição. Na Constituição de 1946, por exemplo, entendia-se que elas integravam a garantia de inviolabilidade de correspondências, prevista no artigo 141, § 6º (GOMES; CERVINI, 1997, p. 86).

O Código Brasileiro de Telecomunicações, instituído através da Lei 4.117/1962, anterior, portanto, à Constituição de 1969, em seu artigo 56, § 2º,<sup>4</sup> previa a possibilidade de interceptação telefônica, desde que realizada pelos serviços fiscais das estações e postos oficiais.

Havia dúvida se tal possibilidade deveria ser encarada como inconstitucional, na medida em que afrontaria a Constituição Federal da época, posto que o texto constitucional estabelecia a inviolabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações de maneira basicamente absoluta.

A boa doutrina considerava que nenhum direito fundamental poderia ser considerado como absoluto e, por tal motivo, era possível a utilização de interceptações telefônicas, realizadas com base no Código Brasileiro de Telecomunicações (GRINOVER, et al., 2006, p. 1999).

Com o advento da Constituição Federal de 1988 a polêmica cessou-se, na medida em que a nova Constituição excepcionou expressamente a possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas. No entanto, polêmica diversa surgiu no âmbito doutrinário e jurisprudencial: a nova ordem constitucional recepcionou o Código Brasileiro de Telecomunicações? E ainda, as interceptações poderiam ser fundamentadas em tal diploma?

Tal fato se deu porque apesar da Constituição prever a possibilidade de quebra de sigilo das comunicações telefônicas, o fez através de uma norma constitucional de eficácia limitada, isto é, havia necessidade de lei regulamentadora da questão para que o direito fundamental da privacidade fosse restringido.

Prevaleceu o entendimento doutrinário e posteriormente jurisprudencial, que a interceptação telefônica baseada em tal ordenamento legal seria ilícita, pois o Código de Telecomunicações Brasileiras não foi recepcionado pela nova ordem constitucional e, além disso, não previa as hipóteses e requisitos onde as interceptações telefônicas fossem admitidas, conforme ensina Antonio Magalhães Gomes Filho. (1997, p. 124).

É possível afirmar, portanto, que a interceptação telefônica devidamente autorizada por juiz competente, realizada anteriormente à Constituição Federal de 1988 e com base no Código Brasileiro de Telecomunicações é considerada válida, na medida em que não existe direito fundamental absoluto.

Já a interceptação realizada após o advento da Constituição Federal de 1988, ainda com fundamento no Código Brasileiro de Comunicações deve ser

---

<sup>4</sup> Art. 56 Pratica crime de violação de telecomunicação quem, transgindo lei ou regulamento, exhiba autógrafa ou qualquer documento do arquivo, divulgue ou comunique, informe ou capte, transmita a outrem ou utilize o conteúdo, o resumo, significado, interpretação, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro. [...] § 2º Somente os serviços fiscais das estações e postos poderão interceptar comunicação.

considerada ilícita, na medida em que esse diploma legal não foi recepcionado pela Constituição atualmente vigente e, além disso, tal diploma exigia a existência de legislação infraconstitucional específica disciplinando a matéria, conforme pontua Eduardo Luiz Cabette (2011, p. 15).

Posteriormente, com a elaboração da Lei 9.296/1996, lei esta que regulamenta a parte final do inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal todo o dilema deixou de existir, na medida em que o vácuo legislativo foi devidamente suprido.

Isso não significa que atualmente não existe mais polêmica em torno das interceptações telefônicas, pois se assim fosse não haveria necessidade de dedicar o presente artigo ao tema. Ao contrário, as divergências doutrinárias atualmente dizem respeito a outras questões, que serão devidamente abordadas em momento oportuno.

Além disso, grande parte da doutrina critica a Lei 9.296/1996. Tal parcela doutrinária defende que a referida lei possui certos dispositivos inconstitucionais, como por exemplo, o parágrafo único do artigo 1º da lei supracitada, que amplia a abrangência da referida lei para a interceptação de dados por sistema de informática e telemática.<sup>6</sup>

Destarte, em que pese as inúmeras falhas encontradas na legislação infraconstitucional que atualmente trata do tema, é possível afirmar que o Direito Brasileiro passou por significativa evolução legislativa, tanto em matéria constitucional quanto no que diz respeito à legislação ordinária. Tal evolução foi extremamente benéfica para toda sociedade, pois garantiu a tutela de inúmeros direitos fundamentais.

### **3.3 Aspectos da Lei 9.296/1996**

Serão pontuados, os aspectos constitucionais, processuais e materiais da referida lei, sendo que cada artigo será enquadrado no aspecto predominante, posto que muitos apresentam mais de um aspecto.<sup>7</sup>

#### **3.3.1 Aspectos constitucionais da Lei 9.296/1996**

O principal aspecto constitucional a ser citado sobre a lei que disciplina as interceptações telefônicas é o fato que tal diploma legal foi criado com o intuito de suprir uma lacuna legislativa que existia desde o advento da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>5</sup> Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para a prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de Justiça. Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

<sup>6</sup> A inconstitucionalidade do referido dispositivo não é aceita pacificamente em âmbito doutrinário, conforme será abordado em tópico específico.

<sup>7</sup> A divisão estabelecida é apenas de cunho didático, com o intuito de facilitar a exposição e compreensão do assunto.

O artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal estabelece como regra a inviolabilidade das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, com exceção destas, desde que autorizada por ordem judicial devidamente fundamentada, e na forma que a lei estabelecer.

Assim, o legislador brasileiro, após oito anos de omissão, editou a presente lei em comento para regulamentar tal matéria e dirimir as polêmicas em torno da matéria.

É certo que a privacidade<sup>8</sup> é um direito fundamental, tutelado constitucionalmente. No entanto, tal direito não é absoluto<sup>9</sup>, sendo permitidas exceções pela própria Constituição Federal, conforme exposto acima. Destarte, em casos predeterminados pela legislação infraconstitucional, a invasão da esfera individual se tornará possível, na medida em que outros valores sociais considerados primordiais podem estar em confronto com àquela.

Apesar da importância que a Lei 9.296/1996 apresenta atualmente – é a única que disciplina a questão, permitindo, portanto, que as interceptações sejam realizadas – ela recebe inúmeras críticas doutrinárias, chegando inclusive a apresentar alguns aspectos inconstitucionais.

Desse modo, ainda no tópico concernente aos aspectos constitucionais, a *contrario sensu*, é possível ressaltar também os artigos que, conforme entendimento doutrinário, afrontam a Constituição Federal, sendo, portanto, considerados inconstitucionais.

O primeiro texto legal fortemente criticado pela doutrina é o parágrafo único do artigo 1º,<sup>10</sup> que amplia a abrangência da referida lei para a interceptação de comunicações de sistema de telemática<sup>11</sup> e informática.<sup>12</sup>

Não é unânime o entendimento que o texto em comento é inconstitucional, havendo divergências doutrinárias.

Dentre os autores que defendem a inconstitucionalidade, é possível citar Rogério Greco Filho (2008, p. 17-18), Ada Pellegrini Grinover, et al. (2006, p. 204) e, Ricardo Melchior de Barros Rangel (2000, p. 64-65).

O principal argumento utilizado pela parte da doutrina que defende a inconstitucionalidade do artigo em comento é baseado em uma interpretação literal

---

<sup>8</sup> Para José Afonso da Silva (2011, p. 206) o direito à privacidade compreende “num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou”.

<sup>9</sup> Não há nenhum direito fundamental absoluto, conforme ponderam Ada Pellegrini Grinover, et al. (2006, p. 199).

<sup>10</sup> Art. 1º A interceptação das comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para a prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de Justiça. Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

<sup>11</sup> “A telemática versa sobre a manipulação e utilização da informação através do uso combinado do computador e meios de telecomunicações: é o caso da transmissão de dados informatizados via modem ou fac-símile”. (GRINOVER, et al., 2006, p. 204)

<sup>12</sup> “A informática tem por objeto o tratamento da informação através do uso de equipamentos e procedimentos da área de processamento de dados”. (GRINOVER, et al., 2006, p. 204)

e gramatical do texto constitucional, bem como no fato que os direitos da intimidade e da vida privada são direitos fundamentais individuais e quaisquer restrições a eles só podem advir da própria Constituição Federal expressamente, não podendo, portanto, serem limitados através de lei ordinária.

Afirmam, ainda, que a redação do artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal é ambígua, permitindo duas interpretações distintas. Através da primeira interpretação, é possível compreender que o sigilo é absoluto apenas no que tange à correspondência, na medida em que a expressão “último caso” diz respeito às comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (CABETTE, 2011, p. 79).

De acordo com a segunda interpretação, mais restritiva, é possível compreender que a expressão “último caso” refere-se apenas às comunicações telefônicas, sendo absoluto o sigilo de correspondência, de comunicações de dados e telegráficas (GRECO FILHO, 2008, p. 17).

Os autores que defendem a inconstitucionalidade filiam-se a segunda interpretação, mais restritiva, pois qualquer limitação a direito fundamental deve ser interpretada de maneira restrita.

Já aqueles que defendem a constitucionalidade do dispositivo, possuem como principal argumento o fato que a evolução dos meios de comunicação não deixou de influenciar os atuantes do crime organizado, sendo que uma interpretação ampliativa do dispositivo constitucional seria a mais indicada e, além disso, não existem direitos fundamentais de caráter absoluto, devendo estes serem restringidos quando contrapostos com outras garantias constitucionais.<sup>13</sup>

Outro ponto defendido por certa parte da doutrina é que a ampliação da possibilidade de interceptação de dados contribuiria para que a Lei 9.296/1996 acompanhasse a evolução dos meios de comunicação, não correndo o risco de ficar obsoleta e ultrapassada, deixando de ter aplicação prática relevante.

Em nosso entendimento, não somente o sigilo das comunicações de dados poderia ter sido tratado pela Lei n. 9.296/96 ou outra lei ordinária, em face da relatividade dos direitos e garantias. Seria desejável que houvesse tratamento legal, impondo os limites da proporcionalidade taxativa e expressamente, para quaisquer comunicações (telegráficas, correspondência epistolar ou de dados), evitando assim que a aplicação e determinação das situações de excepcional quebra de garantia fiquem ao simples alvedrio do juiz, gerando insegurança jurídica e desigualdade de tratamento em casos concretos por causa da lacuna legal. Não se deve temer o enfrentamento legislativo de temas polêmicos e que importam em grave meditação para delinear seus limites, pois que seu debate com edição de normas reguladoras somente contribui para a legalidade democrática,

---

<sup>13</sup> Nesse aspecto, entra em cena novamente o princípio da proporcionalidade, princípio este que tem a capacidade de equilibrar valores inicialmente considerados como antagonicos.

extinguindo o arbítrio e a discricionariedade injustificados. (CABETTE, 2011, p. 217).

Também optam pela constitucionalidade grandes juristas como: Lenio Streck (2001, p. 46), Luiz Flávio Gomes (1997, p. 176), Antonio Scarance Fernandes (2010, p. 96), Leandro Cadenas Prado (2009, p. 51), Fernando Capez (2009, p. 530), Guilherme de Souza Nucci (2009b, p. 761).

Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p. 216), ao tratar sobre o tema, acredita que a Lei 9.296/1996 diz respeito somente às conversações telefônicas, não abrangendo a interceptação de dados. No entanto, tal autor ressalta que é possível tal interceptação, com fundamento no princípio da proporcionalidade, em casos considerados mais graves, devendo ser analisado o caso em concreto. Em suas palavras:

Partindo-se, assim, da interpretação dos signos linguísticos, em sentido amplo, vemos que a distinção que se pretende estabelecer a priori sobre o conteúdo das comunicações telefônicas não ultrapassa, nesse plano abstrato, as conversações telefônicas. É o que se lê. Não poderia a lei dizer mais do que compartilha o texto constitucional. Passando-se, contudo, à interpretação judicial no caso concreto, diante de um problema a ser resolvido, pode-se lançar mão do princípio da proporcionalidade, legitimando-se eventualmente – nos casos mais graves – a intrusão no meio de comunicação diversos da conversa telefônica (2010, p. 216).

Por fim, convém ressaltar que esse dilema já foi levado ao Supremo Tribunal Federal, através da Adin n. 1.488-9-DF, intentada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, que sustentava a inconstitucionalidade do referido artigo. Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal não chegou a apreciar o mérito da demanda, tendo em vista que a ação foi extinta sem julgamento do mérito, posto que reconhecida a ilegitimidade ativa do requerente (GRECO FILHO, 2008, p. 13).

Outro dispositivo legal que, segundo parcela doutrinária, é considerado inconstitucional é o inciso III, do artigo 2º da Lei 9.296/1996,<sup>14</sup> que estabelece não ser possível a ocorrência de interceptações telefônicas em crimes punidos com detenção,<sup>15</sup> tendo em vista que a possibilidade de interceptação telefônica em todos os crimes punidos com reclusão (interpretação negativa) certamente fere o princípio constitucional da proporcionalidade e, conseqüentemente, a própria Constituição Federal. (GRINOVER, et al., 2006, p. 206-207).

Tal posição não é uníssona. Em sentido contrário, por exemplo, Vicente

---

<sup>14</sup> Art. 2º Não será admitida a interceptação das comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: [...] III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

<sup>15</sup> O artigo em comento será novamente abordado no tópico referente aos requisitos necessários para o deferimento da interceptação telefônica.



Greco Filho (2008, p. 23-24) diz que o referido dispositivo não é inconstitucional, apenas seu modo de aplicação pode vir a ser, caso não seja respeitado, na prática, o princípio da proporcionalidade.<sup>16</sup>

Também é fortemente criticado pela doutrina o caput do artigo 3º da Lei 9.296/1996,<sup>17</sup> que estabelece a possibilidade que o magistrado, ex officio, determine a ocorrência de interceptações telefônicas, isto é, independente de requerimento das partes.

O referido artigo seria inconstitucional na medida em que fere o sistema acusatório e ainda, a própria imparcialidade do julgador, posto que este seria contaminado por ter contato com tal prova.

O contato do julgador com a atividade persecutória torna promíscua sua relação com os fatos. Compromete a neutralidade do juiz. E, sem um juiz neutro, toda a atividade jurisdicional estaria comprometida...

Assim, qualquer contato prévio do juiz com as diligências tomadas no inquérito policial, por comprometer seu envolvimento psicológico com os fatos, além de eticamente reprovável, é inconstitucional. (CABETTE, 2011, p. 106, grifo do autor).

Defendem veemente a inconstitucionalidade de tal dispositivo Luiz Flávio Gomes (1997, p. 199) e Lenio Luiz Streck (2001, p. 82), este diz que “a determinação de escuta telefônica ‘ex officio’ choca-se, a toda evidência, com o moderno processo penal acusatório, conquista do Estado Democrático de Direito”.

Posicionam-se, no entanto, pela constitucionalidade do artigo em comento, Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p. 238), Guilherme de Souza Nucci (2009b, p. 764) e Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos (2011, p. 47), o último afirma que:

Assim, interpretada a faculdade do art. 3º da Lei nº 9.296/1996 em conformidade com a Constituição Federal, depreendemos que o poder-dever do juiz em determinar as interceptações de ofício não importa em deslocamento de sua imparcialidade natural e muito menos em ato de investigação, mas tão somente de providência justificada na necessidade de preservação da prova e na busca da verdade sobre como os fatos realmente se deram. Nada há, assim, de inconstitucional nesse procedimento, na visão de vários autores. (VASCONCELOS, 2011, p. 47-48).

---

<sup>16</sup> Adotam posição semelhante à de Vicente Greco Filho: Eduardo Luiz Santos Cabette (2011, p. 93) e Lenio Luiz Streck (2001, p. 55-57).

<sup>17</sup> Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: [...].

Posição interessante adota o ilustre doutrinador João Roberto Parizatto. Para tal autor, a constitucionalidade do deferimento das interceptações de ofício pelo juiz está ligada ao momento que é deferida: durante a instrução processual ou fora dela, isto é, na investigação criminal.

A nosso ver, o juiz só poderá determinar ex officio a interceptação das comunicações telefônicas durante o curso da instrução processual, pois que no caso de investigação criminal, tal providência deverá ser requerida pela autoridade policial ou pelo órgão do Ministério Público, presumindo-se que o juiz não tem conhecimento das atividades policiais e se fosse necessária a comunicação da autoridade para que o juiz determinasse tal meio de prova, à evidência, caberia à própria autoridade requerê-la (PARIZATTO, 1996, p. 37, grifo do autor).

A hipótese mais adequada para solucionar o dilema seria a adoção de um sistema ideal, em que houvesse um juiz que atuasse exclusivamente na investigação criminal, ou seja, na fase de inquérito e também na fase antecedente a este (apreciando as questões cautelares), e outro que atuasse durante a instrução processual, bem como no julgamento da demanda, pois isso impediria a contaminação do magistrado.

No entanto, na prática tal sistema seria praticamente inviável, tendo em vista o alto custo necessário para efetivar o referido sistema, conforme pontua Eduardo Luiz Santos Cabette (2011, p. 107).

### **3.3.2 Aspectos processuais**

Dentre os diversos aspectos da Lei 9.296/1996, sem sombras de dúvidas, os que mais se destacam são os aspectos processuais, na medida em que tal legislação estabelece, entre outros, hipóteses cabíveis e o procedimento das interceptações telefônicas.

As hipóteses em que são admitidas as interceptações telefônicas são estabelecidas, a contrario sensu, no artigo 2º da Lei 9.296/1996,<sup>18</sup> pois a legislação infraconstitucional estabelece os casos em que ela não poderá ocorrer, ao invés de estabelecer as hipóteses taxativas em que ela seria possível.

A escolha de redação negativa de tal artigo é muito criticada pela doutrina, conforme pontua Vicente Greco Filho:<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III – o fato investigado constituir infração punida, no máximo, com pena de detenção.

<sup>19</sup> Também critica a redação do artigo 2º da Lei 9.296/1996 Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p. 226-227), Luiz Flávio Gomes (1997, p. 178) e Raimundo Amorim de Castro (2010, p. 152).

O art. 2º da Lei n. 9.296 optou por duplamente lamentável redação negativa, enumerando os casos em que não será admitida a interceptação em vez e indicar taxativamente os casos em que será ela possível. Lamentável, porque a redação negativa sempre dificulta a intelecção da vontade da lei e mais lamentável ainda porque pode dar a entender que a interceptação seja regra, ao passo que na verdade, a regra é o sigilo e aquela, a exceção. (2008, p. 21).

Apesar disso, é possível concluir que a interceptação telefônica é medida cautelar, tendo em vista que os incisos I e II do presente artigo estabelecem a necessidade de estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* (quando exige indícios razoáveis de autoria) e o *periculum in mora* (desde que não haja outros meios de prova), respectivamente, para a concessão da medida, conforme pontua Clever Rodolfo Carvalho de Vasconcelos (2011, p. 26).

Desse modo, é possível sintetizar como requisitos necessários para a interceptação telefônica: indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal,<sup>20</sup> o fato da prova não puder ser produzida por outros meios – isso ressalta o caráter excepcional da medida – e, por fim, o fato do delito investigado ser punido com pena de reclusão (inciso III interpretado a *contrario sensu*).

No que diz respeito ao último requisito, previsto no inciso III, parte da doutrina critica-o, defendendo ser exagerada essa previsão no que tange aos delitos punidos com reclusão e ainda, nada impediria que esse meio de prova fosse utilizado em alguns delitos punidos com pena de detenção ou prisão simples, como ocorre nos crimes de ameaça e injúria ou na contravenção do jogo do bicho, respectivamente.

Ora, a interceptação é meio de obtenção de prova e, assim, tanto pode ser útil tanto em crimes de maior como de menor gravidade e, por isso, mais importante seria determinar as infrações em que a interceptação pode constituir valioso meio de investigação ou instrução processual. (GOMES FILHO, 2008, p. 97).

Seria mais indicado, portanto, que o legislador pré-indicasse em quais delitos a utilização da interceptação seria relevante, pois a descrição de hipóteses taxativas certamente seria mais segura, além de evitar que as interceptações se tornassem regra para os crimes punidos com reclusão e ainda, permitiria que ela fosse utilizada em hipóteses excepcionais nos crimes punidos com detenção ou nas contravenções penais punidas com prisão simples.

---

<sup>20</sup> Os indícios são definidos no artigo 239 do Código de Processo Penal, que possui a seguinte redação: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”

Por fim, apenas para reforçar a excepcionalidade de tal meio de prova, convém citar a seguinte passagem doutrinária:

Não existe interceptação de “prospecção”, para se descobrir se uma determinada pessoa estaria ou não envolvida em algum possível crime. A interceptação, de outra parte, é pós-delitual. A infração vem antes. Só depois de sua ocorrência torna-se possível a medida cautelar. (GOMES; CERVINI, 1997, p. 180, grifo do autor).

Ainda no que diz respeito aos requisitos da interceptação telefônica, temos que o parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.296/1996 estabelece a necessidade de descrição com clareza do objeto da investigação, bem como com a individualização dos investigados, salvo a impossibilidade de fazê-lo, devidamente justificada.

Tal questão traz uma grande polêmica consistente no encontro fortuito de fatos ou de outros envolvidos através da realização das interceptações telefônicas, isto é, na possibilidade de utilização da interceptação realizada em processo distinto, como prova emprestada, tendo em vista que tais fatos novos, ou até mesmo novos sujeitos, a princípio, não estariam descritos no objeto da investigação, bem como na utilização de interceptação telefônica oriunda de investigação criminal em processo de outra natureza, como por exemplo, em processo de natureza civil.

Para facilitar a compreensão, faz-se necessário dividir a questão em três pontos diferentes: encontro de novos fatos, encontro de novos agentes e, por fim, a utilização do material obtido através das interceptações telefônicas em processos que não possuam natureza penal.

Ressalte-se que a polêmica doutrinária é muito intensa sobre os três pontos, tendo em vista que a legislação infraconstitucional furtou-se de abordar a questão.

Primeiramente, no que tange ao encontro de novos fatos delituosos, temos que Luiz Flávio Gomes (1997, p. 194) defende a possibilidade, desde que o material encontrado tenha conexão e continência com o fato investigado, nos termos do artigo 76<sup>21</sup> e 77<sup>22</sup> do Código de Processo Penal, bem como o fato encontrado fortuitamente também admita a ocorrência das interceptações telefônicas.

O referido autor ainda defende que, caso não se caracterize a conexão e continência, o material encontrado poderá ser utilizado como notitia criminis,<sup>23</sup> que poderá servir de base a outras investigações, mas não como meio de prova (GOMES;

---

<sup>21</sup> Art. 76 A competência será determinada pela conexão: I – se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras.

<sup>22</sup> Art. 77 A competência será determinada pela continência quando: I – duas ou mais pessoas foram acusadas pela mesma infração; II – no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.

<sup>23</sup> Lenio Luiz Streck (2001, p. 130) adota a posição que o material encontrado serve apenas como notitia criminis e não como meio de prova, não sendo possível simplesmente ignorar os fatos encontrados, principalmente quando eles narrarem crimes graves.

CERVINI, 1997, p. 194-195).

Vicente Greco Filho também opta pela possibilidade, acrescentando o concurso de crimes à conexão e continência o concurso de crimes (2008, p. 38). Tal autor afirma que:

E seria uma limitação excessiva não se permitir que, uma vez autorizada legitimadamente a interceptação, não pudesse ela abranger toda atividade criminosa dos interceptados no âmbito da continência ou da conexão a partir do fato que a justificou. Toda investigação, como o próprio nome diz, envolve um certo grau de incerteza e de abrangência, incompatível com uma delimitação rigorosa de pessoas e fatos (2008, p. 38).

Ada Pellegrini Grinover, *et al.* (2006, p. 210) defendem a possibilidade da utilização dos fatos fortuitos encontrados, desde que o juiz paute-se pelo critério da possibilidade de deferimento de interceptação telefônica do novo delito, isto é, da gravidade do crime aliado à adoção do princípio da proporcionalidade.<sup>24</sup>

No que tange ao encontro de novos sujeitos, tais autores aduzem que:

[...] A solução deve ser no sentido da admissão dos elementos obtidos, desde que ligados ao fato que está sendo investigado, até porque o mencionado parágrafo único do art. 2º admite a autorização mesmo nos casos em que não tenha sido possível a indicação e qualificação dos investigados (GRINOVER, *et al.*, 2006, p. 210).

Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p. 231) também opta pela possibilidade da utilização da interceptação telefônica na hipótese em comento, desde que os fatos estejam relacionados com o objeto inicial das interceptações.

Por fim, no que diz respeito à utilização da prova em processos de outra natureza, como no processo civil, doutrinadores como Vicente Greco Filho (2008, p. 38), por exemplo, defendem a impossibilidade, tendo em vista que seria uma burla indireta à Constituição Federal, que permite a possibilidade de interceptação telefônica apenas para fins de investigação criminal.<sup>25</sup>

Adotam posição diversa, no entanto, Eduardo Luiz Santos Cabette (2011, p. 151), bem como Ada Pellegrini Grinover, *et al.*, (2006, p. 219):

O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, lícitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida sob a alegação de que estaria obliquamente

---

<sup>24</sup> Idêntica posição adota Eduardo Luiz Santos Cabette (2011, p. 102).

<sup>25</sup> Adota entendimento semelhante Luiz Flávio Gomes (1997, p. 118).

vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável. (GRINOVER, *et al.*, 2006, p. 219-220).

É preciso destacar, portanto, que tais autores sustentam a necessidade de identidade de partes e também a observância do contraditório para que a prova seja considerada válida e o dispositivo constitucional não seja violado.

Após vencer as hipóteses em que as interceptações telefônicas são admissíveis, passaremos a analisar o procedimento para a concretização de tal meio de prova.

O aspecto procedimental das interceptações telefônicas é disciplinado nos artigos 3º a 9º da Lei 9.296/1996, que tratam desde a legitimidade ativa, o modo de execução da medida, até a destruição do material inutilizado.

O artigo 3º<sup>26</sup> da legislação em comento estabelece tanto a possibilidade de determinação da medida *ex officio* pelo juiz (*caput*), como também a requerimento da autoridade policial (inciso I) ou do representante do Ministério Público (inciso II).

A possibilidade de determinação das interceptações telefônicas de *ofício* pelo magistrado já foi abordada no tópico 3.4.1 ao qual, para evitar repetições desnecessárias, nos reportamos por brevidade.

Os incisos do artigo terceiro conferem legitimidade ativa ao representante do Ministério Público, tanto durante a investigação criminal como também à instrução processual, bem como à autoridade policial, durante a investigação criminal.

Nesse ponto, convém apenas ressaltar, embora omissão legislativa, a necessidade de oitiva do Ministério Público quando o requerimento partir da autoridade policial, conforme pontua Lenio Luiz Streck (2001, p. 76). A ouvida do Ministério Público faz-se necessária posto que “a autorização de interceptação é uma invasão da esfera da privacidade do cidadão [...] deve haver a participação prévia do Ministério Público, cuja missão constitucional é justamente defender os direitos individuais e coletivos da sociedade.” (STRECK, 2001, p. 76).

A lei também é omissa do no que diz respeito à possibilidade do querelante, na ação penal privada, requerer a realização de interceptação telefônica. Prevalece o entendimento doutrinário que opta pela inclusão do querelante como legitimado ativo, através de uma interpretação analógica. Defendem tal posicionamento: Eduardo Luiz Santos Cabette (2011, p. 113), Luiz Flávio Gomes (1997, p. 209), Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos (2011, p. 48).

Por fim, no que tange a legitimidade ativa, convém ressaltar a necessidade de inclusão da defesa para requerer a interceptação telefônica como meio de prova, desde que o pedido seja devidamente fundamentado. Seria uma verdadeira afronta

---

<sup>26</sup> Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de *ofício* ou a requerimento: I – da autoridade policial, na investigação criminal; II – do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

ao princípio da igualdade, bem como da ampla defesa impedir que o acusado utilizasse o mencionado meio de prova nas hipóteses legais cabíveis, como também com base no princípio da proporcionalidade.<sup>27</sup>

O artigo 4º da Lei 9.296/1996<sup>28</sup> estabelece os requisitos do pedido de interceptação telefônica, além dos demais já mencionados acima. São eles: demonstração da necessidade da medida e dos meios a serem empregados na execução.

Luiz Flávio Gomes diz que esses são os requisitos mínimos necessários, acrescentando a eles:

a) quais são os indícios de autoria ou participação; b) quais as provas que existem sobre a existência do delito (materialidade); c) que se trata de infração punida com reclusão; d) descrição clara da situação objeto da investigação (base fática do pedido); e) indicação e, se possível, qualificação do sujeito passivo ou sujeitos passivos da medida; f) qual linha telefônica será interceptada; g) qual seria a duração ideal da captação (não pode exceder quinze dias) (1997, p. 211).

O pedido tem extrema relevância, pois é ele que delimitará a decisão do magistrado, conforme pontua Luiz Fernando Torquato Avolio (2010, p. 241). A lei também permite que, apenas em hipóteses excepcionais, o pedido seja feito de maneira verbal, devendo-se demonstrar o preenchimento de todos os requisitos necessários para a concessão da medida. Nesse caso, será reduzido a termo.

No que tange à decisão que defere a interceptação, temos que ela deve ser devidamente fundamentada, conforme determina o artigo 5º da Lei 9.296/1996<sup>29</sup> de maneira específica e ainda, o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal<sup>30</sup>, sob pena de nulidade.

No caso específico das interceptações telefônicas temos que a fundamentação deverá ser bastante cuidadosa e abrangente. Não raramente

---

<sup>27</sup> Ressalte-se que tal possibilidade, assim como para a acusação, não deve ser encarada como uma hipótese corriqueira, mas apenas como medida excepcional, conforme determina a própria legislação ordinária a respeito e ensina Eduardo Luiz Santos Cabette (2011, p. 117).

<sup>28</sup> Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregos. §1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo. § 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

<sup>29</sup> Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de 15 dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

<sup>30</sup> Art. 93 Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

o juiz terá não somente de ater-se aos requisitos legais, mas também complementá-los devido às suas lacunas, fazendo um trabalho axiológico, sopesando aos valores e bens jurídicos em choque, para correta aplicação do Princípio da Proporcionalidade.

Hoje a fundamentação inexistente ou insuficiente não deve ser aferida simplesmente pela abordagem dos aspectos meramente formais (legais), principalmente quando se tratam de decisões que interferem em direitos e garantias constitucionais. (CABETTE, 2011, p. 128-129).

O artigo 5º da Lei 9.296/1996 ainda determina que a diligência poderá ter duração máxima de 15 dias, prazo este que pode ser renovado por igual tempo, desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

A polêmica doutrinária acerca do prazo da interceptação telefônica gira em torno da possibilidade ou não de tal prazo ser renovado por mais de uma vez. A redação do artigo em questão é ambígua, sendo que há controvérsias se a expressão “uma vez” diz respeito à quantidade de vezes que a medida pode ser renovada ou então, à necessidade de comprovação de indispensabilidade do meio de prova.

Prevalece o entendimento doutrinário<sup>31</sup> que é possível a renovação da diligência quantas vezes for necessária, desde que preenchidos todos os requisitos e ainda esta mostrar-se indispensável.

Seguindo esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos autos de Habeas Corpus nº HC 146021 / SP

2009/0169149-2, Dje 01/09/2011, através de sua Quinta Turma, também entende que a Lei 9.296/1996 não impõe limitações à quantidade de vezes que a interceptação telefônica possa ser renovada, desde que a decisão seja devidamente fundamentada.

Posição diversa adota João Roberto Parizatto (1996, p. 45), Raimundo Amorim de Castro (2010, p. 154) e Eduardo Luiz Santos Cabette (2011, p. 133), defendendo que o período máximo da interceptação telefônica seria de 30 dias (inicialmente 15 dias, renovados apenas uma vez por mais 15).

Os artigos 6º a 9º do diploma legal aqui estudado preveem o procedimento da interceptação telefônica, isto é, como a diligência deve ser realizada.

Os principais destaques dos artigos citados referem-se ao fato de a diligência ser conduzida pela autoridade policial,<sup>32</sup> facultando ao Ministério Público o acompanhamento da mesma; a possibilidade de requisição de serviços técnicos e especializados às concessionárias de serviço público; a necessidade de autuação do material colhido durante a realização das interceptações telefônicas em apartado,

<sup>31</sup> Defendem tal posicionamento: Vicente Greco Filho (2008, p. 30), Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos (2011, p. 63), Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p. 244), Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2006, p. 212), Luiz Flávio Gomes (1997, p. 219), Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 765).

<sup>32</sup> Por autoridade policial entende-se aquele que chefia os trabalhos da polícia judiciária, função que geralmente é desempenhada pelo Delegado de Polícia de carreira (CABETTE, 2011, p. 109).



com o fim de preservação do sigilo da diligência; e ainda, a determinação de extração<sup>33</sup> dos autos todo material que não for utilizado como meio de prova (através do incidente de inutilização).

Foram abordados os principais aspectos processuais da Lei 9.296/1996, aspectos estes responsáveis pelas maiores polêmicas que giram em torno do referido diploma legal.

### **3.3.3 Aspectos materiais da Lei 9.296/1996**

Os aspectos materiais da Lei 9.296/1996 dizem respeito à existência de tipificação de determinadas condutas elencadas pelo legislador como crimes. Tais condutas são previstas no artigo 10 da Lei 9.296/1996.

O legislador foi muito feliz em prever tais condutas como crimes, na medida em que até então havia uma lacuna legal e toda interceptação realizada indevidamente era considerada fato atípico, não havendo qualquer tipo de responsabilização para os agentes. O Código Penal, em seu artigo 151, § 1º, inciso II,<sup>34</sup> punia apenas aquele que divulgasse ou transmitisse indevidamente o material interceptado e não aquele que era responsável por interceptar.<sup>35</sup>

No que diz respeito à objetividade jurídica do referido artigo, Luiz Flávio Gomes ensina que “o bem jurídico primordial que o art. 10 da Lei 9.296/1996 visa a tutelar é, indiscutivelmente, o sigilo das comunicações. Mais precisamente a liberdade das comunicações, que está amparada, desde a Magna Carta – art. 5º, inc. XII -, pelo sigilo” (1997, p. 237).

Atualmente, o artigo 10, apesar de ser um delito de ação múltipla ou conteúdo variado,<sup>36</sup> pode ser desmembrado didaticamente em três partes, na medida em que prevê condutas distintas, todas consideradas como crime. A primeira delas consiste em interceptar comunicações telefônicas, de informática ou telemática sem autorização judicial, a segunda com objetivos diversos dos descritos em lei<sup>37</sup> e a terceira, quebrar segredo de Justiça.

Quanto ao sujeito ativo do delito, temos que na modalidade “interceptar” o sujeito ativo é comum, isto é, pode ser praticado por qualquer pessoa, não existindo qualquer condição especial para tanto. Já a modalidade “quebra de sigilo”

---

<sup>33</sup> Ressalte-se que o desentranhamento deve ser requerido pelas partes e devidamente deferido pelo magistrado, posto que são as partes que utilizarão o material obtido como meio de prova e cabe a elas definirem aquilo que não terá serventia às mesmas.

<sup>34</sup> Art.151 Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: [...], §1º Na mesma pena incorre: [...] II – quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas; [...].

<sup>35</sup> A Lei 9.296/1996 não revogou as disposições previstas pelo artigo 151, § 1º, do Código Penal, que continua vigente e abarca as situações que envolvem transmissão e divulgação de gravações obtidas de maneira diversa da interceptação telefônica.

<sup>36</sup> Crime de ação múltipla é “aquele cujo tipo penal tem contém várias modalidades de condutas, e, ainda, que seja praticada mais de uma, haverá somente um único crime” (BITENCOURT, 2010, p. 256).

<sup>37</sup> Para Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p. 254), o legislador equivocou-se ao estabelecer requisitos alternativos, isto é, prevendo duas condutas separadas, pois seria mais adequado que tais requisitos fossem cumulativos.

o sujeito ativo é próprio, posto que apenas pratica o crime aquele que tem o dever jurídico de preservar o sigilo das comunicações, conforme pontua Eduardo Luiz Santos Cabette (2011, p. 154-155).

O tipo objetivo da modalidade “interceptar” consiste em “captar, ter ciência, tomar conhecimento de comunicação alheia” (CERVINI; GOMES, 1997, p. 242). É crime de forma livre, posto que pode ser praticado de inúmeras formas distintas, não prevendo a legislação o modo específico para a ocorrência. É preciso destacar, ainda, que a interceptação realizada com fins diversos dos previstos em lei possui elemento normativo do tipo, presente na expressão “com objetivos não autorizados em lei”.

Nesse caso, temos que a Constituição Federal de 1988 permite a ocorrência de interceptações telefônicas apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Qualquer finalidade diversa será considerada como conduta típica, devendo ser punida.

O tipo objetivo de “quebrar o segredo de justiça” é “infringir, violar ou transgredir o segredo imposto por lei, para tutela de bens relevantes.” (CERVINI; GOMES, 1997, p. 244).

Em todas as modalidades o elemento subjetivo é o dolo, não havendo previsão da modalidade culposa. De igual modo, a tentativa também é possível em todas as hipóteses, sendo que na “quebra de sigilo” é possível através da forma escrita, por exemplo, conforme pontua Eduardo Luiz Santos Cabette (2011, p. 161).

No que diz respeito à consumação, para Vicente Greco Filho “o crime se consuma com a interceptação, ou seja, com a escuta realizada por terceiro da conversa entre outros interlocutores, qualquer que seja o meio técnico utilizado e independente da revelação da comunicação a outrem” (2008, p. 66).

E na “quebra de sigilo” “a infração se consuma com a revelação do conteúdo do procedimento de interceptação ou com a consciente concordância em que terceiro dele tome conhecimento” (GRECO FILHO, 2008, p. 68).

Por fim, a ação penal é pública, possuindo o Ministério Público a sua titularidade, conforme determina o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal.<sup>38</sup>

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Encerrando-se a presente pesquisa, foi possível constatar que as interceptações telefônicas integram o rol de meios de provas que estão a favor do Estado para que este atue na persecução penal, conforme determina a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XII.

A análise dos parâmetros constitucionais, processuais e materiais do instituto em comento demonstrou que o Estado necessita ter a sua disposição tal meio de prova, para utilizá-lo na sua atuação como meio de defesa social.

---

<sup>38</sup> Art. 129 São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...].

Conclui-se, portanto, que é perfeitamente possível a utilização desse meio de prova, desde que a mesma seja produzida de acordo com os princípios constitucionais, bem como com fundamento da legislação infraconstitucional atualmente vigente.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo:Malheiros Editores, 2011.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 6ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

BARROS, Antonio Milton de. *Da prova no processo penal: apontamentos gerais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a Constituição do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo I.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BIANCHINI, Alice; MOLINA; Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Fundamental: Introdução e Princípios Fundamentais*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 15ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 5. Ed. rev. atual São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.488-9 – Distrito Federal – DF. Relator Ministro Néri Silveira, Tribunal Pleno. Julgamento em 07/11/1996, Dje 26/11/1999.

\_\_\_\_\_. Agravo de Instrumento nº 560223 AgR – São Paulo – SP. Relator Ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma, Julgamento em 12/04/2011.

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 402717 – Paraná – PR. Relator Ministro Cesar Peluso, 2ª Turma, Julgamento em 02/12/2008.

\_\_\_\_\_. Questão de Ordem nº 3683 QO – Minas Gerais, Relator Ministro Cesar Peluso, Tribunal Pleno, Julgamento em 13/08/2008.

\_\_\_\_\_. Questão de Ordem nº 2424 QO – Rio de Janeiro, Relator Ministro Cesar Peluso, Tribunal Pleno, Julgamento em 25/04/2007.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 146021, Autos nº 2009/0169149-2, HC – São Paulo. RELATOR., 5ª Turma, Dje 01/09/2011.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Interceptação Telefônica*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Penal: legislação penal especial*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNELUTTI, Francisco. *As misérias do processo penal*. Tradução: Isabela Cristina Sierra. 2ª ed. Sorocaba: Minelli, 2006.

CASTRO, Raimundo Amorim de. *Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas*. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010.

CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: Considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução: Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KERR, Vera Kaiser Sanches. *A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de. *Provas no processo penal: um estudo comparado*. Saraiva: 2011.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MALATESTA, Nicola Flamarino. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Traduzido por Paolo Capitanio. 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005.

ARGUMENTA - UENP                      JACAREZINHO                      Nº 19                      P. 27 – 63                      2013

- MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 26ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2009.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MONTESQUIEU, Charles de. *Do Espírito das Leis*. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- NEUMANN, Ulfrid. *O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena*. Tradução por Antonio Martins. Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 71. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Provas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PANTALEÃO, Leonardo. *Interceptações Telefônicas e a Tutela da Cidadania: à luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006.
- PARIZATTO, João Roberto. *Comentários à Lei nº 9.296, de 24.07.96: Interceptações das Comunicações Telefônicas – Doutrina, Legislação e Prática Forense – Aspectos Constitucionais e Legais*. Leme: Editora de Direito, 1996.
- PRADO, Leandro Cadenas. *Provas Ilícitas: Teoria e Interpretação dos Tribunais Superiores*. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.
- RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução por Pietro Nassetti. São Paulo, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SOUZA NETO, José Laurindo de. *Processo Penal: Sistemas e Princípios*. Curitiba: Juruá, 2008.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito Penal: Criminologia, princípios e cidadania*. São Paulo: Atlas, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição – Cidadania – Violência: A lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Processo Penal*. 22ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000a.

\_\_\_\_\_. *Processo Penal*. 22ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000b.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Atlas, 2011.

VIEIRA, João Alfredo Medeiros. *A prova no processo penal*. 2ª ed. Santo André: Ledix, 2005.





# DE AMÉLIA A MARIA DA PENHA: A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL E DAS CONSTRUÇÕES JURÍDICAS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS DA MULHER

## FROM AMÉLIA TO MARIA DA PENHA: THE EVOLUTION OF CRIMINAL LAW AND THE LEGAL CONSTRUCTIONS IN THE PROTECTION OF WOMAN'S SEXUAL RIGHTS

*Mayara Alice Souza PEGORER\**

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 A mulher na legislação penal. 2 O estupro como exercício regular de direito. 3 A legítima defesa da honra. 4 Novos horizontes: a Lei Maria da Penha. Considerações finais. Referências.

### RESUMO

A mudança de paradigmas envolvendo o papel da mulher nos contextos público e privado e os novos horizontes da moral sexual da sociedade trouxeram uma série de evoluções legislativas, inclusive em âmbito penal, fazendo com que a mulher passa-se de objeto a titular dos direitos sexuais. Nesse sentido, utilizando-se precipuamente do método científico histórico-dedutivo, o presente trabalho apresenta uma breve reconstrução desse percurso, partindo da análise da mulher na legislação penal, atendo-se ao Título VI da Parte Especial do Código Penal, hoje intitulado “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, para analisar duas construções jurídicas envolvendo a liberdade sexual feminina que ganharam notoriedade, quais sejam, o estupro como exercício regular de direito e o femicídio como legítima defesa da honra. Ao final, evoca a Lei n. 11.340/2006, a chamada “Lei Maria da Penha” ou “Lei da Violência Doméstica”, como um dos instrumentos mais importantes à proteção dos direitos sexuais da mulher, procedendo, contudo, a um estudo crítico quanto à adoção da transversalidade de gênero pela referida lei, concluindo tratar-se de um caminho ainda em curso.

---

\* Advogada. Professora universitária. Mestranda em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Bolsista da CAPES. E-mail: mayarapegorer@hotmail.com. Artigo submetido em 22/10/2013. Aprovado em 09/11/2013.

**ABSTRACT:** The paradigm shift involving the role of women in public and private contexts, and new horizons of sexual morals of society, brought a number of legislative developments, including in the criminal context, making the woman go from object to rights holder sex. In this sense, using primarily from historical-deductive scientific method, this paper presents a brief reconstruction of this journey, from the analysis of women in the criminal law, by adhering to the Title VI of the Special Part of the Criminal Code, now entitled “Of crimes against sexual dignity”, to analyze two legal constructions involving the sexual freedom that women have gained notoriety, rape as regular exercise and femicide law as legitimate defense of honor. At the end, evokes the Law n. 11.340/2006, the “Maria da Penha Law” or “Domestic Violence Act”, as one of the most important instruments for the protection of sexual rights of women, proceeding, however, a critical study on the adoption of gender mainstreaming by the law, concluding that it is a path still on going.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos sexuais. Crimes contra a dignidade sexual. Estupro. Legítima Defesa da honra. Lei de Violência Doméstica. Transversalidade de gênero.

**KEYWORDS:** Sexual Rights. Crimes against sexual dignity. Rape. Legitimate defense of honor. Domestic Violence Act. Gender mainstreaming.

## INTRODUÇÃO

Em 1941, Ataulfo Alves e Mário Lago compuseram um samba que descrevia o ideal de comportamento feminino da época, personalizado na figura de Amélia. “Ai que saudades da Amélia” exalta uma mulher sem vaidades, que passava fome ao lado de seu amado, achando “bonito não ter o que comer”; uma mulher doada ao lar e ao esposo, que deveria cumprir da melhor forma com seus “deveres conjugais”.

Tal alegoria, representante dos valores morais fomentados nesse contexto, pode ter seus reflexos encontrados em inúmeras passagens da legislação penal brasileira, bem assim nas próprias construções jurídicas, que impingiam à mulher um papel de resignação.

Essa situação é ainda mais evidente quando em análise o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, vez que à mulher não era dada a prerrogativa de postar-se como sujeito titular, mas objeto, devendo adequar-se às funções que lhe foram socialmente designadas, e sujeitando-se ao querer do marido.

Esse pensamento trouxe à baila inúmeras formas de violência contra a mulher, inclusive de caráter sexual, principalmente em âmbito doméstico. “Neste sentido, o próprio gênero acaba por se revelar uma camisa de força: o homem deve agredir, porque o macho deve dominar a qualquer custo; e a mulher deve suportar agressões de toda ordem, porque seu ‘destino’ assim o determina”. (SAFFIOTI, 2004, p. 85)

Com o desenvolvimento da moral social, envolvendo questões como a sexualidade e reprodução, em muito devido à própria evolução biotecnológica, e aos movimentos de liderança feminina, novos horizontes foram abertos, de maneira que a mulher passou a ocupar o posto de protagonista de sua própria vida e atora dos cenários privado e público, ainda lutando contra os resquícios da norma patriarcalista, para promover a igualdade substancial.

Nesse sentido, o presente trabalho justifica-se frente aos novos paradigmas estabelecidos, propondo-se outras bases axiológicas e exigindo uma reformulação legislativa para interpretação e aplicação efetiva de normas protetivas, inclusive em âmbito criminal, ao exercício da sexualidade feminina.

Assim, utilizando-se essencialmente do método científico histórico-dedutivo, parte de uma breve análise da mulher na legislação penal brasileira, atendo-se ao Título VI da Parte Especial do Código Penal, hoje intitulado “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, passando a analisar duas construções jurídicas envolvendo a liberdade sexual feminina que ganharam notoriedade, quais sejam, o estupro como exercício regular de direito e o femicídio como legítima defesa da honra. Ao final, evoca a Lei n. 11.340/2006, a chamada “Lei Maria da Penha” ou “Lei da Violência Doméstica”, como um dos instrumentos mais importantes à proteção dos direitos sexuais da mulher, procedendo, contudo, a um estudo crítico quanto à adoção da transversalidade de gênero.

Antes, impõe-se esclarecer a escolha na utilização do termo “femicídio”, em detrimento ao “homicídio”, empregado inclusive pelo Código Penal Brasileiro em seu artigo 121, que tipifica a ação de “matar alguém”. Trata-se de uma expressão utilizada por estudiosas feministas para designar a violência cometida contra indivíduos em razão de seu gênero feminino, amplamente analisada na obra “Femicide: the politics of woman killing”, de Jill Radford e Diana E. H. Russell. Nela, resta evidente a sexualidade como uma das formas de dominação sexista, sendo a cultura um importante mecanismo de perpetuação destas práticas, inclusive no âmbito doméstico.

## **1 A MULHER NA LEGISLAÇÃO PENAL**

A legislação brasileira nutriu em seu bojo uma essência patriarcalista, alçando o homem como centro e a mulher como objeto de proteção. A mesma lógica quando se teve em pauta a liberdade sexual, tratada para com a mulher sempre sob o viés negativo, isto é, a proteção contra sua violação, priorizando-se o combate a abusos e explorações sexuais (um não fazer), e não como uma liberdade positiva, ou seja, liberdade de pleno exercício da sexualidade (um fazer).

Trata-se de um processo de construção histórica valorativa, em que a legislação reflete o ideário social, servindo de mecanismo para a manutenção da abjeção feminina e imposição dos “papéis de gênero”, haja vista a divisão de competências impostas pelo patriarcalismo, relacionando como “valores femininos” tudo aquilo relativo à proteção da vida e da natureza, enquanto “valores masculinos”

são o relativo à busca de segurança, processo tecnológico e poder (MURARO, 2007, p. 35); enquanto o homem é para o público, a mulher é para o privado.

Quando se tem em análise o adultério, por exemplo, nota-se a diferenciação entre a previsão para com homens e mulheres nas legislações brasileiras durante a história. Margarita Ramos (2012) narra que durante o período das Ordenações Filipinas, o Código Filipino, de inspiração inquisitorial, trazia em seu Título XXXVIII do Livro V, denominado “Do que matou sua mulher, pô-la achar em adultério”, a prerrogativa do homem em matar sua esposa infiel e o adúltero, sofrendo a sanção de extradição por período determinado, única e exclusivamente quando o amante fosse pessoa de melhor nível socioeconômico que o seu.

Seguindo, a autora traz o primeiro Código Penal Brasileiro, de 1830, vigente pós independência. Nele, não se confere mais ao marido a prerrogativa de matar sua “esposa adúltera”, impondo-se pena e estendendo a titulação ativa também ao homem. Contudo, o tratamento continua a ser diferenciado, na medida em que, para que houvesse sua caracterização, era necessária a comprovação de uma relação duradoura por parte do homem, haja vista a naturalidade com que se tratava a manutenção de relações extraconjugais pelo mesmo, desde que efêmeras; já para a mulher, a presunção de seu cometimento era o suficiente para a configuração do crime.

Ainda que essa moral social tenha evoluído, como dito anteriormente, e delitos como o adultério tenham sido abolidos (no Brasil pela lei 11.106/05, mas cuja incidência já estava em desuso, pelo princípio penal constitucional da adequação social), o posicionamento dos Estados continua conservadora, encontrando entraves à livre discussão e constância dos direitos sexuais de titularidade feminina mesmo em documentos internacionais, a exemplo da própria Plataforma de Pequim, fruto da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995) e um dos movimentos ícones na luta pelos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, mas que, segundo Mattar (2008, p. 72), não manteve a expressão “direitos sexuais” em sua versão final (ainda que versasse sobre o exercício da sexualidade feminina<sup>1</sup>), principalmente pela ação da Igreja, também não estando presentes termos como “orientação sexual” e “lésbicas e gays”.

Partindo-se a uma análise da proteção dos direitos sexuais da mulher na legislação penal brasileira, nota-se como reflexo do sistema conservador instaurado uma preocupação em posicionar a mulher sempre como vítima, o que caminha paralelamente a uma legislação civil que busca a manutenção do poderio patriarcal.

A grande preocupação do direito era limitar a mulher na sua capacidade cível, no seu poder patrimonial, na sua educação, e, de forma geral, no seu poder de decisão no seio social e familiar. E essa limitação cabia ao Direito

---

<sup>1</sup> “96. Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência”. (ONU, Plataforma de Pequim, 1995)

Civil. Já para o Direito Penal, a preocupação era mínima, pois as mulheres, como regra, representavam o papel de vítima. Um ser frágil, doméstico, dependente, pouco ou nenhum perigo oferecia à sociedade e não precisaria, assim, sofrer tutela do Direito Penal. O papel de cometer crimes cabia ao homem, sujeito ativo, dominador e perigoso. (MELLO, 2010, p. 138)

Assim, com as mudanças promovidas nesse campo legislativo, resta evidente a evolução do papel feminino e dos horizontes protetivos, a iniciar pela própria nomenclatura do Título VI, Parte Especial do Código Penal, alterada de “Dos crimes contra os costumes” para “Dos crimes contra a dignidade sexual” pela Lei n. 12.015/2009.

Anteriormente, por exemplo, o artigo 107, incisos VII e VIII do Código Penal, dispunha como causas de extinção da punibilidade o casamento do agente com a vítima ou desta com terceiro nos “crimes contra os costumes” se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeresse o prosseguimento da ação penal, sendo tais dispositivos revogados pela Lei 11.106 de 28 de março de 2005.

Em análise ao referido Título VI, muitas foram as previsões envolvendo a sexualidade feminina, a começar pelo artigo 213, que até o advento da Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, trazia como estupro o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, restringindo o sujeito ativo ao homem (crime de mão-própria) e passivo à mulher, e deixando de abranger, por exemplo, as relações homossexuais.

Após, teve seu tipo “incorporado” ao delito de atentado violento ao pudor, passando a tutelar sob a denominação de estupro a liberdade sexual de qualquer indivíduo, independentemente de sexo, gênero ou orientação afetivo-sexual.

Da mesma forma, possuía proteção específica à mulher no artigo 231 do Código Penal com a tipificação do “tráfico de mulheres” para fins de prostituição, sendo sua redação alterada pela Lei 11.106/05 e, posteriormente, Lei 12.015/09, passando finalmente a constar o tipo como “tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual” e como sujeito passivo qualquer pessoa (“alguém”).

Outra situação era a utilização de expressões valorativas de designação da mulher que seria considerada sujeito passivo do delito, o que acabava restringindo o âmbito de proteção. Sua incidência pode ser exemplificada já no Código Penal de 1830, cujo Capítulo II denominava-se “Dos crimes contra a segurança da honra”, e trazia em seu artigo 219 o defloramento de “mulher virgem” e, no artigo 222, a manutenção de cópula carnal por meio de violência ou ameaças contra “mulher honesta” (que poderia ter sua pena diminuída caso a mulher fosse “prostituta”).

O mesmo aconteceu no Código Penal Republicano de 1890 que, em várias passagens de seu Título VIII (“Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”) reporta-se a estas

expressões. Um bom exemplo é a redação do artigo 268, que traz como delito “Estuprar *mulher virgem ou não, mas honesta*”, mantendo a diminuição de pena em seu §1º caso a mulher fosse “pública ou prostituta”.

Essa prática foi mantida no Código Penal de 1940, como no caso do delito de posse (hoje, violação) sexual mediante fraude (artigo 215 do Código Penal), que até o advento da Lei 12.015/09 também trazia somente a mulher como sujeito passivo, preservando sua sexualidade e que, até a alteração provocada pela Lei 11.106/05, exigia para sua configuração o cometimento em desfavor de “mulher honesta”.

A mesma expressão foi empregada no tipo “raptor violento ou mediante fraude”, previsto no artigo 219 revogado pela Lei 11.106/05, que previa o rapto de “mulher honesta”, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso.

Note-se que a efetiva análise do uso da honra como qualidade feminina ou masculina será realizada mais adiante, quando em estudo do emprego da legítima defesa da honra. Por ora, deve-se ter em pauta tratar-se de critério subjetivo refletor da moral social da época, restringindo à mulher um comportamento sexual resignado, ilustrador da hierarquia sexista, e excluindo de sua incidência mulheres que não resguardavam os deveres de “fidelidade” ao *pater*, como as prostitutas, por exemplo.

Esse tipo de valoração também se encontrava no artigo 217 do Código Penal, também revogado pela Lei 11.106/05, que trazia o delito de sedução, tendo como sujeito passivo a “mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze)”, de maneira que o agente estivesse “aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança”.

De toda forma, a supressão destas designações valorativas representa uma vitória para a luta da mulher por um reconhecimento igualitário, na medida em que retira a qualificação moral (subjetividade) como requisito caracterizador do tipo, e torna possível uma proteção mais abrangente da mulher em todas as suas especificidades.

A liberdade sexual é um direito assegurado a toda mulher, independentemente de idade, virgindade, aspecto moral ou qualquer outra qualificação/adjetivação que se possa imaginar. No crime de estupro [bem assim nos outros delitos previstos como crimes contra os costumes] não se perquire sobre a conduta ou honestidade pregressa da ofendida, podendo dele ser sujeito passivo até mesmo a mais vil, odiada ou desbragada prostituta. Assim, qualquer mulher pode ser vítima de estupro: honesta, prostituta, virgem, idosa, menor etc. (BITENCOURT, 2009, p. 02)

Essa luta evolutiva também vem sendo travada nos tribunais, tendo em vista que muitas construções jurídicas passaram a incorporar a conservadora moral sexual da sociedade, refletindo a hierarquia masculina.

## 2 O ESTUPRO COMO EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

O primeiro exemplo de construção jurídica que coloca a mulher como objeto e não sujeito titular dos direitos sexuais é a concepção do estupro cometido pelo marido na constância do casamento como exercício regular de direito, posicionamento sustentado por grandes juristas das antigas escolas, tal como Nelson Hungria.

Para estes doutrinadores, o “débito conjugal” caracterizava-se como elemento justificador da ação marital. Essa prerrogativa era trazida pelo artigo 231, inciso II, do Código Civil de 1916 (hoje correspondente ao artigo 1.566, inciso II, do Código Civil de 2002), ao dispor serem deveres de ambos os cônjuges a vida em comum, no domicílio conjugal.

O *jus in corpus*, ou *debitum conjugale*, é considerado um “direito-dever” advindo do Direito Canônico que determina a prerrogativa sobre o corpo do cônjuge, relacionando-se à própria função do casamento de “legalizar” as relações sexuais. (DIAS, 2012)

Assim, apesar de não ter sua extensão especificada em lei, o débito conjugal abrangeria a cópula, de maneira que a manutenção de relações sexuais se caracterizaria como um verdadeiro dever, justificando eventual emprego de violência pelo homem em caso de negativa da mulher, situação em que estaria prezando por seu exercício regular de um direito.

Note-se que esse instituto perfaz-se como excludente antijuridicidade prevista no artigo 23, inciso II, do Código Penal, e, como tal, acoberta de licitude um fato típico.

Hoje, concentra-se na perspectiva de que o estupro tutela o bem jurídico da liberdade sexual, anteriormente de forma exclusiva à liberdade sexual da mulher (haja vista que, como dito, a lei n. 12.015 de 7 de agosto de 2009 “fundiu” os tipos de estupro e atentado violento ao pudor, estendendo sua abrangência passiva), “ou seja, a faculdade que tem a mulher de escolher livremente seu parceiro sexual, podendo recusar inclusive o próprio marido, quando assim o desejar”, uma vez que o dito “débito conjugal” não assegura ao marido ou companheiro tal prerrogativa, mas sim tão somente a de mote para requerer o fim da sociedade conjugal, descaracterizando-se o que se costumava alegar antigamente como um exercício regular de direito. (BITENCOURT, 2009, p. 01-02)

Por isso, deve se ter em perspectiva que o casamento funda-se no *affectio maritalis*, um vínculo de afeto existente entre duas pessoas, que fundamenta a vontade de empreender uma vida conjugal. Em consequência, a recusa ou a impossibilidade na manutenção de relações sexuais por quaisquer dos cônjuges não justifica uma atuação coativa do outro, mas, eventualmente, um motivo para o término do casamento.

Este é o posicionamento assumido de forma pacífica pela hodierna doutrina e jurisprudência (a exemplo de decisão proferida na Apelação Crime nº 70009102377, pela Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que teve

como Relator o Ministro Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, e julgamento em 29/09/2004), de forma que a configuração do crime de estupro independe da situação marital entre sujeitos ativo e passivo, devendo estar presentes somente os requisitos presentes no tipo.

Decerto, torna-se possível a interpretação extensiva às situações de união estável entre os agentes, porquanto a própria Constituição em seu artigo 226, §3º, tenha lhe conferido o reconhecimento de entidade familiar e, por conseguinte, a proteção estatal, passando a gerar os mesmos direitos que o casamento, inclusive em caráter sucessório. Portanto, admite-se a prática de estupro contra companheira (desde, como sublinhado anteriormente, presentes todos os requisitos presentes no tipo penal), não configurando a prática forçada de relações conjugais na constância da união estável um exercício regular de direito.

### **3 A LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA**

Outro exemplo de manobra de defesa utilizada em situações de violência contra a mulher, mas que, diferentemente da situação anterior, ainda guarda algumas divergências, é a chamada tese da “legítima defesa da honra”, que ganhou maior notoriedade quando sustentada pelo advogado Evandro Lins e Silva no caso envolvendo o assassinato da modelo Ângela Diniz por seu namorado, Doca Street, em 1976.

No episódio, Raul Fernandes do Amaral Street, conhecido por Doca Street, matou Ângela Diniz após três meses de uma relação conturbada. Na ocasião, ela o teria mandado sair de sua casa em Cabo Frio, Rio de Janeiro, após uma discussão (supostamente em razão de Ângela ter convidado uma outra moça para manter relações com ela e Doca) e ele, após ter arrumado suas malas e as colocado no carro, voltou munido de uma “Bereta” e a perseguiu até o banheiro, onde a matou com vários tiros na face e no crânio.

Na ocasião, a estratégia utilizada no Tribunal do Júri foi desqualificar a vítima, focando-se em sua “conduta imoral” e no “amor” do agressor, que queria ser o único a “possuir sua amada”. Nas palavras do próprio Lins e Silva (1997, p. 428):

Sim, mostrei que a dignidade dele tinha sido ofendida por vários atos praticados por ela. A infidelidade, os insultos, as revelações que lhe fazia. No dia do fato, aquela questão da alemãzinha, que ela tentava conquistar. Quer dizer, ele com aquele sentimento de puro amor, querendo um casamento... Nas explicações que ele deu, mostrava que tinha dois filhos de uma antiga ligação e de um casamento anterior, o que revelava a pureza na relação com a mulher por quem se apaixonava. Ele tinha esse estado de espírito, e ela tinha uma concepção de vida diferente, liberada inteiramente. [...]



Em um primeiro julgamento, Doca fora condenado a dois anos, logo beneficiado com *sursis* (suspensão condicional da pena). Contudo, ao atribuir à vítima os motivos que levaram a uma reação tão drástica por parte do agressor, gerou-se uma comoção social encabeçada pelo movimento feminista em uma campanha que ficou conhecida como “Quem ama não mata”, opondo-se a inúmeros jornalistas e advogados conservadores e marcando o início da mudança de perspectiva no tratamento das mulheres. (BLAY, 2008, p. 39-49)

Assim, ante a apelação do Ministério Público e realização de novo Júri, o Réu foi condenado a 15 anos de prisão.

Ao traçar uma análise comparativa entre a expressão “mulher honrada”, anteriormente utilizada na legislação penal, e a ideia de honra aplicada ao homem na lógica da legítima defesa, ficam claras as “regras do jogo social”, sempre resultantes em uma situação hierárquica: naquele, a honra simboliza a resignação (em prol ao *pater*); neste, a honra é traduzida pela dominação (exercida pelo *pater*).

Em seu estudo, Margarita Ramos (2012), reconstruindo o processo histórico-discursivo da legítima defesa da honra no Brasil, demonstra que a concepção de honra da mulher sempre esteve ligada à manutenção da virgindade com relação ao pai e, casada, com a manutenção da fidelidade para com o marido, além de importar aos laços sanguíneos. Esse foi o pensamento dominante no Brasil colônia e, depois, no período imperial:

Dessa forma, cabia à mulher, através de sua castidade e fidelidade, sustentar a legitimidade do sangue, já que esse era um fator importante para dizer da honorabilidade tanto de seu pai quanto de seu marido. A infidelidade feminina era, portanto, perigosa por duas razões: a primeira seria a desonra do pai ou do marido perante a sociedade e a segunda seria o risco de essa traição trazer para o seio familiar filhos estranhos, ilegítimos. Outra maneira de manter a aristocracia do sangue era a restrição dos casamentos endogâmicos, ou seja, apenas entre os membros da mesma classe.

[...] *A honra estava, então, intimamente entrelaçada aos laços familiares e ao poder; a ela estavam vinculados a hierarquia da descendência, a castidade e o valor social.* [...] (RAMOS, 2012, grifo nosso)

Assim, a honra vem servindo de justificadora da violência contra a mulher, chegando mesmo ao cometimento de femicídios, desde as previsões legislativas correlatas à prática de adultério, conforme explanado inicialmente. O próprio Código Penal de 1940 trouxe em sua Exposição de Motivos como justificativa para a previsão do adultério um dever/direito de posse sexual, ao dispor que “o *exclusivismo* da recíproca *posse sexual* dos cônjuges é condição de disciplina, harmonia e continuidade do núcleo familiar”.

Ainda hoje, os crimes em desfavor de mulheres cometidos com motivação em separação, ciúme e suspeitas de adultério somam grande parte, chegando às

razões de ordem afetiva, segundo Eva Blay (2008, p. 83), a cerca de 50% dos casos noticiados de reação fatal do companheiro.

Não obstante, há autores que sustentam que, sendo a honra um atributo pessoal, individual, não se poderia falar em legítima defesa da honra do marido nos casos em que não houve coação ao cometimento de adultério pela esposa, por exemplo; nessas situações a única honra ofendida seria a da própria mulher, que foi de encontro à moral social ao optar por viver uma relação extraconjugal. Ao recorrer à morte, o agressor acaba alcançando efeito contrário ao supostamente desejado: ao invés de “lavar sua honra”, acaba tornando pública a conduta do outro cônjuge.

Essa lógica acaba se aproximando do dado trazido por Luiza Nagib Eluf (2013, p. 221-222) de que a maioria dos homicidas passionais confessa seu crime, mostrando à sociedade o exercício de seu direito de posse através da eliminação física e, assim, recobrando o “respeito” que acreditava ter perdido.

Ademais, deve se ter em pauta que, além da subjetividade que permeia a noção de moral, existem requisitos necessários à configuração da legítima defesa e, por conseguinte, da exclusão da antijuridicidade, elencados no artigo 25 do Código Penal. Dentre eles, encontra-se o uso moderado dos meios necessários para repelir a injusta agressão. Dessa forma, questiona-se: o homicídio (ou sua tentativa) poderia ser considerado um meio necessário? Haveria moderação na conduta do agressor (que deixou de buscar o divórcio e, anteriormente, a separação)?

Essas duas argumentações foram tratadas em decisão do Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial n.1.517-PR, julgado em 11/03/1991, pela 6ª Turma, com relatoria do Ministro José Cândido, ocasião em que, de forma não unânime, decidiu-se pela cassação da decisão proferida pelo Tribunal do Júri, com base na tese da legítima defesa da honra.

Contudo, mesmo hodiernamente a legítima defesa da honra continua sendo utilizada como argumento para pleitear a absolvição ao Tribunal do Júri. Em breve pesquisa realizada em alguns tribunais brasileiros, pode-se constatar sua suscitação como mote de defesa, inclusive para pedido de absolvição sumária, que vem sendo negado em sua maioria não pela dúvida na subsistência da construção jurídica (neste sentido, releva-se a decisão emitida no Acórdão n.663600, 20090510070238RSE, Relator Ministro Humberto Adjuto Ulhôa, da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Julgamento em: 21/03/2013, Publicado no DJE em: 25/03/2013), mas pela inexistência de prova segura e incontroversa da incidência da excludente (a exemplo das decisões exaradas nos Recursos em Sentido Estrito nº 70041261082, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Ministro Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 08/06/2011, e Recurso em Sentido Estrito n. 0025051-72.2010.8.26.0451, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Ministro Luiz Antonio Cardoso, Julgado em: 22/01/2013).

Adotando posicionamento mais radical, ao analisar a impossibilidade de utilização da tese da legítima defesa da honra Luiza Nagib Eluf (2013, p. 223) traz a

viabilidade de intervenção do juiz presidente do Tribunal do Júri, advertindo o advogado de defesa e esclarecendo os jurados da inadmissibilidade da argumentação por incitar à discriminação de gênero, atentatória ao direito constitucional da equidade.

De qualquer forma, uma vez afastada a incidência da legítima defesa da honra, continua-se a arguir o chamado homicídio privilegiado, previsto no artigo 121, §1º, do Código Penal atual<sup>2</sup> que, embora atenua a pena, não deixa a ação impune, como acontecia com o perdão dado ao *femicida* em razão da “perturbação dos sentidos e da inteligência”, presente no artigo 27, §4º do Código Penal de 1890<sup>3</sup>.

Sua configuração também é questionada por Eluf (2013, p. 215-216): inicialmente, por não haver compatibilidade entre emoção, conforme descrito no tipo, que se refere a uma “reação súbita e passageira”, e paixão, realmente incidente, que se caracteriza como um “estado crônico, duradouro, obsessivo”, típico da ação premeditada. Somando-se a tanto, a autora salienta a ausência de “provocação” da vítima em várias situações, como quando no único intento de romper o relacionamento ou frente a críticas ao companheiro ou namorado.

Enfim, nota-se tratar de construções que norteiam a subjetividade, envolvendo conceitos de carga valorativa como “honra” e “injusta provocação”, e cuja caracterização deve ser avaliada de forma criteriosa, questionando sua instrumentalização como subterfúgio ao cometimento impune de violência contra a mulher.

#### **4 NOVOS HORIZONTES: A LEI MARIA DA PENHA**

A lei n. 11.340/2006, também chamada de Lei Maria da Penha ou Lei da Violência Doméstica, marca a história brasileira como a primeira legislação a mencionar de forma explícita a proteção dos direitos sexuais da mulher, ao definir em seu artigo 7º, inciso III, a violência sexual<sup>4</sup>.

Sua importância deriva também do contexto gerador de sua formulação, colocando Maria da Penha como símbolo da luta da mulher contra a violência doméstica, haja vista ter sido vítima de duas tentativas de femicídio cometidas por seu então companheiro, em 1983, uma com o disparo de tiros enquanto ela dormia e outro com a tentativa de eletrocutá-la, além das inúmeras agressões sofridas, culminando por deixá-la paraplégica. Como mesmo com a condenação pelo Tribunal

---

<sup>2</sup> “§1º. Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.”

<sup>3</sup> “Art. 27. Não são criminosos: [...]§ 4º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de inteligência no acto de commetter o crime;”

<sup>4</sup> “III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos”.

do Júri o agressor valeu-se de sucessivos recursos para se manter em liberdade, as entidades CEJIL-Brasil (Centro para a Justiça e o Direito Internacional) e CLADEM-Brasil (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) levaram o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), resultando, em 2001, em uma condenação inédita do Estado brasileiro.

Assim, Maria da Penha passa a representar um novo paradigma de mulher que, apesar de ter sofrido com as ações do companheiro, não assume um papel de resignação ou vê no casamento a “cura para todos os males”, mas luta pela punição de seu agressor e pela igualdade no seio familiar.

A Lei “Maria da Penha” simboliza o fruto de uma exitosa articulação do movimento de mulheres brasileiras: ao identificar um caso emblemático de violência contra a mulher; ao decidir submetê-lo à arena internacional, por meio de uma litigância e do ativismo transnacional; ao sustentar e desenvolver o caso, por meio de estratégias legais, políticas e de comunicação; ao extrair as potencialidades do caso, pleiteando reformas legais e transformações de políticas públicas; ao monitorar, acompanhar e participar ativamente do processo de elaboração da lei relativamente à violência contra a mulher; ao defender e lutar pela efetiva implementação da nova lei. (PIOVESAN, 2012, p. 314)

Nesse sentido, Mello (2010, p. 143-146) direciona suas críticas ao fenômeno da perda da impessoalidade da lei frente à imposição de um nome próprio para designação, levando a um Direito Penal simbólico, instrumentalizado por veículos como a mídia, a fim de atender “às manifestações de grupos políticos ou ideológicos quando desejam declarar determinados valores ou repudiar determinadas atitudes consideradas lesivas aos seus interesses”, no caso da referida lei, a promoção do equilíbrio na relação doméstica.

Estar-se-ia, portanto, olvidando-se do caráter mínimo do Direito Penal, além de promover o estereótipo dos agentes envolvidos, principalmente ao tratá-los na lei com as expressões “agressor” e “ofendida”.

Outrossim, algumas questões acerca de sua (in)constitucionalidade foram aventadas, passando à apreciação em Ação Direta de Constitucionalidade n. 19-3/610, proposta pelo Presidente da República, por meio do Advogado Geral da União, quanto a seus artigos 1º, 33 e 41, e Ação Direta de Constitucionalidade de Inconstitucionalidade n. 4424, proposta pela Procuradoria-Geral da República, com relação aos artigos 12, inciso I, 16 e 41. Nelas, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a Lei n. 11.340/06, ratificando não caber seu julgamento pelos Juizados Especiais, bem assim ser a ação penal independente de representação da vítima, conferindo-lhe interpretação conforme a Constituição, na perspectiva do artigo 226, §8º.

Importante destacar a relevância da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quanto à desnecessidade de representação da vítima quando se tem em pauta a ambiguidade da conduta feminina quanto à perseguição de seu agressor, haja vista a ligação estabelecida entre esses agentes:

Em primeiro lugar, trata-se de uma relação afetiva, com múltiplas dependências recíprocas. Em segundo lugar, raras são as mulheres que constroem sua própria independência ou que pertencem a grupos dominantes. Seguramente, o gênero feminino não constitui uma categoria social dominante. Independência é diferente de autonomia. As pessoas, sobretudo vinculadas por laços afetivos, dependem umas das outras. Não há, pois, para ninguém, total independência. [...]

Em terceiro lugar, na maioria das vezes, o homem é o único provedor do grupo domiciliar. Uma vez preso, deixa de sê-lo, configurando-se um problema sem solução, quando a mulher tem muitos filhos pequenos, ficando impedida de trabalhar fora. Entre outras razões, cabe mencionar, em quarto lugar, a pressão que fazem a família extensa, os amigos, a Igreja etc., no sentido da preservação da sagrada família. Importa menos o que se passa em seu seio do que sua preservação como instituição. (SAFFIOTI, 2004, p. 87-88)

Assim, a par de eventuais críticas e questionamentos de constitucionalidade suscitados, quando se analisa textualmente a lei n. 11.340/2006, passa-se a enxergar uma série de inovações.

Segundo Flávia Piovesan (2012, p. 310-312), estas se perfazem em sete: (1) *a mudança de paradigma no enfrentamento da violência contra a mulher*, saindo de infração de menor potencial ofensivo de competência dos juizados especiais criminais para adquirir *status* de violação de direitos humanos; (2) *a incorporação da perspectiva de gênero para tratar da violência contra a mulher*, considerando sua situação peculiar; (3) *a incorporação da ótica preventiva, integrada e multidisciplinar*, envolvendo diversos órgãos do Poder Público para uma atuação abrangente; (4) *o fortalecimento da ótica repressiva*, proibindo-se práticas como a substituição de pena que implique pagamento isolado de multa; (5) *a harmonização com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de Belém do Pará*, inclusive com a ampliação do conceito de violência contra a mulher; (6) *a consolidação de um conceito ampliado de família e visibilidade ao direito à livre orientação sexual*; (7) *e o estímulo à criação de bancos de dados e estatísticas*.

Contudo, uma análise criteriosa trazida por diversos pesquisadores apontam a não incorporação efetiva da transversalidade de gênero às políticas públicas oriundas da legislação em apreço.

Neste diapasão, torna-se necessário compreender a transversalidade de

gênero ou, em sua expressão original, “gender mainstreaming”, como uma estratégia de ação (presente na IV Conferência Mundial das Mulheres em Beijing, de 1995, e cuja definição foi formulada pelo Conselho Econômico e Social da ONU em sua conclusão acordada em 1997) que determina a necessidade de se analisar os impactos do exercício de políticas tanto para mulheres quanto para homens, isto é, uma análise prévia das responsabilidades e contribuições tanto de homens quanto de mulheres e seu potencial impacto para ambos antes da tomada de qualquer decisão em qualquer área de desenvolvimento social.

De posse desse conceito, constata-se que a lei n. 11.340/06 prioriza o caráter repressivo ao dito ofensor (como denomina sua Seção II, “Das Medidas Protetivas de Urgência que *Obrigam* o Agressor”), sem efetivamente listar mecanismos de transformação dos valores patriarcais disseminados, e referindo-se de forma genérica a sua orientação e reabilitação nos artigos 30 e 35, inciso V, além do acréscimo ao artigo 152 da Lei de Execução Penal. Ademais, nota-se também a dificuldade de implementação de programas com essa finalidade, principalmente em caráter preventivo, da mesma forma que ocorre com a instauração de serviços especializados de atendimento à mulher ofendida.

Chama-nos a atenção que a Lei, de certo modo, reconhece que para intervir no contexto da violência doméstica e familiar contra as mulheres, a partir da perspectiva de gênero, é preciso implementar ações que possam também incluir os homens. Porém as ações propostas apresentam duas lacunas: (a) não fazem nenhuma alusão explícita a trabalhos de promoção à saúde (ou promoção da equidade de gênero) com a população masculina, e (b) não há uma definição clara sobre a estrutura e organização dos centros de atendimento aos “agressores”, cuja finalidade, conforme a lei, é de “educação e reabilitação” (art. 35) ou “recuperação ou reeducação”. (DANTAS; MÉLLO, 2008)

Evidente que essa “recuperação” se dificulta desde o próprio processo de estigmatização do agente referido anteriormente, em muito resultante do poderio midiático, de maneira que acaba se buscando na punição uma forma vulgar de remediação do modelo sexista estabelecido, e deixando-se de buscar uma intervenção realmente abrangente e efetiva.

De qualquer forma, a Lei n.11.340/06 caracteriza-se como um passo importante à luta da mulher contra a violência doméstica e a favor da promoção da igualdade substancial, além de figurar como um modelo de transição paradigmática.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A violência contra a mulher, principalmente de cunho sexual, configura-se como um mecanismo de manutenção da hierarquia sexista. Por conseguinte, impera a busca pela proteção de seus direitos sexuais de forma ampla, abrangendo não

somente a vertente negativa em que se centra a legislação penal (por óbvio em função do princípio basilar da legalidade), como também positiva.

Essa extensão importa em um tratamento equânime da mulher em todas as suas especificidades, tendo como parâmetro a diferença múltipla cultivada na sociedade cosmopolita, além da abolição de expressões/requisitos de caráter subjetivo, refletores de uma ultrapassada moral sexual da sociedade, como no caso das expressões “mulher honesta” e “mulher virgem”.

Do mesmo modo com relação às construções jurídicas que justificam um comportamento sexualmente agressivo do homem, exemplificadas neste trabalho com a questão do estupro como exercício regular de direito quando na constância do casamento (em analogia, também na união estável) e do femicídio como legítima defesa da honra.

De fato, apesar de algumas controvérsias que insistem em subsistir, principalmente com relação a este último caso (em que, por se tratar de crime de competência do Tribunal do Júri, envolve a opinião pública e sua concepção de honradez), acredita-se na impossibilidade de sua aplicação jurídica, porquanto servem de mote à perpetuação da violência doméstica.

É nesta seara que surge a Lei n. 11.340/06, popularizada como Lei Maria da Penha, cujas inovações simbolizam novos horizontes à luta feminina.

Contudo, não se pode conferir a ela todas as esperanças de erradicação da violência doméstica enquanto sua funcionalidade ficar restrita, pragmaticamente, ao âmbito punitivo. Daí a se falar na transversalidade de gênero como mecanismo de avaliação das políticas originadas, a fim de que se passe a investir no caráter reeducativo e reabilitador do agente e, com isso, atingir efetivamente as bases da estrutura hierarquizante.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v.04: parte especial. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BLAY, Eva Alterman. *Assassinato de mulheres e Direitos Humanos*. São Paulo: USP, Curso de Pós-Graduação em Sociologia: Ed. 34, 2008.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda Executar o Código criminal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 27 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n.2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 23 mai. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Terceira Câmara Criminal. Recurso em Sentido Estrito n. 0025051-72.2010.8.26.0451. Relator: Ministro Luiz Antonio Cardoso. Julgado em: 22 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Terceira Turma Criminal. Acórdão n.663600, 20090510070238RSE. Relator: Ministro Humberto Adjuto Ulhôa. Julgado em: 21 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70009102377. Relator: Ministro Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. Julgado em: 29 set. 2004.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Primeira Câmara Criminal. Recurso em Sentido Estrito nº 70041261082. Relator: Ministro Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. Julgado em: 08 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso Especial n.1.517-PR. Relator: Ministro José Cândido. Julgado em: 11 mar. 1991.

DANTAS, Benedito Medrado; Méllô, Ricardo Pimentel. *Posicionamentos críticos e éticos sobre a violência contra as mulheres*. Psicol. Soc., vol.20, n.spe, Porto Alegre, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Débito ou crédito conjugal?* 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/792>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

ELUF, Luiza Nagib. *A paixão no banco dos réus - casos passionais célebres: de Pontes Visguelro a Mizaél Bispo de Souza*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



LINS E SILVA, Evandro. *O salão dos passos perdidos: depoimento ao CPDOC*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: Ed. FGV, 1997.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. *Sur. Rev. Int. Direitos Humanos* [online], v. 5, n. 8, p. 60-83, 2008.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Da mulher honesta à lei com nome de mulher: o lugar do feminismo na legislação penal brasileira. *Videre*, Dourados-MS, ano 2, n. 3, p. 137-159, jan./jun. 2010.

MURARO, Rose Marie. *História do Masculino e do Feminino*. Coleção Novo Mundo em Geração. Rio de Janeiro: ZIT, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Litigância internacional e avanços locais: violência contra a mulher e a lei “Maria da Penha”. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direitos Humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 296-316.

PLATAFORMA DE AÇÃO DE PEQUIM. *Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher*. Pequim, 1995. Disponível em: <<http://www.sepm.gov.br/Articulacao/articulacao-internacional/relatorio-pequim.pdf>>. Acesso em: 14 dez.2012.

RAMOS, Margarita Danielle. *Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres*. Rev. Estud. Fem., vol.20, n.1, Florianópolis, Jan./Apr. 2012.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Gênero, patriarcado, violência*. 2 reimp. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.



# REFLEXÕES ACERCA DA AÇÃO PENAL 470 E A POSSIBILIDADE DE REVISÃO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

## REFLECTION ABOUT CRIMINAL ACTION NO. 470 AND THE POSSIBILITY OF REVIEW BY THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

*Aline Maria Hagers BOZO\**  
*Alvacir Alfredo NICZ\*\**

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Entenda o Caso; 2. Das Questões Controversas; 2.1 Da Possível Não Figuração de Envolvidos no Rol de Acusados; 2.2 Da Questão de Ordem: Desmembramento do Processo; 2.3- Da Mudança do Rito no Supremo Tribunal Federal; 3. Da Possibilidade de Revisão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; 4. Nota Conclusiva; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho faz um apanhado acerca dos fatos que levaram ao desencadeamento da Ação Penal 470, originada no Supremo Tribunal Federal. Analisam-se algumas questões controversas sobre o processo nunca anteriormente vislumbrado neste país, como: desmembramento de processos na seara penal; mudança de rito no Supremo Tribunal Federal; e da possibilidade de revisão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tal, realizou-se uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto, concluindo-se que a temática é deveras controversa e que pode ser revista pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no entanto, tal revisão pode não alcançar os resultados almejados pelos réus da Ação Penal nº 470.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ação Penal, Corte Interamericana de Direitos Humanos, desmembramento, processo.

**ABSTRACT:** This study is a summary of the facts that triggered the Criminal Lawsuit No. 470, originated in the Federal Supreme Court. We examine some

---

\* Especialista em Direito Criminal pela UNICURITIBA e Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Bolsista CAPES. E-mail: alinehagers@yahoo.com.br

\*\* Professor Titular de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Professor Associado (aposentado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Decano da Escola de Direito da PUCPR. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito Dauniversidade de São Paulo - USP. Artigo submetido em 23/10/2013. Aprovado em 08/01/2014.

controversial issues about the process never seen before in Brazil, such as: break-up of processes in the criminal field; change of rite in the Federal Supreme Court; and the possibility of review by the Inter-American Court of Human Rights. To this end, we carried out a doctrinal and jurisprudential research on the subject, concluding that the issue is very controversial and that it may be revised by the Inter-American Court of Human Rights; however, such review may not achieve the desired results by defendants of the Criminal Lawsuit No. 470.

**KEYWORDS:** Criminal lawsuit, Inter-American Court of Human Rights, break-up, process.

## **INTRODUÇÃO**

A Ação Penal nº 470 teve suas origens remotas no vídeo em que figurou um ex-funcionário da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, recebendo propina em troca de garantia de contratação através de licitações fraudadas. Tal vídeo obteve repercussão nacional e originou a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) dos Correios que, através dos desdobramentos dessa comissão chegou a um esquema fraudulento que supostamente envolvia uma rede muito maior de pessoas envolvidas do que se ousara imaginar. Essa articulação teria objetivado arrecadar fundos para a compra de votos e garantir a perpetuação do Partido dos Trabalhadores (PT) no poder.

São inúmeras as questões controversas referentes ao julgamento da Ação Penal 470. O presente trabalho se atará a questões que se acreditam serem interessantes de se relatar. Sabe-se que a Suprema Corte Brasileira realizou algumas mudanças na jurisprudência da Corte, especificamente para esta ação penal. Tal ação teve excesso de exposição na mídia, o que para alguns representou uma possibilidade de moralização do judiciário; enquanto que para outros, a premissa se apresentou como falsa em virtude de vários questionamentos como: conjunto probatório inconsistente, ferimento de princípios constitucionais: duplo grau de jurisdição e princípio do juiz natural, além de possibilidade de revisão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). A todo esse embate reúne-se o inconformismo de muitos, representado aqui pelo Procurador da República do Rio Grande do Sul<sup>1</sup> que refere que o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva deveria ter estado presente na denúncia formulada pelo Procurador Geral da República, Antonio Fernando Souza.

Este estudo baseia-se em uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre os temas anteriormente levantados, expondo a matéria à discussão e gerando o debate, o que representa um importante veículo de aprendizado.

## **1. ENTENDA O CASO**

No ano de 2005, a República Federativa do Brasil, sob a presidência de

Luiz Inácio Lula da Silva, presenciou o ex-funcionário da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, Maurício Marinho, registrado em uma filmagem arrecadando dinheiro com empresas interessadas em participar de licitações do governo. Esse episódio desencadeou grande repercussão midiática e política que sucumbiu na abertura da CPMI dos Correios, em junho de 2005.

Conforme o Relatório Final dos Trabalhos da CPMI dos Correios, o objetivo dessa comissão instaurada era o de averiguar irregularidades envolvendo o Chefe de Departamento dos Correios, Maurício Marinho. No entanto, devido à ligação de Marinho com o deputado Roberto Jefferson - que apareceu durante o depoimento de Marinho - o caso alterou o curso das investigações. Jefferson fora acusado por Marinho de ter sido o organizador do esquema de corrupção. Respondeu dizendo que havia sido chantageado e negou seu envolvimento<sup>2</sup>.

No depoimento do parlamentar apurou-se a possibilidade de existência de toda uma organização que negociava dinheiro para ser utilizado no suborno de deputados no Congresso Federal. Em seu relato, Roberto Jefferson acusou líderes e dirigentes do Partido Liberal (PL) e do Partido Progressista (PP) de receberem valores mensais do PT, pela permuta de apoio no Congresso. O caso ficou conhecido como “Mensalão”.

Roberto Jefferson, na época dos fatos presidente do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) do Rio de Janeiro, depõe em 14 de junho de 2006 dizendo que Marcos Valério, empresário brasileiro na área publicitária, era o articulador do arranjo de compra de votos de parlamentares sob a coordenação do PT. Chegou a conhecimento que as agências de publicidade SMP&B Comunicação e DNA Propaganda, ambas de propriedade de Marcos Valério, possuíam vários contratos com a administração pública além de se relacionarem com políticos e autoridades públicas, dentre elas: Banco do Brasil; Eletronorte; Ministério do Trabalho; e os Correios.<sup>3</sup>

Fora chamada para depor na CPMI a ex-secretária de Marcos Valério, Fernanda Karina Sommaggio, a qual se manifestou afirmando que o publicitário fazia saques de dinheiro nas agências do Banco Rural um pouco antes de suas idas à Brasília. Ainda, mencionou em seu depoimento o envolvimento do deputado Delúbio Soares e que presenciara um evento que indicava favorecimento de empresas de seu ex-chefe em licitações dos Correios.<sup>4</sup>

Devido aos comentários ligados ao caso e por ter sido mencionado no depoimento de Roberto Jefferson, José Dirceu, que na época dos fatos era Presidente da Casa Civil, se retira, assumindo em seu lugar a ministra de Minas e Energia,

---

<sup>1</sup> PASTANA, Manoel. **Mensalão: o que poucos sabem e o Brasil deveria saber**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 14 Ago. 2012. Disponível em: [www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/politica/265489](http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/politica/265489). Acesso em: 13 Out. 2012.

<sup>2</sup>Relatório Final dos Trabalhos da CPMI dos Correios. Volume II. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/CPI/RelatorioFinalVol2.pdf>. Acesso em: 13/10/2012. p.498 e 499.

<sup>3</sup>Ibidem.

<sup>4</sup>Ibidem. p. 500.

Dilma Rousseff, fato esse que abriu caminhos para ela alçar vôo rumo à Presidência da Nação.

Delúbio Soares, que na época dos fatos era tesoureiro do PT, acaba sendo expulso do partido. Sustenta em 16 de julho de 2005, em depoimento prestado à Procuradoria Geral da República, que campanhas eleitorais de candidatos do PT haviam sido financiadas a partir de verbas não contabilizadas e não mencionadas à Justiça Eleitoral, procedimento popularmente conhecido como “caixa dois”.<sup>5</sup> Em efeito cascata, também é citado José Genoíno no esquema, que era presidente do PT, e acaba se afastando da presidência do partido no ano de 2005.

Em 1º de Agosto de 2005, o publicitário Marcos Valério entregou à Procuradoria Geral da República e à Polícia Federal um documento contendo 31 nomes de possíveis destinatários dos recursos que supostamente teriam sido emprestados ao PT, chegando à somatória de R\$ 55,8 milhões.<sup>6</sup> Os empréstimos contraídos por Marcos Valério foram feitos junto ao Banco do Brasil, Banco Rural e banco BMG.

Seguindo com a construção evolutiva de dados pautados no relatório final da CPMI<sup>7</sup>, fora chamado para depor o publicitário José Eduardo Cavalcanti de Mendonça (Duda Mendonça), o qual mencionou que possuía crédito com o PT no montante de R\$ 14,5 milhões, advindos de saldo do valor negociado para a realização de campanhas eleitorais do PT entre os anos de 2002 e 2004, incluindo a campanha do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Ainda, em depoimentos à CPMI, o publicitário menciona que abrisse uma conta no exterior, denominada Dusseldorf, por intermédio de uma *off-shore* sediada nas Bahamas (*Dusseldorf Company Ltd*) e que várias instituições financeiras sediadas no exterior efetuaram depósitos nesta conta totalizando, conforme os depoentes, R\$ 105 milhões.

O então secretário-geral do PT, Silvio Pereira, pede desfiliação do partido e assume em nota à imprensa que tinha aceitado de presente da empresa GDK, fornecedora da Petrobras, um carro da marca Land Rover<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Em depoimentos anteriores a esse, Delúbio Soares negava a afirmativa feita em julho de 2005, fato que justificou com: “Delúbio justificou a contradição do que disse anteriormente para não prejudicar “pessoas que estavam sendo acusadas indevidamente”, sem querer nominá-las. Vale mencionar ainda que o montante de empréstimos à época girava em torno de R\$ 39 milhões, bem inferior aos R\$ 55 milhões que, posteriormente terminou sendo admitido por Marcos Valério a esta CPMI e à opinião pública”. Relatório Final dos Trabalhos da CPMI dos Correios. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/CPI/RelatorioFinalVol2.pdf>. Acesso em: 13/10/2012. p. 505.

<sup>6</sup> Relatório Final dos Trabalhos da CPMI dos Correios. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/CPI/RelatorioFinalVol2.pdf>. Acesso em: 13/10/2012. p.514.

<sup>7</sup> \_\_\_\_\_ p.579 e 1085 a 1090.

<sup>8</sup> Excerto da carta veiculada em 22/07/2005 ao jornal Folha de São Paulo, de titularidade de Silvio Pereira: “(...) Escrevo esta carta em um momento difícil na trajetória de nosso partido e na etapa mais dura de minha vida. Cometi um erro. Não me esconderei sob o manto da hipocrisia. Sem levar em conta as conseqüências de meu ato, aceitei que César Oliveira, meu amigo pessoal, mas proprietário da empresa GDK, me presenteasse com um carro Defender, produzido pela Land Rover. Nada ofereci ou me foi pedido em troca, minha consciência está tranqüila. Tenho clareza, no entanto, que falhei com minhas obrigações partidárias ao aceitar esta situação. (...)”. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/CPI/RelatorioFinalVol2.pdf>. p.1047.

Em agosto de 2005, Valdemar Costa Neto, que era presidente do PL e fora acusado por Roberto Jefferson de fazer parte da organização, renuncia após admitir ter recebido dinheiro irregular do PT.<sup>9</sup> Posteriormente à renúncia do parlamentar Costa Neto, seguiu-se a de Paulo Rocha (PT-SP) e de outros parlamentares.

Antes de findar o ano de 2006, alguns dos envolvidos na CPI foram absolvidos pelo Congresso e no mesmo ano o Procurador-Geral da República, Antonio Fernando Souza, encaminha uma denúncia de 136 páginas em face de 40 indivíduos por participação no esquema de corrupção, sendo eles: José Dirceu de Oliveira e Silva; José Genoíno Neto; Delúbio Soares de Castro; Sílvio José Pereira; Marcos Valério Fernandes de Souza; Ramon Hollerbach Cardoso; Cristiano de Mello Paz; Rogério Lanza Tolentino; Simone Reis Lobo de Vasconcelos; Geiza Dias dos Santos; Kátia Rabello; José Roberto Salgado; Vinícius Samarane; Ayanna Tenório Tôrres de Jesus; João Paulo Cunha; Luiz Gushiken; Henrique Pizzolato; Pedro da Silva Córrea de Oliveira Andrade Neto; José Mohamed Janene; Pedro Henry Neto; João Cláudio de Carvalho Genu; Enivaldo Quadrado; Breno Fischberg; Carlos Alberto Quaglia; Valdemar Costa Neto; Jacinto de Souza Lamas; Antônio de Pádua de Souza Lamas; Carlos Alberto Rodrigues Pinto; Roberto Jefferson Monteiro Francisco; Emerson Eloy Palmieri; Romeu Ferreira Queiroz; José Rodrigues Borba; Paulo Roberto Galvão da Rocha; Anita Leocádia Pereira da Costa; Luiz Carlos da Silva; João Magno de Moura; Anderson Aduino Pereira; José Luiz Alves; José Eduardo Cavalcanti de Mendonça; e Zilmar Fernandes Silveira.<sup>10</sup>

Conforme introdução da denúncia:

As investigações efetuadas pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito e também no âmbito do presente inquérito evidenciaram o loteamento político dos cargos públicos em troca de apoio às propostas do governo, prática que representa um dos principais fatores do desvio e má aplicação de recursos públicos, com o objetivo de financiar campanhas milionárias nas eleições, além de proporcionar o enriquecimento ilícito de agentes públicos e políticos, empresários e lobistas que atuam nessa pernicioso engrenagem. Acuada, pois o esquema de corrupção e desvio de dinheiro público estava focado, em um primeiro momento, em dirigentes da ECT indicados pelo PTB, resultado de sua composição política com integrantes do governo, o ex-Deputado Federal Roberto Jefferson, então Presidente do PTB, divulgou, inicialmente pela imprensa, detalhes do esquema de corrupção de parlamentares, do qual fazia parte, esclarecendo que

---

<sup>9</sup> “O ex-deputado Valdemar Costa Neto admitiu ter recebido recursos de Marcos Valério, mas confessou o valor de apenas R\$ 6,5 milhões. Marcos Valério e Delúbio Soares confirmaram repasses que somavam R\$ 12.237.500,00. (Acareação na CPI da Compra de Votos)”. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/CPI/RelatorioFinalVol2.pdf>. P.798

<sup>10</sup> Lista retirada da denúncia feita pelo Procurador-Geral da República, Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, datada de 30 de março de 2006. Disponível em: [http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/INQ%202245%20-%20denuncia%20mensalao.pdf/view](http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/INQ%202245%20-%20denuncia%20mensalao.pdf/view). Acesso em: 15/10/2012. p. 1 a 6.

parlamentares que compunham a chamada “base aliada” recebiam, periodicamente, recursos do Partido dos Trabalhadores em razão do seu apoio ao Governo Federal, constituindo o que se denominou como “Mensalão”.<sup>11</sup>

O Supremo Tribunal Federal aceita a denúncia e em agosto de 2007 inicia-se a Ação Penal de número 470, por relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Dentre os 40 denunciados, Silvio Pereira, que fez acordo com a Procuradoria Federal para não mais figurar no inquérito em troca de 750 horas de serviços prestados à comunidade no tempo máximo de três anos, e José Janene, que faleceu, não mais figuram no processo, restando 38 acusados. Respondem os acusados pelos crimes de formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal); corrupção passiva (art. 317 do Código Penal); corrupção ativa (art. 333 do Código Penal); lavagem de dinheiro (art. 1º, incisos V, VI e VII, da Lei nº 9.613/98); peculato (art. 312, caput, do Código Penal); gestão fraudulenta (art. 4º da Lei nº 7.492/86); e evasão de divisas (art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86).

Em 2011, o STF conclui a fase de instrução do processo e abre prazo de 30 dias para acusação e defesa, respectivamente. O então Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, entrega ao STF as alegações finais da Ação Penal 470. No documento, pede a condenação dos envolvidos excetuando Luiz Gushiken, pois alega que não foram colhidos elementos sequer indiciários que justificassem a sua condenação. Ainda sobre a Ação Penal 470, assim se manifesta:

A instrução comprovou que foi engendrado um plano criminoso voltado para a compra de votos dentro do Congresso Nacional. Trata-se da mais grave agressão aos valores democráticos que se possa conceber. A Constituição Federal logo em seu artigo 10, parágrafo único, prescreve que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente, nos termos desta Constituição”. No momento em que a consciência do representante eleito pelo povo é corrompida em razão do recebimento de dinheiro, a base do regime democrático é irremediavelmente ameaçada.<sup>12</sup>

Em dezembro de 2011, o Ministro Joaquim Barbosa conclui o relatório sobre a ação e o processo é entregue para o revisor, Ministro Ricardo Lewandowski, que por sua vez libera o processo em junho de 2012. O STF fixou o julgamento da Ação Penal nº470 para ter seu início em 02 de agosto de 2012.

---

<sup>11</sup> SOUZA, Antonio Fernando Barros e Silva. **Denúncia Referente ao Inquérito nº2245**. Disponível em: [http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/INQ%202245%20-%20denuncia%20mensalao.pdf/view](http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/INQ%202245%20-%20denuncia%20mensalao.pdf/view). Acesso em: 15/10/2012. p.6 e 7.

<sup>12</sup> Texto retirado das alegações finais do Procurador Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos, referente à Ação Penal 470. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/alegacoes-finais-mensalao.pdf>. Acesso em: 15/10/2012.



## 2. DAS QUESTÕES CONTROVERSAS

### 2.1 Da possível não figuração de envolvidos no rol de acusados

Questiona-se por muitos o fato do ex-presidente da República Luis Inácio Lula da Silva não ter sido incluído na relação de réus da denúncia feita por Antonio Fernando Souza. Por outra banda, dizem que o intitulado esquema do “Mensalão” não passou de mera conspiração contra o PT. Corroboram para o entendimento que não houve a participação do ex-presidente no Relatório Final da Comissão Mista Parlamentar de Inquérito “dos Correios” que criou um subitem só para falar da ciência ou não do Ex-Presidente. Nessa parte do relatório, mencionam que a ciência de Luis Inácio Lula da Silva está condicionada ao depoimento de Roberto Jefferson à CPMI dos Correios<sup>13</sup>, citando ainda que o ex-deputado descreveu um segundo encontro com o ex-presidente tentando alertá-lo do que estava acontecendo, encontro esse que foi presenciado por José Múcio que confirmou este relato à CPMI<sup>14</sup>.

No Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, Aldo Rabelo, em 13/09/2005, sustenta a tese de Roberto Jefferson<sup>15</sup>. Continua o relatório Final da CPMI afirmando que no caso em questão não incide responsabilidade objetiva do ex-presidente, pelo simples fato deste ocupar o cargo máximo da estrutura do executivo, a qual importaria em responsabilidade independentemente de sapiência ou não do fato narrado por Roberto Jefferson. Finaliza o relatório com:

---

<sup>13</sup> Depoimento de Roberto Jefferson para a CPMI, em 30 de junho de 2005: O SR. DEPUTADO ROBERTO JEFFERSON – (...) Mas o Mensalão não parou. Continuou esse Mensalão sem parar. A primeira reunião que eu pude despachar com o Presidente Lula foi em janeiro deste ano. Janeiro deste ano. Fui com o Ministro Walfrido Mares Guia, do PTB — a nossa entrevista durou uma hora — e o Ministro Walfrido Mares Guia, durante uma hora, conversou economia, turismo, com o Presidente; eu ouvi em silêncio. Aí o Presidente bateu na minha perna e me disse: “Roberto, e o PTB?” Eu digo: “Não está bem, não, Presidente. Infelizmente tudo que é tratado aqui não é cumprido. O Zé Dirceu não tem palavra, o que ele diz não cumpre, e eu tenho contra mim essa tentação do Mensalão, que é um negócio que está enfraquecendo o senhor na Casa.” Ele falou: “Mas que é Mensalão, Roberto?” Quando eu contei — eu sou um homem vivo, tenho mais de 200 júris feitos na minha vida, tenho uma trajetória, tenho 23 anos de mandato — a reação do Presidente foi de facada nas costas. “Que é isso?” Eu contei, as lágrimas desceram dos olhos dele. Ele levantou, me deu um abraço e me mandou embora. (...). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/CPI/RelatorioFinalVol2.pdf>. Acesso em: 10/10/2012. p.792 e 793.

<sup>14</sup> O SR. DEPUTADO JOSÉ MÚCIO – (...) Fui testemunha, em março, no segundo encontro, quando o Presidente Roberto Jefferson disse ao Presidente da República, em uma audiência que tivemos no início de março: “Presidente, o senhor precisa ver essa questão do mensalão, porque isso pode atrapalhar o seu Governo”. (...) Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/CPI/RelatorioFinalVol2.pdf>. Acesso em: 10/10/2012. p.793.

<sup>15</sup> O SR. DEPUTADO JÚLIO DELGADO - Quando V. Exa. ouviu falar em proposta de recebimento de dinheiro para apoiar o Governo pela primeira vez? Em que circunstâncias? Poderia dizer alguma coisa a respeito disso para nós do Conselho de Ética, Sr. Deputado? O SR. DEPUTADO ALDO REBELO - A primeira vez, Deputado Júlio Delgado, eu não ouvi; a primeira vez, eu li. Foi uma matéria publicada no Jornal do Brasil, se não me engano, no mês de setembro. E, em seguida, já no mês de março, ouvi — embora a reunião já estivesse no fim, já houvesse um clima de dispersão — o Deputado Roberto Jefferson fazer referência a essa questão em uma reunião com o Presidente Lula, já no mês de março. (...) O SR. DEPUTADO ALDO REBELO - Foi em uma reunião. Participaram eu, o líder Múcio, o ministro Mares Guia, o líder Chinaglia, Roberto Jefferson e o Presidente Lula. No final da reunião, o deputado Roberto levantou a questão do hipotético pagamento a parlamentares. O presidente Lula ouviu e pediu a mim e ao líder Chinaglia que investigássemos a denúncia. Disponível em: Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/CPI/RelatorioFinalVol2.pdf>. Acesso em: 10/10/2012. p.793.

Em sede de responsabilidade subjetiva, não parece que havia dificuldade para que pudesse lóbrigar a anormalidade com que a maioria parlamentar se forjava. Contudo, não se tem qualquer fato que evidencie haver se omitido.<sup>16</sup>

Surge nessa temática a teoria utilizada pelo STF para condenar José Dirceu importada da Alemanha e conhecida como teoria do domínio do fato. Por diversas vezes o delito se apresenta por obra de várias pessoas, sendo necessário distinguir entre as que são autoras e as que participam, ocorrendo o que é chamado de concurso de pessoas. Para dar autoridade ao assunto, o Código Penal Brasileiro o descreve no art. 29.<sup>17</sup>

Zaffaroni e Pierangeli (2007) definem que a participação pode se dar da seguinte maneira: “participação na conduta do autor, que pode ter forma de instigação (quando se incentiva alguém ao cometimento de um injusto ou de um delito) ou de cumplicidade (quando se coopera com alguém em sua conduta delitativa)”.<sup>18</sup> É dizer, no delito pode haver autores e partícipes, sendo que, seguindo as ideias de Zaffaroni, os partícipes são divididos em cúmplices e instigadores. Afirma, na continuidade de pensamento, que o Código Penal de 1940 extirpou a diferenciação entre autoria e cumplicidade, demonstrando em sua exposição de motivos que todos os que tomam parte no crime são autores.<sup>19</sup>

Com base no artigo 29 do Código Penal, tornou-se possível utilizar teorias como a do domínio do fato. Autor de crime é aquele que pratica o verbo núcleo do tipo penal, exemplificando com o artigo 121 do Código Penal que descreve: matar alguém. Autor é quem mata, podendo ser coautor quem está junto praticando a ação que leva a vítima à morte. No exemplo utilizado tem-se que partícipe poderia ser outra pessoa - que não os assassinos - que engana a vítima, dizendo, por exemplo, que a mesma deve ir até seu carro para apagar a luz que ficou acesa, sabendo que os assassinos lá estariam esperando-a. Segue que a teoria do domínio do fato existe para conseguir atingir aquele que não praticou o verbo núcleo para ser caracterizado como autor e nem sequer auxiliou, o que poderia caracterizar participação, mas tem responsabilidade no crime.

---

<sup>16</sup> Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/CPI/RelatorioFinalVol2.pdf>. Acesso em: 10/10/2012. p.794.

<sup>17</sup> Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm). Acesso em: 22/10/2012.

<sup>18</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Volume I: parte geral. 7 ed. Ver. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.569.

<sup>19</sup> *Ibidem*. p.570.

A teoria do domínio do fato já vem sendo aplicada há algum tempo, não foi inovação do STF na Ação Penal 470<sup>20</sup>, no entanto, devido à repercussão do caso, ganhou ares de novidade. Zaffaroni ensina que “é autor o que tem domínio do fato”, seguindo:

Possui o domínio do fato quem detém em suas mãos o curso, o “se” e o “como” do fato, podendo decidir preponderantemente a seu respeito; dito mais brevemente, o que tem o poder de decisão sobre a configuração central do fato (SAMSON). Este critério exige sempre uma valoração que deve ser concretizada frente a cada tipo e a cada forma concreta de materializar uma conduta típica. Não pode ter fundamento em critérios puramente objetivos nem puramente subjetivos, mas abarca ambos os aspectos e requer uma concretização no caso efetivamente dado.<sup>21</sup>

Alegam alguns inconformados que a teoria do domínio do fato deveria ser aplicada também ao ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, o que poderia decorrer em desdobramentos, a seguir. Bonfim apregoa que doutrinariamente existe discrepância ente os estudiosos do direito sobre a aplicabilidade dessa teoria, tratando-se de ação penal pública, do Princípio da indivisibilidade da ação penal pública, previsto no art. 48 do Código de Processo Penal (CPP).<sup>22</sup> Para Lopes Júnior é óbvio que a ação penal é indivisível visto que deve abranger a todos aqueles que tenham aparência de ter cometido a infração.<sup>23</sup>

Segue Bonfim (2009) mencionando que a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (RSTJ, 23-145) aceita a divisibilidade da ação penal pública entendendo que o fato do Ministério Público deixar de oferecer denúncia contra quem entender não haver indícios de autoria na prática do ilícito não contraria o Princípio da indivisibilidade da ação penal. Posicionamento este que corre favoravelmente a grande parte da doutrina, que entende - principalmente em casos complexos, com a existência de vários réus - que o Ministério Público deve ter a possibilidade de oferecer denúncia em face de ter recolhido indícios suficientes de autoria e posteriormente, continuando com a investigação, aditar a denúncia para a inclusão de coréu(s), ou até mesmo propor nova ação penal somente em face dos indivíduos cuja autoria ficou evidente posteriormente a propositura da ação. O que não pode ocorrer de maneira alguma seria o Ministério Público discricionariamente

<sup>20</sup> Coautoria pelo domínio do fato-TACRSP: “ é coautor do roubo qualificado pelo resultado lesão grave o agente que, na realização do roubo, também tinha o domínio do fato delituoso pela realização conjunta da conduta criminosa, dentro do prévio ajuste e da colaboração material, ainda que seu comparsa tenha sido o único autor dos disparos feitos contra a vítima, lesionada gravemente” (RJDTCRIM 5/55). MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código Penal Interpretado**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 292.

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Volume I: parte geral. 7 ed. Ver. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 570.

<sup>22</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 4.ed. São Paulo:Saraiva, 2009. p. 167.

<sup>23</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. V. 1. 4 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 371.

não oferecer denúncia contra suspeito sobre o qual recaiam provas significativas.<sup>24</sup>

## 2.2 Da questão de ordem: desmembramento do processo

Em 02 de agosto de 2012, posteriormente ao processo da Ação Penal nº 470 já ter sido instruído, inicia-se perante o STF o julgamento do feito. Aberta a sessão, o advogado Márcio Thomaz Bastos<sup>25</sup>, defensor do réu José Roberto Salgado, solicitou mediante questão de Ordem que fosse ouvido perante o Egrégio Tribunal. Discursou perante a Tribuna, além de tê-lo feito também mediante petição escrita, averbando a incompetência Constitucional da Suprema Corte para julgar réus que não tivessem a prerrogativa de foro do artigo 102, I, letras b e c da Constituição Federal. Diz o advogado que a matéria não tinha sido discutida pelo viés Constitucional, tão somente à luz de Legislação infraconstitucional e que constitucionalmente existia impossibilidade de extensão a réus que não possuísem prerrogativa de foro. É dizer, solicitou o desmembramento do feito, além de mencionar que oito ministros da Suprema Corte, em processos anteriores, decidiram que a Constituição desejava que as pessoas que não possuísem prerrogativa de foro deviam ser julgadas pelo seu juízo natural e ter assegurado seu duplo grau de jurisdição. Cita, ainda, que importante demonstrativo do alegado se sustentava na revogação da súmula 394<sup>26</sup>, que estendia a competência constitucional por uma lei infraconstitucional.

Para embasar sua teoria, Bastos refere-se em seguida à fulminação por inconstitucionalidade de um projeto de 2002 que acrescentou §§ ao artigo 84 do Código de Processo Penal, também através de regra infraconstitucional de extensão de competência. Finaliza com a menção ao Pacto de São José da Costa Rica que garante juiz natural e duplo grau de jurisdição.<sup>27</sup>

Ora a lei que Bastos apregoa era a lei ordinária 10.628/2002, a qual somou §§ ao artigo 84 do CPP:

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos

<sup>24</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 4.ed. São Paulo:Saraiva, 2009. p. 168.

<sup>25</sup> Publicado pelo STF em 03/08/2012. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=zWxxva11T7A>. Acesso em: 15/10/2012.

<sup>26</sup> **Súmula 394/STF-Crime Durante o Exercício Funcional - Competência Especial por Prerrogativa de Função - Cessação do Exercício**-Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. Disponível em: [http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0394.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0394.htm). Acesso em: 17/10/2012.

<sup>27</sup> Publicado pelo STF em 03/08/2012. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=zWxxva11T7A>. Acesso em: 15/10/2012.

administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. § 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.<sup>28</sup>

Essa lei ordinária foi questionada através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 2797, originária do Distrito Federal, sendo requerente a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público-CONAMP. O STF decidiu ser o questionamento procedente pautando-se na premissa de que a prezada lei foi uma reação ao cancelamento da súmula 394 supracitada e que não podia uma lei ordinária se propor a interpretar norma de hierarquia superior, a não ser quando na própria norma constitucional houvesse previsão para tal.<sup>29</sup>

Conforme Ferdinand Lassale:

Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: Esta árvore é uma figueira. Bastará esse papel para transformar em vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desse fruto, estes destruiriam a fábula, produzindo maçãs e não figos. O mesmo acontece com as Constituições. De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos de poder.<sup>30</sup>

Bastos entende que, para Lassale a essência da Constituição está no que se denomina fatores reais de poder, é dizer, as forças que realmente dominam a sociedade, as ideias de quem efetivamente manda no país.<sup>31</sup> Desta feita pressupõe-se que se entendesse o Poder Constituinte, que era quem realmente detinha o poder para alterar a lei, que o foro especial e/ou por prerrogativa de função deveria ser estendido a terceiros além dos elencados no art. 102 da Constituição Federal teria sido feito a previsão constitucional, se mesmo assim entendesse os que possuem os fatores reais de poder da necessidade da extensão da prerrogativa de

---

<sup>28</sup> Artigo 84 do Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10628.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10628.htm). Acesso em: 15/10/2012.

<sup>29</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade (Medida Liminar). Ementa da Decisão. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2797&processo=2797>. Acesso em: 16/10/2012.

<sup>30</sup> LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição? In: BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo. Editora Malheiros. p. 75.

<sup>31</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo. Editora Malheiros. p. 75.

foro, ainda existiria o recurso as emendas constitucionais, mas jamais por lei ordinária poderia se estender tal prerrogativa.

Opina Nucci<sup>32</sup> que o conceito de jurisdição é “o poder atribuído, constitucionalmente, ao Estado para aplicar a lei ao caso concreto, compondo litígios e resolvendo conflitos.” Enuncia que jurisdição é força atribuída **constitucionalmente** e, como tal, não pode ser alterada infraconstitucionalmente. Na mesma linha de raciocínio continua Nucci dizendo que a jurisdição é indelegável, podendo ser delegável apenas a competência, ou seja, a limitação ao exercício do poder jurisdicional, conceituando competência como uma “[...] delimitação da jurisdição, ou seja, o espaço dentro do qual pode determinada autoridade judiciária aplicar o direito aos litígios que lhe forem apresentados, compondo-os.”<sup>33</sup>

O artigo 102 da Constituição Federal<sup>34</sup> preconiza que a competência para julgar infrações penais comuns de membros do Congresso Nacional é da Suprema Corte. No caso da Ação Penal 470, alguns dos acusados eram membros do Congresso Nacional, enquanto outros tinham sido cassados, é dizer, ex-membros. Isso posto, o STF decidiu por atrair por conexão e continência todos os réus para julgamento no Egrégio Tribunal.

Entende-se que as prerrogativas de foro previstas na Carta Magna não são *numerus apertus*, que podem ser interpretadas ampliativamente, mas sim *numerus clausus*, ou seja, as prerrogativas de foro especial só podem ser concedidas para quem realmente está descrito na Carta Maior. Sobre a temática assim se manifesta Nelson Nery:

[...] Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos.<sup>35</sup>

Os institutos invocados pela Suprema Corte para justificar que a ação penal deveria correr mediante tribunal Superior e não ser desmembrada para os juízes de primeira instância foram os da conexão e continência. Embasados nos art. 76 a 82 do

---

<sup>32</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 249.

<sup>33</sup> \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. p. 251.

<sup>34</sup> **Art. 102 CF**. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

<sup>35</sup> STF, Pleno, QOInq 687-SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 13.9.2007, m.v., DJU 14.11.2007, p.42. In: JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Anotada e Legislação Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 509.

<sup>36</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. Vol. 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 76.

Código de Processo Penal, a “conexão é sinônimo de relação, coerência, nexo”<sup>36</sup>. Como fala Tourinho Filho, a conexão que está disposta no art. 76 do CPP é:

o nexo, a relação recíproca que os fatos guardam entre si, e, em face do vínculo existente entre eles, devem ser apreciados num só processo, possibilitando um só quadro probatório e, ao mesmo tempo, evitando decisões díspares ou conflitantes.<sup>37</sup>

Choukr revela que a possibilidade de existência de infração penal em concurso de pessoas quando uma delas goza de foro por prerrogativa de função faz com que haja a junção das ações penais no foro especializado, estando esse entendimento sumulado no enunciado 704 do STF: “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do coréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.”<sup>38</sup>

Embora esteja sumulada pelo STF a possibilidade da atração por conexão ou continência não ferirem o princípio do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal, o ministro revisor do caso, Ricardo Lewandowski, não acolhe o voto do relator pelo não desmembramento do feito, fazendo uma pomposa construção teórica mediante o plenário, dizendo que pelo viés constitucional a petição de desmembramento não havia sido feita. Entende que o desmembramento deveria ser feito pautado nos casos anteriores a Ação Penal 470, em que o tribunal desmembrou processos, que inclusive ele, no dia de 01/08/2012, tinha feito o desmembramento de um processo a pedido do Doutor Alberto Gurgel, Procurador Geral da República, remetendo ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região o inquérito do ex-senador Demóstenes Torres cassado pelo Senado, é dizer, um dia antes do julgamento atual, qual seja, 02/08/2012.<sup>39</sup>

Segue dizendo que a prerrogativa de foro, conforme art. 80 do CPP<sup>40</sup> possibilitava o desmembramento quando existia um excessivo número de réus; que o desmembramento era prática corriqueira da corte em decisões monocráticas posteriormente mantidas pelo plenário; que assim o fizera a Corte em vários processos, como os citados que seguem: inquérito 517, questão de ordem, origem Distrito Federal, em que o plenário decidira por unanimidade a permissão do desmembramento a requerimento do Ministério Público Federal; inquérito 559,

---

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 201.

<sup>39</sup> Publicado pelo STF em 03/08/2012. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=zWxxva1IT7A>. Acesso em: 15/10/2012.

<sup>40</sup> Artigo 80 do Código de Processo Penal: Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação. Disponível em: <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/18/1941/3689.htm>. Acesso em 14/10/2012.

questão de ordem, origem Minas Gerais, tinha permitido o desmembramento de três indiciados; inquérito 242, origem Distrito Federal e vários outros; que o não desmembramento poderia ferir o devido processo legal, pois se perdia o duplo grau de jurisdição;<sup>41</sup>

Finaliza mencionando que a constituição poderia, se quisesse, ter tratado dos institutos da conexão e continência, mas não o fizera; que a Convenção Americana de Direitos Humanos-Pacto de São José da Costa Rica, importante instrumento garantidor dos direitos fundamentais da pessoa, devidamente internalizado no país pelo decreto 678/1992, tinha em seu conteúdo o artigo 8 II, H-Garantias Judiciais: toda pessoa terá direito de ser ouvida com as devidas garantias e com um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente, imparcial, estabelecido anteriormente por lei; que a Constituição Federal preconiza no art. 5 § 2º<sup>42</sup>, a importância dos tratados internacionais; e que a nulidade gerada por incompetência de foro é absoluta.<sup>43</sup>

Os atos processuais podem ser defeituosos e esses defeitos importam em nulidades que por sua vez dividem-se em nulidades relativas e absolutas. Recorda Aury Lopes Jr. que os atos defeituosos podem separar-se em quatro categorias, quais sejam: meras irregularidades, nulidades relativas, nulidades absolutas e inexistência. São as irregularidades meros defeitos processuais, que não comprometem a força do princípio constitucional ou processual que tutelam. Por sua vez, as nulidades são aquelas em que o princípio constitucional ou processual é atingido. Quando o princípio constitucional ou processual pode ser sanado se categoriza pela doutrina como nulidade relativa e quando for insanável recebe a nomenclatura de nulidade absoluta. Já no plano da inexistência está a falta de elemento essencial para o ato, de modo que sequer permite que o ato ingresse no mundo jurídico.<sup>44</sup>

O artigo 564 do CPP traça as possibilidades de ocorrência de nulidade, sendo que em seu inciso I está descrito a incompetência do juiz. Por sua vez, Ada Pellegrini ensina que em interpretação a contrário senso, o artigo 572 do CPP distingue as nulidades absolutas das relativas, pois descreve que, os itens 564, III, (d) e (e), segunda parte, (g) e (h), e IV, considerar-se-ão sanadas se não forem arguidas em tempo oportuno, se o ato tiver atingido seu fim se praticado de outro

---

<sup>41</sup> Publicado pelo STF em 03/08/2012. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=zWxxva1IT7A>. Acesso em: 15/10/2012.

<sup>42</sup> 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13/10/2012.

<sup>43</sup> Publicado pelo STF em 03/08/2012. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=zWxxva1IT7A>. Acesso em: 15/10/2012.

<sup>44</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. II. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 394 e 395.



jeito e ainda, se a parte aceitar seus efeitos. Dentro desta enumeração não está o inciso I, acordando ser esse inciso nulidade absoluta. Continua dizendo que “já a ofensa às garantias constitucionais implicará sempre nulidade de natureza absoluta, pois a obediência às regras do devido processo constitui requisito essencial para a correção da prestação jurisdicional.”<sup>45</sup>

### **2.3 Da mudança do rito no supremo tribunal federal**

Questionam as partes envolvidas na Ação Penal 470 algumas mudanças feitas pelo STF, que conforme o Ministro Joaquim Barbosa tais mudanças se fizeram necessárias devido à complexidade da ação. Questionado também o fato dos réus envolvidos não terem sido interrogados pessoalmente pelo ministro relator além de que não foram ouvidos no final do processo, como apregoa a boa norma penal processual.

Em conformidade com petição de Márcio Thomaz Bastos; José Luís Oliveira Lima; Luiz Fernando Pacheco; Arnaldo Malheiros Filho; e Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, apresentada ao Egrégio Tribunal com o interesse que pertine aos advogados dos réus, alegam que:

[...] o Eminentíssimo Ministro Relator anunciou que adotaria como metodologia para leitura de seu voto a ordem apresentada pela D. Procuradoria-Geral da República na exordial acusatória, ao que se opôs, de imediato, o Insigne Ministro Revisor [...]

[...] Diante da obscura ordem estabelecida para o julgamento, e reiterando a perplexidade já registrada em Plenário quanto ao método adotado pelo Insigne Ministro Relator em que toma por princípio a versão acusatória e afronta o postulado do devido processo legal, bem como dispositivos do Regimento Interno desta Egrégia Corte, os subscritores da presente requerem elucidação sobre o rito a ser adotado nas próximas sessões plenárias: ordem de votação, roteiro a ser seguido, momento de votação do cálculo de penas, se houver *etc.*[...]<sup>46</sup>

O excerto da petição acima apresentada demonstra que os advogados dos réus voltam a questionar o devido processo legal e a necessidade de julgarem conforme os requisitos de justiça cabíveis ao caso. Outra decisão interessante da Suprema Corte foi que os magistrados decidiram que quem votasse pela absolvição de algum dos réus não opinaria na dosimetria da pena desse réu, em virtude de ficar confuso um juiz que pretende absolver e tiver que calcular a pena.

---

<sup>45</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 10ª Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 22

<sup>46</sup> Petição disponível no site: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-20/advogados-contestam-rito-proposito-relator-mensalao>. Acesso em: 22/10/2012.

### 3. DA POSSIBILIDADE DE REVISÃO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Levantou-se por Luís Flávio Gomes<sup>47</sup> que os condenados da Ação Penal 470 poderiam reclamar perante a CIDH, motivados por dois argumentos centrais já anteriormente expostos no presente artigo, quais sejam, não cumprimento do devido processo legal pelo não desmembramento do feito, além do fato de que o Ministro Joaquim Barbosa presidira a fase investigativa e era o relator do julgamento.

Na mesma linha de raciocínio, Gomes continua exemplificando um caso ocorrido na Colômbia e que fora submetido à CIDH. Trata-se do caso Las Palmeras, em que a Corte mandou que fosse refeito o processo, pois o juiz da investigação era o mesmo do processo. Segue mencionando o caso % também processado na CIDH % de Barreto Leiva contra Venezuela, em que a CIDH entendeu que todos, inclusive os que possuem foro privilegiado, detém o direito ao duplo grau de jurisdição.<sup>48</sup>

Vários são os artigos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) pertinentes à Ação Penal 470. O Estado brasileiro, ao depositar a Carta de Adesão à CADH, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, datada de dezembro de 1992, fez uma única reserva, entendendo que os artigos 43 e 48, alínea d, não incluíam o direito automático de visitas e inspeções *in loco* da CIDH, sendo que para tal faz-se necessário a expressa anuência do Estado. O Estado promulgou internamente a CADH, conforme regras constitucionais, através do Decreto nº 678, em novembro de 1992. É dizer que a Convenção tem plena validade e que pode ser questionada por meio de petição por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da Organização, tal como previsto no artigo 44 do Pacto.<sup>49</sup> No entanto, vale ressaltar que inicialmente a parte submete o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que emitirá um relatório e esta, se considerar necessário, submeterá o caso à CIDH.

Para que um Estado-Membro seja submetido à jurisdição da CIDH se faz necessária a declaração expressa, não basta ser parte no tratado. O Brasil o fez em 10 de Dezembro de 1998, por meio de nota ao Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), reconhecendo a jurisdição obrigatória da CIDH.<sup>50</sup>

Pode ser questionado no caso em discussão o artigo 2, artigo 8, 1 e h; artigo 24 e artigo 64,2 do Pacto de São José da Costa Rica. Respectivamente falam

---

<sup>47</sup> GOMES, Luís Flávio. Mensalão: julgamento do STF pode não valer. Disponível em: <http://www.delegados.com.br/juridicos/3529-mensalao-julgamento-do-stf-pode-nao-valer-por-luiz-flavio-gomes>  
Acesso em: 15/10/2012.

<sup>48</sup> Ibidem.

<sup>49</sup> Decreto nº 678 e Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 24/10/2012.

<sup>50</sup> CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. **Manual de Direito Internacional Público**. 19 ed., de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência do Kosovo, de 22 de julho de 2010. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 500.

sobre o dever assumido pelos Estados-Partes de adotar disposições de direito interno compatíveis com o pacto, ou seja, direito de duplo grau de jurisdição até mesmo para quem possui foro privilegiado; Imparcialidade do Tribunal e possibilidade de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Trata sobre a igualdade de todas as pessoas perante a lei e finalmente a possibilidade da Comissão da CIDH de emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer uma das leis internas do Estado-Membro e os instrumentos internacionais por esses Estados aceitos.<sup>51</sup>

A professora Flávia Piovesan assim leciona sobre as funções da CIDH:

Promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América é a principal função da Comissão Interamericana. Para tanto, cabe-lhe fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; solicitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; e submeter um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.<sup>52</sup>

Muito embora possa ser a Ação Penal 470 submetida à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e remetida à CIDH, mesmo que os réus dessa ação tenham um julgamento favorável, como o processo é vagaroso poderá essa Corte dizer que o julgamento deverá ser refeito e provavelmente os envolvidos já terão cumprido suas penas, sendo possível a conversão em indenização. Se em tese, a CIDH entender que houve descumprimento de artigos previstos no Pacto de São José da Costa Rica, poderá emitir parecer solicitando que o Brasil adéque sua legislação interna às previsões internacionais.

Ademais existe a preocupação internacional dos defensores dos direitos humanos no sentido de não cumprimento das recomendações advindas da Corte posterior ao caso Belo Monte, em que o Brasil não acatou o relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.<sup>53</sup> Pode-se afirmar que, mesmo que a Ação Penal 470 fosse submetida à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com a possibilidade atual de mudanças no sistema da Corte<sup>54</sup>, possivelmente a decisão não teria efetividade em território brasileiro.

---

<sup>51</sup> Decreto nº 678 e Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 24/10/2012.

<sup>52</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva: 2012. p.131.

<sup>53</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos- MC 382/10- Comunidades Indígenas de La Cuenca Del Río Xingu, Pará, Brasil. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>. Acesso em: 23/10/2012.

<sup>54</sup> Criada em 1959 pela Organização dos Estados Americanos (OEA), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos visa proteger os direitos humanos de maneira regionalizada. Acontece que em junho de 2011 o Conselho Permanente da OEA criou um Grupo de Trabalho Especial que visava refletir acerca do Funcionamento da Comissão

#### 4. NOTA CONCLUSIVA

O caso da Ação Penal nº 470 iniciou-se com um vídeo no qual aparecia o ex-funcionário dos correios Maurício Marinho recebendo dinheiro de empresas que objetivavam obter licitações do governo, fato que desencadeou um dos maiores escândalos de corrupção que o Brasil já presenciara. O dicionário Houaiss de Língua Portuguesa menciona que corrupto tem etimologia latina e é o corrompido, estragado, subornado, seduzido. Continua “que ou aquele que age desonestamente, em benefício próprio ou de outrem, especialmente nas instituições públicas lesando a nação, o patrimônio público, etc.”<sup>55</sup>

Não se pode opinar exatamente se os advogados dos réus são coerentes em dizer que não existem provas cabais que sustentem condenação de vários dos réus da Ação Penal 470, visto que o processo conta com mais de 300 volumes e o acompanhamento aqui feito está pautado em relatórios, os quais apresentam um resumo do caso e muita das vezes expressam a intenção do autor, podendo interferir na interpretação.

É sabido que ambas as partes, tanto acusadores como acusados, possuem argumentos pertinentes à temática, principalmente quando se fala sobre o desmembramento da ação penal, visto os princípios elencados na Constituição Federal do Brasil, como devido processo legal e seus desdobramentos.

Quanto às alterações no rito do STF não se percebem maiores prejuízos por entender que o processo da Ação Penal nº 4710 se apresenta tão complexo, com 38 réus, sendo que o Tribunal precisava organizar sua forma de sentenciar, não importando a maneira escolhida desde que apresentasse justificativa, fosse clara e condizente com a Constituição Federal e o sistema infraconstitucional.

A teoria do Domínio do Fato pode-se dizer que já vinha sendo invocada pelo sistema interno brasileiro, não sendo inovação da Suprema Corte, mas sim plausível sua aplicação no caso em questão.

Por fim, há de se concluir que a adesão do Estado brasileiro ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em especial com a aceitação da jurisdição da Corte, garantiu aos indivíduos uma importante e eficaz esfera complementar de garantia aos direitos humanos sempre que as instituições nacionais se mostrem omissas ou falhas.

---

Interamericana de Direitos Humanos com o intuito de fortalecer o sistema. No final de 2011, o relatório criado pelo Grupo de Trabalho foi finalizado e sancionado pelo Conselho Permanente em 2012. Ocorre que professores de renome nos Direitos Humanos e militantes na causa como Deisy Ventura, Flávia Piovesan e Juana Kweitel mencionam que “O Sistema Interamericano de Direitos Humanos está sob forte ataque. Um processo de reforma capciosamente batizado de “fortalecimento” esconde a tentativa de limitar sua capacidade de agir de forma autônoma e independente”. Matéria veiculada na folha de São Paulo, coluna Opinião, intitulada: **Sistema Interamericano Sob Forte Ataque**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/59213-sistema-interamericano-sob-forte-ataque.shtml>. Acesso em: 22/10/2012.

<sup>55</sup> HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 848.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2010.

BASTOS, Márcio Thomaz. Petição Contestando Rito do STF. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-20/advogados-contestam-rito-proposto-relator-mensalao>.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 4.ed. São Paulo:Saraiva, 2009.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. 19 ed., de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência do Kosovo, de 22 de julho de 2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal: *Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/18/1941/3689.htm>.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS- MC 382/10- *Comunidades Indígenas de La Cuenca Del Río Xingu, Pará, Brasil*. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

GOMES, Luís Flávio. *Mensalão: julgamento do STF pode não valer*. Disponível em: <http://www.delegados.com.br/juridicos/3529-mensalao-julgamento-do-stf-pode-nao-valer-por-luiz-flavio-gomes>.

DECRETO Nº 678 E PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTARICA. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm).

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 10ª Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

ARGUMENTA - UENP                      JACAREZINHO                      Nº 19                      P. 83 – 102                      2013

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Anotada e Legislação Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. V. 1. 4 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Código Penal Interpretado*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e execução penal*. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PASTANA, Manoel. *Mensalão: o que poucos sabem, e o Brasil deveria saber*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 14 Ago. 2012. Disponível em: [www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/politica/265489](http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/politica/265489).

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva: 2012.

*Relatório Final dos Trabalhos da CPMI dos Correios*. Volume II. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/CPI/RelatorioFinalVol2.pdf>.

SANTOS, Roberto Monteiro Gurgel Santos . *Alegações Finais do Procurador Geral da República referente a Ação Penal 470*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/alegacoes-finais-mensalao.pdf>.

SOUZA, Antonio Fernando Barros e Silva. *Denúncia Referente ao Inquérito nº2245*. Disponível em: [http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/INQ%202245%20-%20denuncia%20mensalao.pdf/view](http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/INQ%202245%20-%20denuncia%20mensalao.pdf/view).

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. VOL. 1. 10 ed. São Paulo; Saraiva, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. volume I: parte geral. 7 ed. Ver. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

# PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: O ESTADO DA ARTE EM PORTUGAL E NO BRASIL

## PROHIBITION OF SOCIAL REGRESSION: ART STATE IN PORTUGAL AND IN BRAZIL

*Vladimir BREGA FILHO\**

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 O princípio da proibição do retrocesso social. 2 O reconhecimento do princípio pelos tribunais superiores. 2.1 A proibição do retrocesso na corte constitucional portuguesa. 2.2 A proibição do retrocesso no Supremo Tribunal Federal. 3. Perspectivas acerca de sua evolução. Conclusões. Bibliografia.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo analisar o princípio da proibição do retrocesso social no direito português e brasileiro. Para isso, inicia realizando estudo doutrinário a respeito do princípio, trazendo fundamentos para o seu reconhecimento. Relata que em Portugal o princípio está inscrito na Constituição de 1976, enquanto no Brasil o princípio está implícito na Constituição de 1988, podendo ser extraído da força normativa da Constituição, do princípio da confiança e da segurança jurídica. Depois, o artigo faz uma análise da jurisprudência das cortes constitucionais de Portugal e do Brasil, demonstrando que no momento os países vivem momentos diferentes que refletem nas decisões acerca da proibição do retrocesso social. Por fim, com base no que vem sendo decidido pelas referidas cortes, analisa perspectivas para a evolução do princípio. Conclui que a definição do núcleo essencial dos direitos sociais é de extrema importância para evitar que os direitos sociais fiquem sujeitos a reduções por parte de governos descomprometidos com os direitos sociais, fazendo ruir o Estado Social de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** proibição do retrocesso social – direitos sociais – análise jurisprudencial – núcleo essencial.

**ABSTRACT:** The current work aims to analyze the social non-regression principle in Portuguese and Brazilian law. Thereunto, it starts from a doctrinaire study about

---

\* Prof. Adjunto. Coordenador do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas - Campus Jacarezinho - UENP. Doutor em Direito (PUC/SP). Promotor de Justiça. E-mail: [bregafilho@uol.com.br](mailto:bregafilho@uol.com.br). Artigo submetido em 08/01/2014. Aprovado em 08/01/2014.

this principle and brings elements for its acknowledgment. It reports that in Portugal the principle is inserted in the 1976 Constitution, while in Brazil it is implicit in the 1988 Constitution, where it can be extracted from the normative power of the Constitution, the reliance principle and the legal security. After that, the article analyzes the jurisprudence of Portuguese and Brazilian constitutional courts, revealing that both countries live currently different moments which reflect at the decisions about the social prohibition regression. At last, based on what have been decided by those courts, it analyzes perspectives for the principle's evolution. It concludes that the definition of the social rights essential core is extremely important to avoid social rights be subjected of reductions by uncompromised government with social rights, which ruin the Social State of Law.

**KEYWORDS:** prohibition of social regression – social rights – jurisprudence analysis – essential core

## **INTRODUÇÃO**

A conquista dos direitos sociais pela humanidade não foi e não é tarefa fácil.

A partir do final do século XIX e principalmente no início do século XX, fatores sociais, políticos e econômicos fizeram com que os direitos sociais começassem a ser reconhecidos pelos Estados. Foi assim com a Carta do trabalho na Itália (1897), com a Constituição Mexicana (1917), a Constituição Russa, chamada de Declaração do Povo Trabalhador e Explorado (1918), e a Constituição Alemã de Weimer (1919).

Outras Constituições seguiram o caminho do reconhecimento dos direitos sociais e hoje, em quase todas as Constituições do mundo, os direitos sociais parecem estar em porto seguro, vez que estão constitucionalizados.

Além dos direitos sociais estarem constitucionalizados, algumas constituições e a doutrina criaram instrumentos de garantia desses direitos. Dentre eles, neste estudo, iremos tratar do princípio da proibição do retrocesso social. Para tanto, trataremos aspectos teóricos do princípio, para a seguir, fazer um estudo do mesmo na jurisprudência em Portugal e no Brasil.

Por fim, iremos tentar apresentar perspectivas para referido princípio, tentando encontrar indícios de como será o seu desenvolvimento, especialmente no Brasil, onde o princípio tem sido pouco discutido no Supremo Tribunal Federal.

## **1 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL**

Os direitos sociais, por serem direitos fundamentais, têm como característica a cumulatividade, ou seja, dentro de uma ideia de patrimônio político-jurídico, os direitos sociais reconhecidos por um Estado passam a constituir um verdadeiro patrimônio dos indivíduos, que não pode ser suprimido. Fala-se, então, que o



estágio de concretização dos direitos sociais não pode retroceder, reconhecendo-se a existência do princípio da proibição do retrocesso, também conhecido por proibição da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais.

É certo que as normas definidoras de direitos sociais fundamentais muitas vezes não são diretamente aplicáveis, vez que carecem de intervenção concretizadora do legislador para que os direitos sejam exercidos. Outras vezes, os direitos sociais fundamentais são positivados nas Constituições através de normas programáticas, como por exemplo, o direito à saúde. As normas programáticas são definidas por Jorge Miranda como “aquelas que, dirigidas a certos fins e a transformações não só da ordem jurídica mas também das estruturas sociais ou da realidade constitucional (daí o nome), implicam a verificação, pelo legislador, da possibilidade de as concretizar” (MIRANDA, 2000, p. 245).

Mas o fato de ser programática, não retira do legislador a obrigação de concretizar os direitos nela definidos. Há na constituição um dever imposto ao legislador de densificar desses direitos.

Como escreve Cristina Queiroz

Esses direitos não se apresentam como meros ‘apelos ao legislador’, ‘programas’ ou ‘linhas de actuação política’. Como ‘normas constitucionais’ apresentam-se como ‘parâmetro de controle judicial’ quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares, que os restrinjam ou contradigam. (QUEIROZ, 2006, p. 65)

Ainda sobre o dever do legislador escreve CANOTILHO que:

Qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder público (Crisafulli). Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autônoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositio* do legislador; é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes. (2007, p.1177).

Atribui-se às normas constitucionais, portanto, o sentido normas-programas, a serem cumpridos após sua implementação, sempre prestigiando o sentido de conquistas sucessivas, a serem observadas pelo legislador e também pelo Estado.

Segundo CANOTILHO, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente:

(1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização

(imposição constitucional); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam. (Ibid, p.1177)

Percebe-se, portanto, que estabelecidos os parâmetros de concretização, ainda que de carácter infraconstitucional, de um direito fundamental social, passa a constituir o “nível legalmente concretizado dos direitos fundamentais” (QUEIROZ, 2005, p. 66). Com isso, existindo uma obrigação constitucional de concretizar esses direitos, não poderá o legislador praticar atos que contrariem essa obrigação, ou seja, não poderá o legislador retroceder.

Embora as normas programáticas não tenham um conteúdo definido, funcionam como limites negativos para os poderes públicos, sendo que todas as normas que contrariarem o texto constitucional carregarão a marca da inconstitucionalidade.

Por outro lado, toda a legislação recepcionada pela Constituição e as normas editadas de acordo com ela passam a definir o conteúdo dos direitos sociais, e por consequência passam a constituir limites ao legislador, que não poderá, sem alternativas ou compensações, eliminar esses direitos.

Citando Muller, Cristina Queiroz destaca que

A tese da irreversibilidade dos direitos sociais constitucionalmente consagrados acaba por assumir a função de ‘guarda de flanco’ desses direitos e pretensões no seu conjunto, garantindo o grau de concretização já obtido, transformando-se, por assim dizer, numa espécie de ‘densificação’ de direitos fundamentais. (QUEIROZ, 2006, p. 68).

As constituições, portanto, mesmo em se tratando de normas programáticas, impõem ao legislador um dever de legislar, e, uma vez cumprido, surge um novo dever, qual seja, o de não eliminar os direitos instituídos pela lei sem dar-lhe alternativas ou compensações.

Vale lembrar aqui o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Konrad Hesse ao tratar do tema, deixa claro o seguinte:

A interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio de ótima concretização da norma

não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. (HESSE,1991, p. 22).

Ainda sobre a concretização da Constituição, Hesse destaca:

A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação (HESSE,1991, p. 23).

Para Hesse o “Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional” (HESSE, 1991, p. 27).

Percebe-se, portanto, que a força normativa da constituição exige do intérprete um compromisso com a concretização de direitos estabelecidos em uma Constituição, sob pena de se estar descumprindo a ordem constitucional e também se enfraquecendo a sua força normativa. Conclui-se, portanto, que toda e qualquer interpretação da constituição deve ter como objetivo a concretização dos direitos nela assegurados.

A partir desta ótica, ganha espaço o princípio da proibição de retrocesso, sendo cada vez mais contemplado na doutrina constitucional e evocado pelos tribunais a fim de proteger o núcleo de direitos fundamentais, sociais e de solidariedade, já assentes no texto legal, caracterizando um verdadeiro “dever de proteção”. (QUEIROZ, 2006, p. 70)

Sobre a natureza do princípio da proibição de retrocesso, em sentido amplo, CANOTILHO sustenta que:

(...) a ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contrarrevolução social ou da evolução reacionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. (...) O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais

quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente autorreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado. (2007, p. 432)

Dessa forma, o princípio da proibição de retrocesso surge como a cláusula de vedação a qualquer modificação que implique retroagir, substancialmente, na conquista legislativa já alcançada.

Outro aspecto a fundamentar a vedação do retrocesso está na análise do princípio da segurança jurídica e seus desdobramentos. A segurança jurídica, dentro da qual estão as posições jurídicas das pessoas, depende da estabilidade jurídica. O cidadão faz escolhas em sua vida que não podem ficar à mercê da vontade momentânea dos governantes. Muitas vezes as pessoas fazem opções relacionadas à carreira, à saúde, à educação, entre outros direitos sociais, imaginando um cenário estável. Perdem em alguns momentos, para ganhar em outros. Assim, as modificações legislativas não podem vir a prejudicar esse patrimônio jurídico das pessoas.

Escreve REIS NOVAIS que

Os particulares têm não apenas o direito a saber com o que podem legitimamente contar por parte do Estado, como também o direito a não verem frustradas as expectativas que legitimamente formaram quanto à permanência de um dado quadro ou curso legislativo, desde que essas expectativas sejam legítimas, haja indícios consistentes de que, de algum modo, elas tenham sido estimuladas, geradas ou toleradas por comportamentos do próprio Estado e os particulares não possam ou devam, razoavelmente, esperar alterações radicais no curso do desenvolvimento legislativo normal. (2011, p. 263).

Esse princípio, contudo, não impede que o legislador, em razão de interesse público, possa vir a modificar o regime dos direitos sociais. Algumas vezes, posições jurídicas individuais podem ceder frente ao interesse público.

Assim, a violação do princípio da segurança jurídica só será admitida quando, analisado o caso concreto, concluir-se que o interesse público se sobrepõe ao interesse individual.

Feita essa breve análise, é importante destacar que a Constituição Portuguesa possui previsão expressa sobre a proibição de retrocesso (art. 18.3), assim disciplinada: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

Comentando o dispositivo constitucional português, CANOTILHO e MOREIRA:

A proibição incide sobre a chamada retroactividade autêntica, em que as leis restritivas de direitos afectam posições jusfundamentais já estabelecidas no passado ou, mesmo, esgotadas. Ela abrangerá também alguns casos de retrospectividade ou de retroactividade inautêntica (a lei proclama a vigência para o futuro mas afecta direitos ou posições radicadas na lei anterior) sempre que as medidas legislativas se revelarem arbitrárias, inesperadas, desproporcionadas ou afectarem direitos de forma excessivamente gravosa e impróprias às posições jusfundamentais dos particulares (cfr. AcsTC nos 354/00 e 449/02). A razão de ser deste requisito está intimamente ligada à ideia de protecção da confiança e da segurança aos cidadãos, defendendo-os contra o perigo de verem atribuir aos seus actos passados ou às situações transactas efeitos jurídicos com que razoavelmente não podiam contar. (2007, p. 394)

Já no Brasil, não há na Constituição brasileira previsão expressa do princípio da proibição de retrocesso social. Ele surge, de forma implícita.

É o que escrevem SARLET e FENSTERSEIFER:

A proibição do retrocesso, de acordo com o entendimento consolidado da doutrina, consiste em um princípio constitucional implícito, tendo como fundamento constitucional, entre outros, o princípio do Estado (Democrático e Social) de Direito, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, o princípio da segurança jurídica e seus desdobramentos, o dever de progressividade em matéria de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais (DESCA), apenas para citar os mais relevantes fundamentos jurídico-constitucionais invocados. (SARLET e FENSTERSEIFER, p. 192)

E também Lenio STRECK.

Neste ponto adquire fundamental importância a cláusula implícita de proibição de retrocesso social, que deve servir de piso hermenêutico para novas conquistas. Mais e além de todos os limites materiais, implícitos ou explícitos, esse princípio deve regular qualquer processo de reforma da constituição. Nenhuma emenda constitucional, por mais que formalmente lícita, pode ocasionar retrocesso social. Essa cláusula paira sobre o Estado Democrático de Direito como garantidora de conquistas. Ou seja, a Constituição, além de apontar para o futuro, assegura as conquistas já estabelecidas. Por ser um princípio, tem aplicação na totalidade do processo aplicativo do Direito. (STRECK, 2004, p. 706)

Além da previsão implícita do princípio, documentos internacionais também

sustentam a existência do princípio da proibição do retrocesso, especialmente os Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966, a saber: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, nos quais se assegurou a proibição a qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte.

Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que traz no artigo 29 a impossibilidade de supressão ou limitação do gozo de direitos e liberdades nela reconhecidos.

Art. 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Vale lembrar, conforme salienta Eduardo CAMBI, que “tal proibição de retrocesso não é absoluta, não servindo para engessar a argumentação e os espaços democráticos, mas apenas para assegurar condições materiais básicas para o exercício democrático de todos” (2009, p.229).

Sobre a proteção que emana do princípio, Felipe DERBLI enuncia:

O que se quer dizer, neste ponto, é que o reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso social é capaz de oferecer aos cidadãos alguma proteção em face do turbilhão de transformações que assola o mundo nos dias de hoje. Particularmente no caso do Brasil, é absolutamente necessário que se vislumbre, na Constituição, princípio que permita a proteção dos patamares já alcançados e consolidados na diária missão de cumprimento do projeto de justiça social delineado pela Constituição – que, por isso, devem ter a sua disciplina infraconstitucional minimamente preservada das constantes e bruscas modificações que atualmente acometem a realidade política, econômica e social no país e no mundo. (2007, p.290)

Muito se pode considerar a relação da proteção da dignidade da pessoa humana com a cláusula da proibição de retrocesso, haja vista que a intenção

primordial dessa vedação é a de proteger o núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais e sociais conquistados pelo cidadão, em matriz constitucional e infraconstitucional.

Neste sentido, para Paulo OTERO, dentre os princípios que a tutela da segurança e a proteção da confiança devem respeitar, deverá se observar os seguintes:

(iii) O princípio da proibição de retroactividade de normas que imponham ou envolvam (directa ou indirectamente) sacrifícios de natureza pessoal (artigo 29.º, n.ºs 1, 3 e 4) ou patrimonial (artigo 103.º, n.º 3) e ainda, em termos gerais, de todas as normas que traduzem a restrição (e, por maioria de razão, a proibição) do exercício de posições jurídicas subjectivas (artigo 18.º, n.º3); (iv) O princípio da proibição de retrocesso das normas dotadas de uma conexão íntima com a proteção da inviolabilidade da vida humana e as condições mínimas indispensáveis à garantia da dignidade humana. (2010, p.89)

Logo, o princípio da proibição de retrocesso deverá sempre ser encarado como aliado da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no art.1º, III da Constituição Federal.

Não resta dúvida, portanto, que assim como em Portugal, onde há previsão expressa na Constituição, como no Brasil, de onde se extrai implicitamente do sistema, é vigente o princípio da proibição do retrocesso social ou da não reversibilidade dos direitos sociais.

## **2 O RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

A proposta do presente trabalho é fazer um relato do “estado da arte” do princípio da proibição do retrocesso em Portugal e no Brasil. Não desconhecemos a questão não exclusiva desses países, mas procuramos realizar a comparação especialmente porque Portugal, assim como vários países da Europa, pode ser chamado de Estado Democrático Social de Direito, e o Brasil, assim como vários países em desenvolvimento e subdesenvolvidos, busca trilhar esse caminho.

Sendo assim, a seguir faremos um relato de julgados da corte constitucional Portuguesa e do Supremo Tribunal Federal, de onde é possível extrair conceitos e trazer casos concretos que demonstrem a utilidade do princípio para a defesa dos direitos sociais.

### **2.1 A proibição do retrocesso na corte constitucional portuguesa**

Como já dito anteriormente, o princípio da proibição do retrocesso social está expressamente reconhecido na Constituição Portuguesa e por isso já há bastante tempo foi reconhecido pela Corte Constitucional.

O *leading case* na corte portuguesa foi o acórdão 39/84. A controvérsia

girava da revogação de dispositivos da Lei nº 56/79 que implantou o Sistema Nacional de Saúde (SNS) em Portugal. Havia uma questão relacionada à inconstitucionalidade formal ou orgânica da norma – a revogação dos dispositivos se deu por decreto-lei – mas o acórdão ampliou a análise da questão, analisando se as normas eram materialmente constitucionais.

A respeito da proibição do retrocesso e especialmente sobre o dever de cumprimento das tarefas constitucionais, o Tribunal Constitucional português no referido acórdão escreveu:

Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção.

Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa – a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica –, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 39/84. Acesso [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt) em 09 out 2013).

E mais adiante:

Quer isto dizer que, a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social. Este enfoque dos direitos sociais faz hoje parte integrante da concepção deles a teoria constitucional, mesmo lá onde é escasso o elenco constitucional de direitos sociais e onde, portanto, eles têm de ser extraídos de cláusulas gerais, como a cláusula do “Estado social”. (idem, ibidem)

E conclui:

Impõe-se a conclusão: após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar essa



lei, repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos; mas não pode vir extingui-los ou revogá-los (idem, ibidem)

A corte portuguesa, portanto, reconheceu que o legislador, na conformação dos direitos sociais, pode “alterá-los ou reformá-los”, mas essa liberdade de conformação legislativa deve respeitar o que foi criado, não podendo descumprir o que cumpriu. Reconheceu, portanto, o princípio da proibição do retrocesso social.

Outro acórdão de destaque dentro do tema é o acórdão nº 509/02. A discussão versava sobre a revogação do rendimento mínimo garantido para os jovens com idade entre 18 e 25 anos, previsto na Lei nº 19-A, de 29 de junho de 1996.

Embora o acórdão não tenha fundamentado sua decisão no princípio da proibição do retrocesso, trouxe importante contribuição para sua discussão na jurisprudência portuguesa. Destacamos o seguinte trecho, onde trata da liberdade do legislador na conformação dos direitos sociais:

Embora com importantes e significativos matizes, pode-se afirmar que a generalidade da doutrina converge na necessidade de harmonizar a estabilidade da concretização legislativa já alcançada no domínio dos direitos sociais com a liberdade de conformação do legislador. E essa harmonização implica que se distingam as situações.

Aí, por exemplo, onde a Constituição contenha uma ordem de legislar, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível «determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade» (cfr. Acórdão nº 474/02, ainda inédito), a margem de liberdade do legislador para retroceder no grau de protecção já atingido é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão – e terá sido essa a situação que se entendeu verdadeiramente ocorrer no caso tratado no já referido Acórdão nº 39/84. (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 509/02. Acesso [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt) em 09 out 2013).

E conclui:

Noutras circunstâncias, porém, a proibição do retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática, sob pena de se lhe reconhecer uma subsistência meramente formal, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas,

ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais. (idem, ibidem)

Frise-se que o acórdão não fundamentou a inconstitucionalidade no princípio da proibição do retrocesso. Na verdade, o acórdão entendeu que a revogação do benefício da renda mínima para os jovens com idade entre 18 a 25, sem qualquer alternativa, constituiria ofensa ao direito a um mínimo de existência condigna. De qualquer forma, ao afirmar-se que o legislador possui ampla liberdade de conformação dos direitos sociais, mas não pode suprimi-los sem que exista alternativa para garantir existência digna às pessoas, de alguma forma está reconhecendo o dever constitucional de manutenção dos direitos sociais constitucionalmente assegurados, pois o exercício desses direitos, de algum modo, garante existência digna às pessoas.

Da conclusão do acórdão, extraímos o seguinte trecho:

Significa isto que, nesta perspectiva, o legislador goza da margem de autonomia necessária para escolher os *instrumentos adequados* para garantir o *direito a um mínimo de existência condigna*, podendo modelá-los em função das circunstâncias e dos seus critérios políticos próprios. Assim, *in casu*, podia perfeitamente considerar que, no que se refere aos jovens, não deveria ser escolhida a via do *subsídio* – designadamente, a do alargamento do âmbito de aplicação do *rendimento social de inserção* –, mas antes a de outras prestações, pecuniárias ou em espécie, como *bolsas de estudo, de estágio ou de formação profissional* ou *salários de aprendizagem* (*maxime*, quando associadas a medidas de inserção social). Pressuposto é, porém, que as suas escolhas assegurem, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito a um mínimo de existência condigna, para todos os casos. (idem, ibidem).

Enfim, percebe-se que o princípio da existência digna ou da dignidade da pessoa humana está intimamente ligado à discussão a respeito da proibição do retrocesso social.

Ainda que os acórdãos de nº 39/84 e 509/02 tenham trazido grande contribuição para a afirmação do princípio, é na jurisprudência mais recente que encontramos discussões importantes sobre a sua relativização dos direitos sociais e da proibição do retrocesso.

A recente crise econômica que assolou a Europa a partir de 2008 obrigou os Estados, especialmente Portugal, Itália, Grécia e Espanha, pejorativamente identificados com a sigla PIGS, a realizar cortes nas despesas sociais, renovando a discussão sobre a proibição do retrocesso social.

No acórdão nº 396/11 a corte constitucional portuguesa analisou a

constitucionalidade de dispositivos da Lei n.º 55-A, de 31 de dezembro de 2010 (Lei do Orçamento de Estado para 2011).

Por maioria de votos, entendeu a corte portuguesa que era possível a imposição de redução na remuneração dos trabalhadores do setor público, o que não violaria o princípio da proteção da confiança e o princípio da igualdade, fundamentando sua decisão no fato de que tais disposições, que reduziam a remuneração dos trabalhadores do setor público, estavam justificadas pelo interesse público e tinham vigência temporária.

Do acórdão extrai-se o seguinte trecho onde se analisa a existência do interesse público. Para a corte, o interesse público, justificado pela crise econômica, estava presente para justificada a violação do princípio da confiança.

Diferentemente dos casos julgados pelos Acórdãos n.ºs 303/90 e 141/2002, o interesse público a salvaguardar, não só se encontra aqui perfeitamente identificado, como reveste importância fulcral e carácter de premência. É de lhe atribuir prevalência, ainda que não se ignore a intensidade do sacrifício causado às esferas particulares atingidas pela redução de vencimentos ((PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 396/11. Acesso [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt) em 09 out 2013).

No mesmo acórdão, a corte portuguesa aduziu que existia “fundamento legítimo” para a diferenciação implicada na redução das remunerações e que o tratamento desigual se justificava pela sua transitoriedade.

Recentemente, a corte portuguesa, no acórdão n.º 353/12, trouxe mais algumas balizas para a elaboração de uma moldura do princípio da proibição do retrocesso. A corte analisava, mais uma vez, a constitucionalidade da suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal por meio da Lei n.º 64-B/2011.

Na decisão, destacou a corte que “a liberdade do legislador recorrer ao corte das remunerações e pensões das pessoas que auferem por verbas públicas, na mira de alcançar um equilíbrio orçamental, mesmo num quadro de uma grave crise econômico-financeira, não pode ser ilimitada”. (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 353/12. Acesso [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt) em 09 out 2013).

Mais adiante decidiu:

Apesar de se reconhecer que estamos numa gravíssima situação econômico-financeira, em que o cumprimento das metas do déficit público estabelecidas nos referidos memorandos de entendimento é importante para garantir a manutenção do financiamento do Estado, tais objetivos devem ser alcançados através de medidas de diminuição de despesa e/ou de aumento da receita que não se traduzam numa repartição de sacrifícios excessivamente diferenciada. (idem, idem)

A partir dessa aparente mudança no entendimento da corte constitucional da corte portuguesa, podemos destacar algumas características do princípio da proibição do retrocesso.

Como bem destacou a corte, o princípio da proibição do retrocesso não é absoluto, ou seja, em algumas situações, excepcionais, é possível retroceder os direitos sociais. O retrocesso, contudo, não decorre de um ato de discricionariedade. Ele deve estar baseado em um “fundamento legítimo”. Existindo alternativas ao retrocesso, elas devem ser aplicadas.

O retrocesso só deve ocorrer quando todas as outras medidas já foram tentadas, sem sucesso, ou ainda quando nenhuma medida se mostra eficaz para a consecução dos objetivos do Estado, entre os quais está a sua própria sobrevivência.

Ademais, o retrocesso deve ter um caráter transitório e excepcional. Atingidos os objetivos propostos, o Estado deve agir no sentido de retomar os padrões anteriormente atingidos.

De tudo isso, é possível dizer que a corte constitucional portuguesa reconhece a existência do princípio da proibição do retrocesso social, baseado no princípio da confiança, mas não o entende como princípio absoluto. Eventual violação deve ser analisada no caso concreto, só sendo admitida quando o interesse público justificar. Eventual retrocesso também não poderá colocar em risco o mínimo a uma existência condigna, sendo importante destacar que as reduções devem ser analisadas sob a ótica da excepcionalidade.

## **2.2 A proibição do retrocesso no Supremo Tribunal Federal**

No Brasil, embora o tema já venha sendo tratado pela doutrina, é recente a discussão do princípio da proibição de retrocesso na corte constitucional brasileira.

Em voto do Ministro Celso de Mello, mencionou-se a necessidade de respeito ao princípio da proibição de retrocesso na garantia do direito social à saúde, especificamente no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos.

Sustentando a necessidade e efetivação dos direitos sociais e o cumprimento das “promessas constitucionais” o Ministro Celso de Mello aduz que:

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais. (STA 175-AgR/CE – voto Min. Celso de Mello)

Em outro acórdão, desta vez tratando do direito social à educação, o mesmo Ministro fundamentou a obrigação do município de São Paulo em garantir o atendimento de crianças de até cinco anos de idade em creche e pré-escola, fazendo-o também com base na proibição do retrocesso social. A seguir transcrevemos trecho da ementa.

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

Também o Ministro Luiz Fux já fez referência ao princípio da vedação do retrocesso, pelo “qual seria inconstitucional a redução arbitrária do grau de concretização legislativa de um direito fundamental” (ADC 29, ADC 30 e ADIN 4578, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012 RTJ VOL-00221-PP-00011). No caso, embora o ministro tenha reconhecido a existência do princípio, entendeu que ele não era aplicável no caso específico.

Atualmente, a discussão a respeito da constitucionalidade do Novo Código Florestal (lei nº 12651, 25 de maio de 2012) certamente terá de enfrentar a temática, vez que a Procuradoria Geral da República ingressou com algumas ações diretas de inconstitucionalidade, as quais têm como fundamento a proibição do retrocesso ambiental. O tema tem grande repercussão, já que atinge direta ou indiretamente todas as propriedades rurais do país. A discussão é premente e trouxe grande dificuldade para as agências ambientais que precisam de um posicionamento a respeito da constitucionalidade da legislação.

Percebe-se, então, que há uma grande diferença no “estado da arte” do

princípio da proibição do retrocesso social em Portugal e no Brasil. Em Portugal o princípio já vem sendo discutido na Corte Constitucional faz bastante tempo. O acórdão nº 39/84 deu início à definição das bases do princípio e a jurisprudência da corte, ainda que com alguma resistência, vem estabelecendo o conteúdo jurídico do princípio da proibição do retrocesso.

No Brasil, alguns ministros têm trazido a proibição do retrocesso como fundamento para a efetivação de direitos sociais, especialmente o Ministro Celso de Mello. O Brasil, contudo, ainda está longe de ser considerando um Estado Social de Direito. As condições dos serviços prestados pelo Estado são péssimas. A saúde está em uma situação caótica, o mesmo ocorrendo com a educação e a assistência social. Em razão disso, não é o momento de discutir a proibição do retrocesso, pois ainda não atingimos níveis mínimos no reconhecimento dos direitos sociais. Ainda precisamos cumprir as promessas constitucionais.

A respeito do cumprimento dessas promessas, vale a pena trazer a colação trecho do voto do Ministro Celso de Mello na já referida STA 175.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode convertê-la em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

E mais adiante, falando a respeito dos riscos do descumprimento da Constituição, escreve:

O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado ... O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório – infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1.484-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) ... A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então,

de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

O Brasil, portanto, ainda trava uma luta para o cumprimento de seu dever de efetivação e de progressão dos direitos sociais. Falar em permissão de retrocesso, neste momento, parece ser algo inimaginável.

### **3 PERSPECTIVAS ACERCA DE SUA EVOLUÇÃO**

A partir da análise das decisões das cortes constitucionais de Portugal e do Brasil, é possível tentar imaginar as perspectivas para o princípio da proibição do retrocesso social.

Com a crise econômica que assolou a Europa, percebeu-se a grande ligação entre o direito e a economia. Se a economia vai bem, o Estado é pródigo em garantir direitos. Se a economia vai mal, os Estados estão mais preocupados com a estabilidade econômica do que com a estabilidade dos direitos.

Diante disso, é possível perceber que nos momentos de crise sempre existirá aqueles que tentarão violar a “vontade da constituição”. Vale destacar nesse ponto o pensamento de Konrad HESSE quando fala da força normativa da constituição.

Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, e que se conforme a Constituição a esses limites. Se os pressupostos da força normativa encontrar correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes, que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade”. (HESSE, 1991, p. 24-25)

Assim, falando em perspectivas para a proibição do retrocesso, a primeira é no sentido de que sempre haverá tensão entre a economia e os direitos fundamentais sociais, pois as crises e os governos dispostos a suprimir direitos sempre existirão.

Nessa luta para a preservação dos direitos sociais, as cortes constitucionais certamente serão chamadas a analisar a constitucionalidade de diplomas que venham reduzir os direitos sociais. A tarefa das cortes será deduzir o que constitui o núcleo essencial de cada um dos direitos. Esse núcleo essencial, mesmo em situações emergenciais, deve ser preservado, vez que tem relação com garantias mínimas de

sobrevivência digna.

É de se destacar aqui que Robert ALEXY entende que a restrição às restrições de direitos fundamentais está limitada à “proibição de afetação dos direitos fundamentais em seu conteúdo essencial” (ALEXY, 2008, p. 296).

Disso é possível dizer que a definição do núcleo essencial do direito fundamental impõe estabelecer um limite para a restrição dos direitos fundamentais. A não observância do núcleo essencial ensejará na produção de uma norma inconstitucional.

A respeito do núcleo essencial dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, CANOTILHO escreve o seguinte:

“Relativamente aos direitos, liberdades e garantias, a Constituição portuguesa garante e protege um núcleo essencial destes direitos contra leis restritivas (núcleo essencial como reduto último de defesa). Coloca-se também o problema de se saber se os direitos económicos, sociais e culturais exigem a garantia de um núcleo essencial como condição do mínimo de existência (núcleo essencial como standard mínimo). Das várias normas sociais, económicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem económico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (minimum core of economic and social rights), na ausência do qual o estado português se deve considerar infrator das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas”. (CANOTILHO, 1999, p. 482)

É preciso, então, que as cortes constitucionais garantam o núcleo essencial dos direitos sociais, não permitindo que seu núcleo essencial seja desrespeitado. Ainda que se admita a modificação da legislação, até porque o legislador tem a tarefa de conformar os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, não pode afetar seu núcleo essencial.

A liberdade de conformação da norma tem limite, representado pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Assim, a proteção do núcleo essencial constitui condição elementar para se coibir potencial abuso contra o caráter substancial de um direito fundamental, ou seja, sua característica primordial, sem a qual não possuiria razão de existência no ordenamento constitucional.

Há situações que podem justificar uma diminuição dos direitos sociais, mediante alternativas e compensações, mas essas diminuições têm como limite o núcleo essencial dos direitos. Se ele for atingido, ainda que de forma tênue, a norma deverá ser considerada inconstitucional, por clara violação ao princípio do retrocesso social.

É de destacar, ainda dentro de uma análise das perspectivas do princípio



da proibição do retrocesso, que Portugal e Brasil vivem momentos bem distintos. Em Portugal a tarefa da doutrina e da corte constitucional será impedir a supressão dos direitos sociais, reafirmando a existência do princípio da proibição do retrocesso.

Já no Brasil, a tarefa ainda é o acolhimento pelo Supremo Tribunal Federal do princípio da proibição do retrocesso, mas, mais importante que isso, é a efetivação dos direitos sociais assegurados pela Constituição de 1988. Se em Portugal a luta é a manutenção dos direitos, no Brasil a tarefa ainda é a afirmação dos direitos sociais.

## CONCLUSÕES

O princípio da proibição do retrocesso social é mais um dos instrumentos para a afirmação dos direitos sociais. Fundado na força normativa da Constituição e nos princípios da confiança e da segurança jurídica, impede que os direitos sociais venham a ser arbitrariamente diminuídos pelo legislador.

Daquilo que vem sendo decidido pela corte constitucional portuguesa pode-se extrair algumas conclusões, que com toda a certeza devem influenciar e orientar a corte constitucional brasileira, na construção do conceito de proibição do retrocesso.

A primeira delas é a de que o legislador tem ampla liberdade para conformação dos direitos sociais, não sendo razoável que se proceda a um engessamento da legislação.

Sendo assim, eventualmente, algum direito social pode vir a ser diminuído, afinal não existe direito absoluto, ou seja, em situações extremas e devidamente justificadas, pode o legislador diminuir os direitos sociais mediante alternativas e compensação.

Essa diminuição tem um limite, qual seja, o núcleo essencial dos direitos.

A definição do núcleo essencial dos direitos sociais, portanto, é de extrema importância para limitar o legislador e evitar que os direitos sociais fiquem à mercê dos governantes, fazendo ruir o Estado Social de Direito.

Nessa hipótese, e esta pode ser considerada outra conclusão do trabalho, o Poder Judiciário deve analisar a constitucionalidade dessa diminuição de direitos, mas isso só será possível no caso concreto. Não é possível afirmar que tudo que diminua direitos é retrocesso proibido. É preciso, caso a caso, avaliar a sua ocorrência.

Na linha desta conclusão, destacamos que a corte constitucional portuguesa tem exercido esse papel de defensora e garantidora dos direitos sociais, tendo, após a crise, aceitado diminuições dos direitos sociais, ante a presença de um fundamento legítimo e também rejeitado as reduções de direitos que não estivessem devidamente justificadas.

No Brasil, o princípio, embora citado em alguns acórdãos, ainda não foi acolhido pelo pleno do Supremo Tribunal Federal. De qualquer forma, não há como

retroceder naquilo que sequer se efetivou. O Brasil ainda está na fase da afirmação dos direitos sociais, devendo o Supremo Tribunal Federal, na esteira do entendimento do Ministro Celso de Mello, cumprir os deveres constitucionais de implementação dos direitos sociais.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 5ª ed., 2012.

CASTRO, Raquel Alexandra Brízida. *As omissões normativas inconstitucionais no Direito Constitucional Português*. Coimbra: Almedina, 2012.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 3ª ed, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª ed, 2007.

\_\_\_\_\_. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v.1. São Paulo: Coimbra/RT, 2007.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição* (die normative Kraft der verfassung). trad. Gilmar Mendes, Porto Alegre: SAFE, 1991.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 2ª ed., Coimbra: Coimbra, 2000.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 4ª ed., Coimbra: Coimbra, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturante da República portuguesa*, Coimbra: Coimbra, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra, 2010.

OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português*. v. I. Coimbra: Almedina, 2010.

PENALVA, Ernesto Pedraz, *Constitucion, jurisdicion y processo*. Madrid: Akal, 1990.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Número 21 – março/abril/maio 2012. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>> Acesso em: 18. Out. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental*. São Paulo: RT, 2011.

STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



# A PRECARIZAÇÃO DA VIDA E O HOMO SACER BRASILEIRO: O ALASTRAMENTO DA VIDA NUA NA SOCIEDADE BRASILEIRA E A BIOPOLÍTICA

## PRECARIOUS LIFE AND HOMO SACER BRAZILIAN: THE SPREAD OF BARE LIFE IN BRAZILIAN SOCIETY AND BIOPOLITICS

*Thiago Penzin Alves MARTINS\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O poder soberano e sua legitimação pela biopolítica. 3. O *Homo Sacer* e o Sacro como representações da vida nua. 4. O Estado de exceção: esfera espacial da vida nua. 5. O campo e o campo de concentração. 6. O bando, o bandido e os banidos. 7. O *Homo Sacer* brasileiro e seu alastramento: reflexos da vida nua na sociedade brasileira. 8. Conclusão.

**RESUMO:** Este trabalho buscará, a partir da análise dos principais conceitos apresentados na obra “*Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*”, de Giorgio Agamben, sendo eles: vida nua, biopolítica, homo sacer, bando, sacro e poder soberano, demonstrar que a sociedade brasileira pode servir perfeitamente como objeto de análise a partir da perspectiva apresentada na obra mencionada, uma vez que nela se prioriza cada vez mais o discurso relativo à implementação de direitos e garantias fundamentais, que, entretanto, permanece somente o aspecto discursivo, e portanto, poderíamos dizer que o discurso normativo jurídico é meramente simbólico. Neste sentido, percebe-se uma verdadeira precarização da vida do brasileiro, em detrimento da ausência de pragmatismo na implementação de direitos fundamentais. Considerando isso, tentar-se-á demonstrar que a biopolítica está fundamentalmente ligada ao que concerne à precarização, como forma de legitimar as arbitrariedades do Estado.

**ABSTRACT:** This study aims, from the analysis of the main concepts presented in the book “*Homo Sacer: sovereign power and bare life*”, by Giorgio Agamben, namely, the concepts of bare life, biopolitics, homo sacer, band, sacred and sovereign power, demonstrate that the Brazilian society can serve as an object of

---

\* Mestrando em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e graduando em História pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bolsista do CNPQ. E-mail: thiago.penzin@gmail.com. Artigo submetido em 23/10/2013. Aprovado em 08/01/2014.

analysis from the perspective presented in the work mentioned, since in that it is gave the priority to the discourse on the implementation of fundamental rights and guarantees, however remains only in the aspect of discourse, and so we could say that the normative legal discourse is merely symbolic. In this sense, we can see a real deterioration of the brazilian life, considering the lack of pragmatism in the implementation of fundamental rights. Considering that, we will try to demonstrate that biopolitics has a fundamental link in what concerns the precariousness, as a way to legitimate the arbitrariness of the state.

**PALAVRAS-CHAVE:** Precarização. *Homo Sacer*. Vida Nua. Biopolítica.

**KEYWORDS:** Precariousness. *Homo Sacer*. Bare life. Biopolitics.

## 1 INTRODUÇÃO

A obra Agambeniana “*Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*” é de fundamental importância para o entendimento do funcionamento daquelas que se denominarão “sociedades de exceção” contemporâneas, sendo que os conceitos elaborados pelo autor, principalmente aqueles que justificam a existência da vida nua em tais sociedades, como por exemplo o conceito de bando e o próprio conceito de sacro, são peças-chave que permitem fundamentar a presença do *zoé* nestes tipos de sociedade, que pode ser caracterizado pela seu eminente e exclusivo aspecto biológico, dissociado de qualquer valor ou importância perante a sociedade.

Poderíamos pensar tal perspectiva quando comparamos os aglomerados ou favelas brasileiras ao que o Giorgio Agambem denomina campo ou campo de concentração, considerando que em tais locais, a vida humana é perfeitamente matável e insacrificável (AGAMBEN, 2007, p. 178).

As inúmeras críticas muito inteligentemente e sutilmente realçadas por Agamben deixam evidente que no contexto contemporâneo de produção normativa, a inclusão do indivíduo representativo da *zoé*, ou da simples vida destituída de qualquer valor, é feita através da exclusão, inclui-se excluindo (AGAMBEN, 2007, p. 34).

A perspectiva da vida nua enunciada por Agamben tem como paradigma os campos de concentração que fizeram parte indissociável do contexto do Holocausto, dentro dos quais o ser denominado “humano” não representava mais qualquer tipo de humanidade, pois estava destituído de qualquer das qualidades que poderiam caracterizá-lo como tal.

Neste sentido, a vida nua pode ser representada na sociedade brasileira como a representação da própria ausência da concretização de direitos, a partir de normas substancialmente implementadas. Na realidade, o que se percebe na sociedade brasileira é que, apesar da existência de um ordenamento normativo tido como avançado, existe na realidade uma normatização simbólica, que visa a dar

apenas uma sensação de segurança em relação às intempéries sociais, mas que na realidade fica somente “no papel” (GONTIJO, 2007, p. 5.892).

Passar-se-á à análise das conceituações apresentadas por Agamben, no sentido de demonstrar a localização da vida nua na sociedade brasileira.

## **2 O PODER SOBERANO E SUA LEGITIMAÇÃO PELA BIOPOLÍTICA**

De acordo com a análise agambeniana apresentada, o conceito de poder soberano está correlacionado com a qualidade de vida nua do sujeito brasileiro e necessariamente impõe ao sujeito brasileiro esta condição. O poder soberano é que concede ao Estado, numa acepção ampla, a possibilidade de ditar a regra, e neste, a norma é aplicada por meio da exclusão, ou seja, o indivíduo se submete ao poder soberano na medida em que é excluído pelo mesmo do ordenamento normativo.

Para isto, o autor utiliza-se do conceito de soberania apresentado por Carl Schmitt, o qual diz que “soberano é aquele que decide sobre o Estado de exceção” (AGAMBEN, 2007, p. 19). Justificando a existência do poder soberano como forma de controle do Estado de exceção, Agamben demonstra que o conceito apresentado está intimamente relacionado com a vida e que confina a mesma. O autor ainda questiona que o soberano está ao mesmo tempo inserido e exteriorizado pelo ordenamento jurídico, visto que é ele quem decide sobre a validade ou não da lei no espaço do Estado.

Isto implica dizer que o poder soberano poderá ditar qualquer norma e qualquer comportamento dentro da sociedade, em virtude de ele estar ao mesmo tempo presente em todo o ordenamento jurídico e fora dele. Esta presença-ausência se demonstra pelo simples fato de que, ao proclamar o Estado de Exceção, o soberano não se submete a mesma, mas é quem a determina.

Logo, em aplicação da teoria schmittiana, constata-se que “na sua concepção, o direito não é apto a decidir no caso concreto, assumindo essa função a soberania - logo, o soberano” (CÂMARA, 2008, p. 1.047).

E é justamente pela Biopolítica que se torna possível o controle total e absoluto do Estado sobre os indivíduos. Nas palavras de Agamben, na “biopolítica moderna, soberano é aquele que decide sobre o valor ou sobre o desvalor da vida enquanto tal” (AGAMBEN, 2007, p. 149).

A biopolítica se traduz, então, na verdadeira discricionariedade que possui o poder soberano do Estado de estabelecer se uma determinada vida vale a pena ser vivida, ou se a mesma pode ser eliminada sem que haja qualquer punibilidade envolvendo tal ato de homicídio. A vida nua dependente desta discricionariedade, é uma vida sem valor e sem qualquer sentido político, tem apenas sentido fisiológico, enquanto corpo em mero funcionamento metabólico e biológico.

Percebendo que tal conceituação possui uma relação instrumental com as sociedades modernas (nosso foco se dará na sociedade brasileira), é que podemos entender o conceito de vida sacra, ou da elaboração da estrutura do *Homo Sacer*, como vida insacrificável e matável.

A “vida-morta” do *Homo Sacer* só é possível, só é manejável, se pensarmos a biopolítica como arcabouço de controle efetivo e permanente sobre a vida humana; sendo assim, podemos enxergar nos Estados fascistas totalitários o verdadeiro Estado biopolítico.

Mas pode questionar-se se já foi alcançado um nível absoluto de biopolítica, e a resposta a que felizmente chegamos é que não. Não, em detrimento do fato de que, se tal tipo de construção política se efetivasse, ela seria o berço de sua própria destruição, pois haveria inevitavelmente a extinção do *biós* como forma de vida política ativa.

Agamben (2007, p. 156-157) afirma categoricamente que:

As leis sobre a discriminação dos hebreus monopolizaram de modo quase exclusivo as atenções dos estudiosos da política racial do terceiro Reich; entretanto a sua plena compreensão só é possível se são restituídas ao contexto geral da legislação e da praxe do nacional-socialismo. Elas não se exaurem nem com as leis de Nuremberg, nem com a deportação nos campos e nem mesmo com a “solução final”: **estes eventos exclusivos do nosso século [século XX] têm o seu fundamento na assunção incondicionada de uma tarefa biopolítica, na qual a vida e a política se identificam (“Política, ou seja, o dar forma à vida de um povo”); e apenas se são restituídas ao seu contexto “humanitário” é possível avaliar plenamente a sua desumanidade** (grifo nosso).

É, portanto, só no momento em que há a consagração da biopolítica que se torna possível entender a vida como mera representação fisiológica, ou seja, a própria vida nua. E é só assim que se torna inteligível a sacralização da vida humana.

### **3 O HOMO SACER E O SACRO COMO REPRESENTAÇÕES DA VIDANUA**

Uma das análises conceituais realizada por Giorgio Agamben, na obra comentada, refere-se à categorização romana *Homo Sacer*, o homem sacro por excelência, não por possuir um caráter de divindade, mas por estar completamente destituído de características humanas essenciais e comuns a qualquer outro indivíduo.

O sacro, segundo Agamben, consubstancia-se no indivíduo que é impuro, e, por esse motivo, não é nada além do que uma vida desnuda, uma vida fisiológica. Nesse sentido, o autor se utilizará do exemplo do *Homo Sacer* romano para justificar que seu status perante a sociedade é de insacriticabilidade, mas que esta insacriticabilidade se resume meramente a um aspecto “sobre-natural” deste ser, que, apesar disso, é matável sem que disso decorra qualquer punibilidade (AGAMBEN, 2007, p. 112).



O principal aspecto, portanto, que caracteriza o homem sacro é que o mesmo é insacrificável e ao mesmo tempo matável, na medida em que sua vida sacra é dúbia. Ao comentar sobre o homem sagrado, Enriquez (2006, p. 7) diz que:

Assim, o homem dito autônomo, o homem sacralizado e sagrado dos tempos modernos, pode vir a ser como o *Homo sacer* do antigo direito romano, um indivíduo não sacrificável – pois isso significaria que ele ainda é parte da espécie humana –, mas sim um indivíduo passível de ser morto sem sanção (ENRIQUEZ, 2006, p. 7).

Agamben ainda demonstra que a sacralização deste homem impuro não é uma sacralização divinizadora e utiliza-se do exemplo de que aqueles que são maus também são temidos em decorrência de certo aspecto de religiosidade, o que coloca este ser em uma zona de indistinção entre o profano e o sagrado, entre o temido e o venerado, motivo pelo qual o Agamben denotará a existência de uma ambivalência do sacro (AGAMBEN, 2007, p. 93).

Pensando tais conceituações a partir do que vivemos na modernidade, pode ser dito que “os indivíduos deixaram de ser sujeitos de direito e passam a ser – no interior dessa biopolítica da população, analisada por Foucault como própria de fins do século 19 – corpo espécie, isto é, corpos trazidos pela mecânica do vivente limitados a seu estatuto vital” (CAPONI, 2004, p. 450).

#### **4 O ESTADO DE EXCEÇÃO: ESFERA ESPACIAL DA VIDA NUA**

O Estado de exceção já se consolidou na realidade vivida como espaço no qual a vida é destituída de qualquer sentido, espaço em que ocorre a legitimação das práticas de “fisiologização” do indivíduo, no qual o Estado assume papel fundamental de consolidação dessa representação excludente-includente.

Na acepção agambieniana, o Estado de exceção possui inúmeras acepções que se consolidam em contextos específicos. Na realidade, o estado de exceção se consolida na medida em que se constitui no espaço no qual a vida política *zoé*, a vida ativa e plena, é extinta, seja em detrimento de um bem maior qualquer do próprio Estado, seja porque qualquer indivíduo está sujeito às suas injunções da forma a qual aquele achar necessário.

Aliás, poderíamos trazer à tona o aspecto da necessidade exceptiva, ou seja, da necessidade<sup>1</sup> como justificadora do estado de exceção, como responsável pela consolidação do sujeito como vida nua, que não merece ser vivida.

---

<sup>1</sup> Para demonstrar a necessidade de implementação do Estado exceptivo, Agamben diz que “O Estado de exceção, enquanto figura da necessidade, apresenta-se, pois – ao lado da revolução e da instauração de fato de um ordenamento constitucional – como **uma medida ‘ilegal’, ‘mas perfeitamente jurídica e constitucional’** que se concretiza na criação de novas normas (ou de uma nova ordem jurídica)”. (grifo nosso)

O Estado de exceção é conceitualmente caracterizado como estrutura biopolítica originária na qual o Direito inclui em si o ser vivente por meio de sua própria suspensão (AGAMBEN, 2004, p. 14). Ele expressa o limite existente entre uma ordem jurídica e uma ordem desjuridicizada.

Na contextualização do Estado de exceção no contexto dos Estados Modernos, pode-se perceber que as próprias ordens constitucionais possibilitam a existência de dispositivos que permitam a substituição de uma ordem pautada pela legalidade em uma ordem embasada exclusivamente no poder executivo soberano.

Mesmo assim, esclarece-se que o conceito de Estado de exceção está diretamente ligado a algo excludente, cujo cerne está exatamente na exclusão de quaisquer garantias constitucionais em detrimento de uma alegada coesão estatal indiscutível. Entretanto, no contexto da modernidade, a exceção acabou se tornando regra em virtude do enorme aumento do poder do Estado e da exclusão do conceito de cidadania das constituições contemporâneas, exclusão esta que se deu na efetiva implementação da cidadania.

Agamben (2004, p. 15) explica que “à incerteza do conceito [estado de exceção] corresponde exatamente à incerteza terminológica. O presente estudo se servirá do sintagma ‘estado de exceção’ como termo técnico para o conjunto coerente de fenômenos jurídicos que se propõe a definir”.

Muito mais importante do que a terminologia utilizada para denominar uma determinada estrutura de construção de uma sociedade desjuridicizada, é apontar quais são as características essenciais deste Estado e que possibilitam identificá-lo como tal.

Importante mencionar que:

Desenvolvendo seu estudo a partir de um método genealógico similar ao de Foucault, o autor [Agamben] chega à conclusão de que em face do desenfreado avanço da “guerra civil mundial”, o estado de exceção tende a se afirmar como o paradigma de governo hegemônico na política contemporânea, mesmo nos regimes ditos democráticos. **Essa transmissão de uma medida provisória e excepcional para uma técnica permanente de governo apresenta-se, desta forma, como um grau de indeterminação entre democracia e absolutismo.** A exceção seria, portanto, paradoxal em um contexto de universalização formal dos direitos humanos (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948) *paripassu* às violações de padrões humanitários em escala planetária (PEDRINHA, 2009) (grifo nosso).

Assim, aquilo que era previsto nos ordenamentos jurídicos para ser algo temporário, torna-se o paradigma de Estado preponderante na contemporaneidade, com a ampliação exacerbada do poder soberano sobre a vida dos seres desprovidos de vida.

Conforme se verifica da análise realizada, “o Estado de exceção não é um direito espacial (como o direito de guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito-limite” (AGAMBEN, 2004, p.15).

O Estado de Exceção é, portanto, a encarnação da biopolítica, do controle efetivo sobre o ser dito “humano”, pelo poder soberano do Estado, cujo poder emana de si através de sua exclusão inclusiva na vida biológica dos seres sacros.

## **5 O CAMPO E O CAMPO DE CONCENTRAÇÃO**

Agamben sintetiza a ideia de que o campo é o paradigma biopolítico da sociedade moderna, “laboratório para a experimentação do domínio total” (AGAMBEN, 2007, p. 126). Neste sentido, é possível perceber que é nesse espaço que a vida nua pode ser encontrada em sua essência, e o espaço do campo é a representação interna do Estado de exceção.

Nos estados totalitários, o campo situa-se nos campos de concentração, local em que a vida se torna efetivamente nua, onde ela está à mercê da vontade do Estado soberano, aquele que decide sobre o Estado de exceção.

Segundo Hannah Arendt (201, p. 240), o Estado totalitário tem como objetivo último a dominação total do homem, sendo que este se localiza no ápice da política moderna como objeto de submissão total e absoluta aos interesses estatais, independente de possuir uma vida matável.

Na atual conjuntura dos Estados Modernos, ou seja,

No sistema do Estado-nação, os ditos direitos sagrados e inalienáveis do homem mostram-se desprovidos de qualquer tutela e de qualquer realidade no mesmo instante em que não seja possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado (AGAMBEN, 2007, p. 133).

E por mais intrigante que isso possa parecer, a ascensão dos grandes regimes totalitários do século XX seu deu em um contexto de expansão dos Direitos Humanos. Após a queda dos regimes fascista e nazista em 1945, temos a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, propagando aqueles que deveriam ser os direitos mínimos de cada ser vivente e atuante, frutos de uma conquista histórica.

Mas o alastramento do campo, ao contrário de regredir com a expansão das ideias de justiça, igualdade, liberdade, enfim, com os ideais que já haviam sido propostos na Revolução Francesa de 1789, expande seus domínios de forma alarmante, numa clara demonstração de que os direitos conquistados ao longo da história nada mais são do que “direitos de fachada”.

O alastramento da vida nua e a concomitante invasão do espaço pelos campos é decorrência da inexistência de preocupação em tornar efetivos os direitos e garantias fundamentais esboçados e supostamente garantidos pelas lutas a favor do ser humano.

André Duarte (2007) nos alerta para o fato de que:

**Não estamos aí diante de novos campos de extermínio?** O preso, o favelado, o migrante e o imigrante, em suma, o pobre e o miserável das modernas democracias liberais ou dos velhos redutos autoritários constituem outras tantas figuras que confirmam o caráter biopolítico e aporético da política contemporânea (...) (grifo nosso).

Se pensarmos bem, os espaços de constituição e consolidação da vida nua na contemporaneidade se resumem a verdadeiros contingentes humanos desprovidos de qualquer tipo de humanidade, devendo esta ser entendida em seu mais amplo significado. O *zôe* está no auge de sua exploração viva nestes espaços, e este ser não vive, sobrevive.

Nesse sentido, podemos analisar o papel do bando, o “band-ido”, o “bandido” de uma *biós* plena.

## **6 O BANDO, O BANDIDO E OS BANIDOS**

Considerando uma análise histórica do surgimento do *Homo Sacer*, Agamben sugere a existência de um “primo” do mesmo na antiguidade germânica e escandinava, cuja representação ocorre através do bandido, aquele que está fora do ordenamento.

Ao contrário do *Homo Sacer* que deveria estar submetido a uma ordem jurídica e a um juízo, o bandido (lobo) poderia ser morto, mesmo estando fora deste ordenamento.

E referindo-se ao contexto medieval, o autor menciona também a existência do *bando*, bandido morto-vivo, como figura que representaria as mesmas características, no que se refere à vida nua do *Homo Sacer* (AGAMBEN, 2007, p. 111).

A representação do bandido como lobo tinha o objetivo de mesclar as figuras do animal e do ser humano, de forma que este se torna uma aberração frente à sociedade e passa a ser visto como uma “coisa” diferente.

Sua vida não faz mais sentido, uma vez que não é só humano. Por isso, esse lobo-homem é banido, bandido, pois não está mais em uma situação de normalidade perante todos os outros indivíduos que compõem a sociedade.

Esta zona de indiscernibilidade da vida no bando reflete a estrutura politizante da vida nua, na medida em que coloca esta vida em uma situação de total abandono. Essa configuração da vida biologicizada do ser dito humano pode ser entendida epistemologicamente. Conforme Agamben (2007, p. 117) elucida:

Torna-se assim compreensível a ambigüidade semântica, já anteriormente registrada, pela qual *in bando*, *a bandono* significam originalmente em italiano tanto “à mercê de...” quanto “a seu talento, livremente” (como

expressão *correre a bandono*), e bandido significa tanto “excluído, banido”, quanto “aberto a todos, livre” (como em *mensa bandita* e *redina bandita*). O bando é propriamente a força, simultaneamente atrativa e repulsiva, que liga os dois pólos da exceção soberana: a vida nua e o poder, o *homo sacer* e o soberano.

Analisando as aproximações feitas, percebe-se uma nítida relação entre o regime estabelecido pelo poder soberano ao se legitimar a existência de um bando e a subsistência de uma vida nua pautada somente em si mesma, na sua vivência destituída de significação ou de qualificação.

As consequências dessa bandonização do ser humano se refletem na própria construção e consolidação das sociedades contemporâneas do pós Segunda Guerra Mundial, mesmo se pensarmos que tornar os campos de concentração uma regra se constitui uma característica intrínseca dos regimes totalitários.

Aliás, é no bando que os campos de concentração se estabelecem, que se legitimam e que passam a constituir a forma de organização primordial e regular de uma determinada sociedade.

Portanto, percebe-se que há uma nítida relação entre o *homo sacer* e o bando, haja vista este estar necessariamente vinculado àquele, como representação do banimento inclusivo e ao mesmo tempo exclusivo do corpo político soberano.

## **7 O HOMO SACER BRASILEIRO E SEU ALASTRAMENTO: REFLEXOS DA VIDANUA NA SOCIEDADE BRASILEIRA**

A partir da análise feita dos conceitos apresentados por Giorgio Agamben, é notório que a sociedade brasileira está repleta de campos de concentração, campos de extermínio e campos de alastramento de vidas nuas, os quais não possuem qualquer perspectiva de vida que deve e merece ser vivida.

Ao contrário, o direito, que deveria representar a consecução de direitos fundamentais, é conivente com a situação degradante de parcelas da sociedade, manipulando a regra e consumando o status daquilo que deveria ser exceção como regra.

Tomemos como exemplo o artigo 5º, *caput* da Constituição da República, que expressa literalmente:

**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 (...).**

Tal dispositivo expressa o princípio da igualdade ou da isonomia, e reflete que todos os brasileiros devem estar em patamares isonômicos de direitos. Mas tais patamares devem ser entendidos a partir da subdivisão do princípio da igualdade

em princípio da igualdade formal e princípio da igualdade material.

O princípio da igualdade formal está preocupado apenas com a reprodução simbólica da igualdade no texto constitucional, não importando o aspecto pragmático do mesmo. Ou seja, tem-se uma ficção na qual se supõe que, a partir do momento em que a Constituição elenca em seu texto tal princípio, o mesmo será cumprido.

Já a igualdade material se reflete no tratamento efetivo dado aos supostos cidadãos pertencentes à sociedade brasileira. A igualdade, neste sentido, se concretiza na medida em que se atendem as necessidades dos indivíduos conforme se demandam as mesmas. Ou seja, tal vertente principiológica se reflete no velho jargão “tratar aos iguais igualmente, e aos desiguais desigualmente”.

Como se percebe, há uma regulamentação da exceção como forma de justificar uma igualdade inexistente, igualdade esta que serve somente como meio de manter uma convivência a partir de metanarrativas constitucionalizadas.

Conforme mencionam Lucas de Alvarenga Gontijo e Adalberto Arcelo (2009, p. 5.891):

[No entanto], experimentou-se no Brasil da redemocratização a mesma sina que muitas outras populações experimentaram. Uma vez reconhecidos os direitos cravados no asfalto das manifestações de rua, muitas vezes a custo de sangue, instaurou-se os mecanismos da legislação simbólica, que vinha reconhecendo os direitos conquistados e, por este mesmo motivo, arrefecendo as movimentações sociais.

Ou seja, a partir de direitos supostamente conquistados, constroem-se bandos, bandidos, desiguais na sua integridade que não merecem ser igualizados perante a sociedade. Assim, se tornam reféns de suas próprias diferenças. A sociedade legítima a existência de diversos *homines sacris*, são igualados pelas suas desigualdades.

Podemos pensar a consecução de tal situação de exceção quando analisamos a título de exemplo, o que dispõe o artigo 1.240 do Novo Código Civil brasileiro. Diz o dispositivo que:

Aquele que possuir, como sua, **área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados**, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Na realidade, quando se verifica o conteúdo de tal dispositivo, percebe-se que há uma verdadeira institucionalização dos campos de concentração e a consubstanciação do estado de exceção por meio da regulamentação dos espaços de favela.

Os amontoados de seres supostamente humanos, destituídos de um espaço salubre, vivendo na miséria e à mercê de uma vida sacralizada são o reflexo da positividade simbólica de instrumentos de manutenção e consolidação dessa exceção massacrante.

O objetivo claramente verificado no dispositivo mencionado acima é o seguinte: como o *homo sacer* brasileiro, a *zoé* em sua mais pura representação possui apenas aquele espaço de sobrevivência, vamos incluí-lo no mesmo, como forma de excluí-lo de todo o resto da sociedade, assim como o lobo-homem é excluído de seu meio através de sua inclusão como elemento estranho.

A regulamentação das favelas brasileiras através do dispositivo mencionado acima, que permite, ou seja, sacraliza a possibilidade de se adquirir pelo instituto da usucapião imóvel urbano que esteja dentro dos limites métricos estabelecidos pela própria legislação é uma constatação de que a efetivação de direitos e garantias fundamentais está longe de ser um dos objetivos do Estado brasileiro.

Estes espaços de frutificação da vida nua são garantidos e mantidos pelo Estado, fato este demonstrável pela (talvez) simples vedação que o dispositivo faz a que o *homo sacer* favelado possa ter outro imóvel. Ou seja, esta vida nua deve ser necessariamente mantida neste espaço de exceção, não é possível que ela possa exercer plenamente sua cidadania.

A vida nua do *homo sacer* é enxergada tão-somente sob a ótica da *zoé*, dado que o poder soberano assim o decidiu, transformando o indivíduo e excluindo-o dos alcances da jurisdição humana e divina. Essa dupla exclusão da jurisdição faz surgir uma zona de indistinção, estabelecida entre o estado fático e o estado de direito, que constitui alicerce para construção de um espaço político do Ocidente, o Estado de Exceção (FURBINO; SIIVEIRA, 2010).

Fica claro, a partir da análise do dispositivo legal acima mencionado, que houve a constitucionalização efetiva da exceção como regra; a exceção, ou aquilo que deveria ser considerado como exceção, passa a ser a regra num contexto em que o discurso dominante se estrutura na consecução do tão aclamado Estado Democrático de Direito.

O Direito é, então, o elemento que solidifica tal ordem, a partir do momento em que permite que a mesma se efetive no seio do Estado. A norma constitui-se no elemento fundamental que dá embasamento para que o campo se dissemine e para que aquilo que deveria ser a exceção se torne o *nomós* que rege tal estrutura.

Com isso, o próprio Direito exclui a possibilidade de a vida nua possuir direitos, e é justamente por isso que esta vida é nua.

**A esse “corpo espécie” não lhe correspondem outros direitos mais que**

**sua natalidade**, sua reprodução e sua morte. Ela pertence inteiramente ao registro do biológico, da pura corporeidade. **Conseqüentemente, suas conquistas e lutas prescindem de argumentos e devem estar fundados na aceitação passiva de ordens ou na violência e na força** (CAPONI, 2004, p. 453) (grifo nosso).

A biopolítica é, portanto, o meio pelo qual o indivíduo se torna uma apenas, uma vida desnuda, controlada e subjugada, diminuída ao alicerce mais insalubre de sobrevivência através da convivência, ou melhor, da permissão de consolidação de tal estrutura excipiente pelo Estado.

## 8 CONCLUSÃO

As estruturas consolidadas de controle e manutenção do controle na sociedade brasileira refletem exatamente a existência de uma biopolítica baseada na exclusão-inclusão do sujeito vivente.

A inclusão se confunde com a exclusão, uma vez que este sujeito destituído de vida plena, da *biós*, da vida que valha a pena ser vivida, é incluído no seio de uma exceção excludente, gerada pelo controle do Estado sobre esta vida destituída de significado, vida fisiológica.

Pretendeu-se neste trabalho não a apresentação de soluções para um problema que, como já foi dito, se autorregulamentou e se autolegitimou na sociedade brasileira por meio da convivência e da ausência de medidas efetivamente garantidoras de Direitos Humanos, mas a constatação de que há uma realidade avassaladora que nos permeia.

Desta maneira, essa realidade se solidifica cada vez mais embasada em instrumentos de controle e de garantias da permanência desta subcidadania. (GONTIJO; ARCELO, 2009, p. 5.898)

O jogo é posto, e a maneira de jogar é conduzida pelo poder soberano do Estado, que mantém o *status quo* da maneira que mais lhe aprouver. Aliás, se pensarmos bem, tal estrutura é composta por um jogo já dado, no qual as escolhas estão inconscientemente colocadas aos sujeitos. Resta apenas jogar conforme se é conduzido.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. 207 p.

\_\_\_\_\_. *Estado de exceção: homo sacer*, II, I. São Paulo: Boitempo, 2004. 142p.

ARENDT, Hannah. *Compreensão e política e outros ensaios: 1930-1954*. Lisboa: Antropos, 2001. 354 p.



CAMARA, Heloisa F. *Considerações sobre a biopolítica a partir do conto Colônia Penal de Kafka*. In: Conpedi, 2008, Salvador. Anais de Salvador. Florianópolis : Boiteux, 2008.

CAPONI, Sandra. A biopolítica da população e a experimentação com seres humanos. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, jun. 2004. Disponível em <[http://www.w.w.w.s.c.i.e.l.o.b.r/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S141381232004000200020&lng=pt&nrm=iso](http://www.w.w.w.s.c.i.e.l.o.b.r/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232004000200020&lng=pt&nrm=iso)>. acessos em 25 abr. 2011.

DUARTE, A. (2007). *Sobre a biopolítica: de Foucault ao século XXI*. *Revista Cinética: estéticas da biopolítica*. Disponível em: <[http://www.revistacinetica.com.br/cep/andre\\_duarte.htm](http://www.revistacinetica.com.br/cep/andre_duarte.htm)>. Acesso em: 26 abril 2011.

ENRIQUEZ, Eugéne. *O homem do século XXI: sujeito autônomo ou individuo descartável*. RAE-Eletronica, v. 5, n° 1, art 10, janeiro/junho, 2006

GONTIJO, Lucas; ARCELO, Adalberto. *A Biopolítica nos Estados Democráticos de Direito: A Reprodução da Subcidadania sob a Édige da Constitucionalização Simbólica*. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI - São Paulo, 2009, São Paulo - SP. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI - São Paulo - SP. Florianópolis SC: Fundação Boiteux, 2009.

PEDRINHA, Roberta Duboc; SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *O Homo Sacer e o Estado de Exceção: a Segurança Pública fluminense à luz do pensamento de G. Agamben*. In: XIV Congresso Brasileiro de Sociologia, 2009, Rio de Janeiro.

SILVEIRA, R. D. ; FURBINO, R. E. . *O Estado de Exceção e o Homo Sacer: um enfoque jurídico sociológico sobre a importância do processo a partir da obra Memórias do Cárcere de Graciliano Ramos*. In: XIX Encontro do Conpedi, 2010, Fortaleza. Direito, arte, literatura e interdisciplinaridade, 2010.



# A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF THE JUDICIAL ACTIVISM TO THE CONCRETION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS

*Makena MARCHESI\**  
*Leonardo Alvarenga da FONSECA\*\**

**SUMÁRIO:** Introdução; 2 Direitos fundamentais; 2.1 Conceito e evolução; 2.2 Direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988; 3 Democracia e direitos fundamentais; 3.1 Estado Democrático de Direito; 3.2 Neoconstitucionalismo; 3.2 Judicialização; 4 Ativismo judicial; Uma democracia real *versus* uma democracia ideal; 5 Conclusão; Referências

**RESUMO:** O presente artigo analisa a legitimidade democrática do Judiciário para a concretização dos direitos fundamentais encartados na Constituição. Para tanto, discorre sobre o conceito e a evolução histórica dos direitos fundamentais. Sequencialmente, busca demonstrar que o movimento teórico-filosófico do neoconstitucionalismo produziu o fenômeno da judicialização, com acréscimo da demanda social pela atuação do Poder Judiciário, muitas vezes acionado para suprir as lacunas deixadas pela retração dos demais Poderes. Por fim, defende que a postura ativista do Poder Judiciário para concretização dos direitos fundamentais encontra apoio na Constituição da República e se legitima como expressão lúdima de uma democracia real.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais. Democracia. Ativismo judicial.

---

\* Mestranda em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Ministério Público e defesa da ordem jurídica pela Escola Superior do Ministério Público do Espírito Santo. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Analista judiciário do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. E-mail: [makmarchesi@hotmail.com](mailto:makmarchesi@hotmail.com)

\*\* Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-graduado pela Universidade Federal do Espírito Santo e pela FADISP - Faculdade Autônoma de Direito. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Juiz de Direito do Estado do Espírito Santo. E-mail: [leon-alva@hotmail.com](mailto:leon-alva@hotmail.com) - Artigo submetido em 28/10/2013. Aprovado em 08/01/2014.

**ABSTRACT:** The present article analysis the democratic legitimacy of the judiciary to realize the fundamental rights inserted in the Federal Constitution. Therefore, it discusses about the concept and historical evolution of the fundamental rights. Sequentially, has sought to demonstrate that the theoretical-philosophical new constitucionalism movement produced the judicialization phenomenon, increasing the social demand for the judiciary performance, often activated to fill the administrative and legislative gaps. Finally, it defends that the judiciary's activist attitude to realize the fundamental rights finds support in the Federal Constitution and legitimizes itself as authentic expression of a real democracy.

**KEYWORDS:** Fundamental rights. Democracy. Judicial activism.

## 1 INTRODUÇÃO

Diante do crescente número de decisões proferidas pelo Judiciário em que se verifica uma postura proativa a fim de efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, cresce a discussão acerca do ativismo judicial, tema que vem sendo debatido nos Estados Unidos desde meados do século passado, contudo ainda pouco estudado no cenário jurídico brasileiro.

Para a correta compreensão e análise do tema é necessário conhecer as circunstâncias históricas que ensejaram seu desenvolvimento, sendo importante, ainda, sua diferenciação da chamada judicialização, fenômeno com o qual muitas vezes é confundido.

Com efeito, a judicialização abriu as portas para o ativismo judicial, na medida em que deslocou para o Judiciário a decisão acerca de questões relevantes dos pontos de vista político, social e moral, nada obstante diferencie-se deles em relação ao elemento voluntarista do julgador.

Superada a delimitação conceitual do que vem a ser ativismo judicial, questiona-se acerca da possibilidade de implementação de tal conduta num Estado Democrático de Direito, demonstrando-se não somente a legitimidade do ativismo judicial para a concretização dos direitos constitucionalmente garantidos, como a necessidade da adoção de tal postura pelo Poder Judiciário, notadamente ante ao vazio deixado pelos demais Poderes, bem como em face da necessidade de proteção dos direitos das minorias.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 Conceito e evolução

A partir de uma verdadeira afirmação histórica, os direitos humanos foram sendo incorporados aos textos constitucionais, passando a representar, mais do que abstenções, obrigações de caráter concreto do Estado.

Grande parte da doutrina afirma que ao serem reconhecidos por determinada

ordem constitucional, expressa ou implicitamente, tais direitos passam a ser denominados “direitos fundamentais”<sup>1</sup> (CANOTILHO, 2000, p. 393).

Consoante J.J Gomes Canotilho (2000, p. 381), a origem dos direitos fundamentais remonta à antiguidade clássica, na medida em que o pensamento sofisticado, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproxima-se da tese da igualdade natural e da ideia de humanidade.

Na Idade Média, as concepções cristãs, ao distinguir a lei divina da lei natural e da lei positiva, abriram o caminho para submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza dos homens.

Sem embargo, foi a secularização do direito pelos valores objetivos da escolástica espanhola que deu origem a uma concepção secular do direito natural, uma vez que substituiu a vontade divina pela natureza ou razão das coisas.

Canotilho (2000, p. 382-383) afirma que a doutrina dos direitos fundamentais costuma destacar também a *Magna Charta Libertatum* de 1215, contudo, segundo o autor, não se tratava de uma manifestação da ideia de direitos fundamentais inatos, mas da afirmação de direitos da aristocracia feudal em face do seu suserano.

Contudo, o constitucionalista admite que embora esse preceito começasse por aproveitar apenas a certos estratos sociais, acabou por ter uma dimensão mais geral quando se tornou extensivo a todos os ingleses (CANOTILHO, 2000, p. 382-383).

Por sua vez, o surgimento das teorias contratualistas do Estado não só colaborou para a queda do feudalismo, mas também para o reconhecimento dos direitos do homem, na medida em que a burguesia, marginalizada pelo sistema absolutista em que a nobreza detinha privilégios, passou a lutar por seus direitos políticos.

Com efeito, se as ideias contratuais de Hobbes acabaram com a legitimação do poder absoluto, a teoria de Locke conduziu à defesa da autonomia privada, influenciando na teoria liberal dos direitos fundamentais, que os considera sempre como direitos de defesa do cidadão em face do Estado.

Nesse contexto, surgiram os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, os quais dizem respeito a direitos fundados na vida, liberdade, propriedade, enfim direitos de conteúdo negativo, isto é, que impõem a abstenção do Estado, o qual, por intermédio das leis, passou a interferir nas relações sociais somente para garantir a segurança jurídica.

Nada obstante, a abstenção do Estado propiciou a exploração do proletariado pelo detentor do capital, fazendo com que a criminalidade e a miséria se acentuassem nos grandes centros industriais, ocasionando graves problemas sociais.

---

<sup>1</sup> No mesmo sentido, leciona Fábio Konder Comparato (2013, p. 71) ao afirmar que: “É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (Grundrechte). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais”.

O descaso com os problemas sociais associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades internas da sociedade geraram novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social (MENDES; BRANCO, 2012, p. 155).

Diante da situação de miséria, o capitalismo entrou em crise, principalmente após a Revolução Industrial, ganhando espaço a doutrina socialista, que se contrapunha aos ideais liberais ao propor o fim da propriedade privada e das classes sociais.

Nesse contexto, surgiu o Estado social como reflexo das mudanças socioeconômicas e políticas ocorridas no primeiro pós-guerra, o qual se evidenciou desde a Constituição mexicana de 1917, passando pela Constituição de Weimar, na Alemanha (1919), Polônia e Jugoslávia (1921) até 1989, que marcou o fim da guerra fria.

Sobre o tema, leciona Fábio Konder Comparato (2013, p. 65-66):

[...] em contrapartida a ascensão do indivíduo na História, a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa, tornou-o muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente à sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança. O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e a provocar a indispensável organização da classe trabalhadora. A Constituição francesa de 1848, retomando o espírito de certas normas das Constituições de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais. Mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

Com efeito, o Estado Social se funda no intervencionismo estatal destinado à proteção, preservação e promoção do mercado, bem como à satisfação das reivindicações da sociedade de massa, à proteção dos direitos humanos,

especialmente após o desaparecimento dos regimes nazifascistas.

Assim, o Estado espectador se torna atuante, transformando-se em agente criador e prestador de serviços. Sobre o tema, observa Paulo Bonavides (apud CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 18):

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos de trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência do seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado Social.

Nesse contexto, surgem os direitos de segunda geração ou dimensão, que buscam a isonomia material por meio das prestações positivas do Estado, os quais dominaram o século XX.

A partir da década de 1960, o forte impacto tecnológico, o estado de beligerância e o processo de descolonização do segundo pós-guerra acarretaram reflexos no campo dos direitos fundamentais.

Surge uma nova categoria de direitos humanos, os chamados direitos de terceira geração ou dimensão, denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, que não se restringem a individualidade de cada um, transportando-se para uma dimensão coletiva, transindividual e indivisível. Decorrem da reflexão acerca de temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

A doutrina constitucionalista aponta ainda a existência dos direitos de quarta dimensão surgidos como resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional. São citados como exemplos o direito à democracia, à informação e, ainda, ao pluralismo.

À evidência, a distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem, não significando dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte.

Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das

concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. Assim, um antigo direito pode ter o seu sentido adaptado às novidades constitucionais (MENDES; BRANCO, 2012, p. 156).

No Brasil, embora seja possível identificar a evolução dos direitos fundamentais em momentos anteriores da história pátria, sobretudo com os marcos do fim da escravidão e do estabelecimento da República, seguidos de conquistas sociais no campo do trabalho na Era Vargas, é notadamente com a Constituição de 1988 que se estabelecem e consolidam.

## **2.2 Direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988**

A Constituição de 1988 formatou um catálogo de direitos fundamentais na toada de um processo de redemocratização do país após mais de 20 (vinte) anos de ditadura militar. Desse modo, o constituinte reconheceu grande número de direitos sociais ao lado de direitos clássicos e diversos direitos de liberdade, direitos políticos e outros (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 34-35).

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (apud CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 34-35), a Constituição brasileira de 1988 se caracteriza como analítica, pluralista, com forte cunho programático e dirigente. Analítica porque possui grande número de dispositivos legais, a exemplo do Título II, nomeado “dos Direitos e Garantias Fundamentais”, onde se reflete um caráter regulamentista, que dá a entender que o constituinte buscou resguardar as conquistas alcançadas contra o próprio legislador ordinário.

O pluralismo advém do caráter compromissário, pois o constituinte buscou conciliar posições e reivindicações resultantes de fortes pressões políticas exercidas pelas tendências envolvidas no processo constituinte.

O cunho programático e dirigente resulta da grande quantidade de disposições que requerem regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, imposições legiferantes e diretrizes a serem perseguidas, implementadas e asseguradas pelos poderes públicos.

Esse último aspecto foi mitigado em face da redação do § 1º do artigo 5º da Constituição da República, que estabelece a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais.

Com efeito, os direitos fundamentais são protegidos formalmente (procedimento) e materialmente, por intermédio das chamadas cláusulas pétreas (art. 60 da CF).

A propósito, o § 2º do artigo 5º da Constituição prevê um conceito aberto de direitos fundamentais no Direito constitucional brasileiro, na medida em que estabelece que os direitos e garantias previstos na Carta Magna não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que o Brasil faça parte, constituindo a chamada cláusula geral inclusiva.

Especificamente no que tange aos tratados ou convenções internacionais



sobre direitos humanos, o § 3º do artigo 5º da Constituição da República dispõe ainda que, quando aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.<sup>2</sup>

À evidência, a localização topográfica dos direitos fundamentais logo no início da Constituição brasileira de 1988 faz com que esse conjunto sirva de parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica.

Quadra salientar que os direitos previstos na Constituição da República possuem uma dupla dimensão da fundamentalidade: direitos objetivos e subjetivos. Sob a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais possibilita-se à coletividade exigir ações positivas e negativas do Estado relacionadas aos direitos fundamentais e às liberdades em geral. Já no que tange à perspectiva objetiva, os direitos fundamentais representam uma diretiva de atuação para o Estado, iluminando suas atividades típicas (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 46).

Além disso, os direitos fundamentais possuem eficácias vertical e horizontal. A primeira diz respeito à relação Estado-cidadão, vinculando o legislador, o administrador e o juiz aos direitos fundamentais. Por sua vez, a eficácia horizontal concerne à esfera privada, isto é, entre particulares detentores de direitos fundamentais.

### **3 DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

#### **3.1 Estado Democrático de Direito**

O contexto da evolução dos direitos fundamentais necessariamente se imbrica com a democracia, como regime político, e com o Estado de Direito, como estrutura política de organização estatal, de cujo amálgama se extrai o conceito de Estado Democrático de Direito, do qual a Constituição declara ser constituída a República Federativa do Brasil (CF/88, art. 1º, *caput*).

A democracia, como regime político, é um conceito de difícil equação, e se situa muito além da significativa, mas, por si só insuficiente, definição etimológica de “governo do povo”, dadas as dificuldades em obter consonância entre a vontade popular e a atividade de seus representantes, resultando em ações estatais desconectadas com a realidade social ou em políticas públicas de baixo reflexo sobre as condições de vida da população<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Para Fábio Konder Comparato, (2013, p. 74) a referida disposição constitucional representa um retrocesso, na medida em que “[...] a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. [...] O Brasil veio, porém, contrariar essa tendência com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, a qual introduziu no art. 5º da Constituição Federal, um § 3º [...]”.

<sup>3</sup> Michele Pereira (2009, p.12), com apoio em Fernando Moro, aponta que “[...] a essência do Estado Democrático envolveria sempre a legitimação do exercício do poder pelo povo, o qual atualmente é representado por meio de seus governantes, uma vez que se tornou inviável aos estados modernos o exercício da democracia direta”, fato que se encontra na gênese da insatisfação de parcelas expressivas da população com os mandatários do poder político.

Muito mais do que sua identificação histórica como forma ideal de governo – da qual há poucos exemplos na era moderna – a democracia contemporânea se qualifica como autêntico “valor-meio”, em constante aperfeiçoamento e construção, não podendo ser concebida senão para a concretização dos direitos fundamentais, girando em torno do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana<sup>4</sup> e impondo observância das suas regras e normas instituidoras, tanto para os exercentes de funções estatais quanto para os particulares.

Estado de Direito, por sua vez, é expressão cunhada pela doutrina alemã, de inegável cunho liberal e que em poucas linhas pode ser definido como Estado da razão, Estado do entendimento, centrado na laicidade e na racionalidade, preocupado com a contenção da intervenção estatal sobre a esfera jurídica dos cidadãos e estruturado politicamente para viabilizar o autodesenvolvimento dos indivíduos, garantido por um plexo de direitos básicos da cidadania (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p.23).

O Estado de Direito, que não nasceu democrático e tampouco constitucional, viu-se irreversivelmente lançado para o interior das Cartas Políticas e fundido ao princípio da soberania popular, após a segunda metade do Século XX, em fenômeno que forjou tão indissolivelmente os conceitos a ponto de já não mais se cogitar a configuração do Estado senão como Estado Democrático de Direito, que se legitima na exata medida em que prevê - e subordina à lei e à participação popular- os processos de ascensão e exercício do poder, em quaisquer das funções estatais.

Muitas são as doutrinas que elencam as características do Estado Democrático de Direito, mas há consenso de que, na Constituição brasileira, sua existência está bem definida por princípios estruturantes, assim identificados por José Afonso da Silva (2000, p. 126):

Princípio da constitucionalidade; princípio democrático (art. 1º); sistema de Direitos Fundamentais (títulos II, VII e VIII); princípio da justiça social (art.170, *caput* e no art.193); princípio da igualdade (art.5º, *caput* e I); princípio da divisão dos poderes (art. 2º) e da independência do juiz (art. 95); princípio da legalidade (art. 5º, II); princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI e LXXIII).

A concretização dos direitos fundamentais, portanto, representa escopo tão próximo à democracia que não se pode falar em um deles sem a presença do outro, cuja fusão, por síntese dialética (MIRANDA, 2002, p.534), representa o Estado Democrático de Direito.

---

<sup>4</sup> Nesse aspecto, ressalta-se a opinião de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p.48), para quem, no Estado Democrático de Direito, “...a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade”.

### 3.2 Neoconstitucionalismo

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, contemporaneamente aos direitos fundamentais de segunda geração, surgiu o Neoconstitucionalismo, movimento que reconfigurou sensivelmente os paradigmas do direito constitucional clássico, estabelecendo novos marcos teóricos que, em síntese, impuseram a supremacia e a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional, a dogmática interpretativa a partir dos princípios e os métodos de ponderação e argumentação para solucionar a colisão de normas fundamentais.

No campo filosófico, o neoconstitucionalismo tem por esteio o pós-positivismo, com centralidade nos direitos fundamentais e na reaproximação entre Direito e ética, resultando em um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito (BARROSO, 2005, p.15).

Dentre as transformações do neoconstitucionalismo, conseqüência da filtragem constitucional pela qual necessariamente passa toda a interpretação do Direito, encontra-se a pretensão de construir uma sociedade de intérpretes da Constituição, ganhando o Poder Judiciário notável relevo nesse contexto, uma vez que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro lhe remete o dever de exercer, tanto na via difusa, por todos os juízes nas causas individuais ou coletivas, como na via concentrada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante as ações constitucionais precipuamente previstas para tal fim, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Mais do que isso: a redemocratização do País, o princípio do acesso à Justiça, concretizado na prática dos Tribunais, o incremento de meios processuais difusos e coletivos, a conscientização quanto aos direitos incorporados na Constituição, tudo como expressão do neoconstitucionalismo<sup>5</sup> provocou um aumento significativo da demanda do Poder Judiciário, conclamando-o a assumir papel verdadeiramente político e não apenas institucional técnico na construção do Estado Democrático de Direito, tornando-se permeável aos anseios da população e passando a intervir, de forma contundente, nas questões mais candentes da sociedade pós-moderna de massa, sobretudo nas políticas públicas e nas questões privadas outrora postas à margem de sua atuação, gerando o fenômeno batizado como “judicialização”.

### 3.2 Judicialização

O neoconstitucionalismo acabou por gerar como consequência a ascensão

---

<sup>5</sup> Com muita propriedade apontam Eduardo Ribeiro Moreira e Maria Bunchaft (2011, p. 37) que o neoconstitucionalismo pretende alcançar o status de filosofia política do Estado, “[...] modelo teórico delineado a partir de um repensar da filosofia política pelo vértice inovador da Filosofia Constitucional, modelo de comprometimento constitucional que se anuncia”. A perspectiva é a de que, a despeito das desigualdades e das fragilidades das instituições, construa-se no Brasil, a partir deste modelo, uma consciência constitucional como nos “[...] Países que já adquiriram a percepção da importância dos seus direitos básicos e da defesa de sua Constituição, que podem ser manifestados por meio de um patriotismo constitucional, conseguem, pela Constituição desenvolver novos direitos, novas disposições constitucionais. É a aposta político-civilizatória mais viável que já encontra exemplos, no século XXI, na Alemanha e em países nórdicos”.

institucional do Judiciário, na medida em que questões relevantes sob o aspecto político, social e moral passaram a ser decididas pelos julgadores.

Assim, houve uma verdadeira transferência de parcela de poder do Legislativo e Executivo para o Judiciário, o que gerou uma mudança substancial no modo de pensar e efetivar o Direito.

A jurisdição passou a desenvolver duas atuações, a primeira de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas, e a segunda através da aplicação indireta da Constituição para aferir a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional (BARROSO, 2012, p. 365).

De acordo com Luis Roberto Barroso (2012, p. 367-368), tal fenômeno, chamado judicialização, se deu por diversos motivos. O primeiro deles é o reconhecimento da importância de um judiciário forte e independente como elemento essencial para as democracias modernas. O segundo, a desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. E, por fim, a própria preferência dos atores políticos de que certos temas controvertidos moralmente sejam decididos pelo judiciário.

#### **4ATIVISMO JUDICIAL**

A expressão ativismo judicial foi utilizada pela primeira vez em 1947, por Arthur M. Schlesinger, autor de um artigo sobre a Suprema Corte americana no período do *New Deal*, publicado na revista *Fortune* (FERNANDES, 2013).

Após a aludida publicação, a locução se popularizou e adquiriu uma conotação depreciativa, indicando o exercício impróprio do poder judicial (BARROSO, 2012, p. 370). Contudo, não se trata de expressão unívoca, sendo utilizada com diversas conotações.

Keenan D. Kmiec (2013) reconhece cinco principais conceitos: a) prática utilizada para atacar atos emanados de outros Poderes, com constitucionalidade defensável; b) estratégia de não aplicação de precedentes, de baixa aplicação no sistema romano-germânico (*civil law*); c) conduta de legislar a partir do Tribunal; d) afastamento dos cânones interpretativos; e) julgamento predeterminado a um fim.

Para Luís Roberto Barroso (2012, p. 372), a expressão indica uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos demais poderes, pontuando que em muitas situações sequer há confronto, mas mera ocupação. Esse será o conceito adotado no presente trabalho.

Registre-se que o ativismo judicial se difere substancialmente da judicialização, haja vista que esta se trata de um fato, uma circunstância do desenho institucional e não de uma atuação política. Cuida-se de uma transferência de poder para as instâncias judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais – Legislativo e Executivo, com o aumento quantitativo e qualitativo de matérias sobre as quais o Judiciário passa a ter a última palavra (FERNANDES, 2013). Já o

ativismo consiste em uma postura, uma atitude, um modo proativo de interpretar e aplicar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance, sendo um comportamento dos participantes do Judiciário (BARROSO, 2012, p. 372).

O ativismo pode ocorrer tanto na interpretação legal quanto na interpretação constitucional, embora seja mais comum a discussão do tema no que tange às Cortes Constitucionais.

Segundo Luís Roberto Barroso (2012, p. 372), o ativismo judicial se instala normalmente em situações de retração do Legislativo, de distanciamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que certas demandas sociais sejam plenamente atendidas.

Para o autor, ocorrerá o aludido fenômeno a) na aplicação direta da Constituição a situações não contempladas no seu texto e independentemente de *interpositio legislatoris*; b) na declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do Legislativo, a partir de critérios menos rígidos que os de violação literal da Constituição; e, c) na imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009).

Por sua vez, Evandro Gueiros Leite (2013) aponta as seguintes causas: 1) o incremento progressivo dos Poderes Legislativo e Executivo, justificando a necessidade de crescimento do Judiciário, para balanceamento do sistema; 2) a insatisfação do povo em relação à conduta dos outros ramos do Poder; 3) a evolução social, política e cultural dos tempos atuais.

O ativismo judicial é contraposto pela autocontenção judicial, a qual se caracteriza pela deferência judicial em relação à omissão dos demais poderes, deixando um espaço amplo para a atuação dos mesmos.

## **5 UMA DEMOCRACIA REAL VERSUS UMA DEMOCRACIA IDEAL**

Em que pese o quadro constitucional brasileiro delineado desde 1988 com a instituição de um Estado Democrático destinado a assegurar valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, abrangendo de forma exaustiva os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, não se verifica o acesso da totalidade da população sequer aos direitos fundamentais mais básicos, como saúde, educação, moradia, entre outros tantos.

Desse modo, conforme afirma Norberto Bobbio (2004, p. 43), o problema fundamental em relação aos direitos fundamentais no Brasil, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.

Desta feita, em uma sociedade desigual como a brasileira, em que a garantia formal da igualdade não basta para que a população viva com dignidade, o povo busca o Judiciário a fim de que sejam garantidos os direitos fundamentais não efetivados pelo Poder Executivo em razão de problemas operacionais, orçamentários ou, ainda, pela ausência de regulamentação por parte do Poder Legislativo.

Desse modo, diante da deficiência dos demais Poderes, exsurge o Poder Judiciário como promovedor de medidas sociais compensatórias e mesmo satisfativas para determinadas demandas individuais e coletivas (LEAL, 2007, p. 47), por meio de uma atuação proativa em prol da concretização dos direitos constitucionalmente garantidos.

Assim, tendo em vista o vazio deixado pelo Legislativo e Executivo, a atuação jurisdicional auxilia na implementação dos pontos fundamentais para a construção do Estado democrático, os quais, consoante Dallari (apud CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 27), são três:

*A supremacia da vontade popular*, que colocou o problema da participação popular no governo, suscitando acesas controvérsias e dando margem às mais variadas experiências, tanto no tocante à representatividade, quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais e partidários.

*A preservação da liberdade*, entendida, sobretudo como poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem qualquer interferência do Estado.

*A igualdade de direitos*, entendida como a proibição de distinções no gozo de direitos, sobretudo, por motivos econômicos ou de discriminação de classes sociais.

Nesse contexto, faz-se necessária a atuação ativista do julgador a fim de permitir a concretização dos direitos fundamentais garantidos na Carta Constitucional, comunicando-lhes plena eficácia.

A esse respeito, observa Victor Augusto Passos Villani Côrtes (2010, p. 558):

Relevante se faz observar que atualmente o Poder Judiciário Brasileiro tem demonstrado uma posição límpida em relação ao ativismo. Pode-se citar como exemplo mais contundente deste fenômeno a distribuição de medicamentos e determinações de tratamentos mediante decisão judicial. Isto são imposições de condutas ou abstenções do Poder Público. O Executivo vem, em diversos casos, perdendo demandas e sendo obrigado a custear medicamentos que não constam dos protocolos do Ministério da Saúde.

Um fenômeno positivo decorrente do ativismo é, sem dúvida, o maior atendimento das necessidades da sociedade. Como nem o Poder Executivo nem o parlamento tem tomado frente das situações o Poder Judiciário passou ser a vis atrativa desses problemas que normalmente seriam casos a serem solucionados pelos outros dois Poderes.

Sem embargo, o protagonismo do Poder Judiciário na efetivação dos

direitos fundamentais é alvo de críticas. Haveria uma violação da tripartição dos poderes? Trata-se de uma postura antidemocrática?

À evidência, a teoria da separação dos poderes não constitui óbice à atuação ativista, pois não possui caráter absoluto, sendo notório que todos os poderes exercem atividades administrativas, legislativas e julgadoras, sendo os poderes definidos, em verdade, pela atividade que adquire preponderância.

Com efeito, Amílcar Araújo Carneiro (2012, p. 311) esclarece que embora as circunstâncias históricas tenham exigido uma rígida separação dos poderes quando da implantação da teoria da tripartição, nos dias atuais deve haver um entendimento adequado acerca dos papéis dos poderes:

Sem dúvida, há uma nova acepção da teoria da separação dos poderes, ou, mais apropriadamente, teoria da tripartição das funções do poder, rente com os postulados do neoconstitucionalismo. Há uma partilha de poder diferenciada da rígida separação dos poderes, que deve ser abandonada (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 311).

A separação dos poderes hoje não está jungida a um temor de invasão de um Poder pelo outro, mas sim numa finalidade utilitária, dividindo tarefas no interior do próprio Estado, visando a melhorar sua eficiência.

[...]

Diz-se que o poder é uno, mas as suas funções típicas são divididas e distintas, '[...] embora não em compartimentos estanques – o Estado julgador, o administrador e o legislador' (MANCUSO apud CARNEIRO JÚNIOR, p. 311).

Ademais, o próprio ofício dos julgadores atua na criação do Direito, uma vez que a norma, como texto que é, via de regra requer que seja interpretada, o que consiste na complementação do sentido do texto normativo, levando em consideração os contextos espacial e temporal vividos e as peculiaridades do caso concreto.

Com efeito, o julgador ativista apenas desenvolve tal atividade interpretativa a partir do viés constitucional, isto é, buscando compatibilizar o resultado da aplicação normativa com os fins da Constituição.

A propósito, não se trata de uma invenção judicial, uma vez que encontra amplo amparo na doutrina. Citando Ferrari, Amílcar Araújo Carneiro Júnior (2012, p. 323) afirma que o princípio da legalidade abrange, além da lei formal, outras espécies normativas a ela equiparadas pela Constituição, sendo substituído pelo princípio da constitucionalidade, o que faz emergir a necessidade de diferenciá-lo do princípio da reserva legal.

Quanto à legitimidade do Judiciário, há que se observar que é a própria Constituição que concede a tal Poder o dever de controle da interpretação das leis federais e das normas constitucionais, bem como a tarefa do controle de

constitucionalidade. *Ex vi*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

[...]

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Isso se dá porque é sabido pelo Constituinte que a “vontade da maioria” pode ir de encontro aos direitos fundamentais ou conduzir a arbitrariedades, o que requer a atuação do Excelso Pretório, guardião da Constituição Federal, a fim de que sejam resguardados os direitos fundamentais, ainda que contrariada a deliberação democraticamente realizada pelos representantes do povo (RAMOS, 2010).

Há que se notar ainda que atividade do Judiciário não é arbitrária e ilimitada, estando adstrita a balizas legais e objetivando a promoção da Justiça, da segurança jurídica e do bem-estar social.

Sob esse prisma, observe-se que o julgador deve demonstrar racionalmente as razões de sua decisão por meio da motivação, constitucionalmente garantida aos jurisdicionados como elemento de controle democrático dos delegatários da atividade jurisdicional, funcionando também como mecanismo de aperfeiçoamento das demais funções estatais, pois não inibe – antes incentiva – o Legislativo e o Executivo, que tiveram seus espaços de decisão supridos pelo Judiciário, a vencer a inércia e preenchê-los com suas atividades precípua, o que não poucas vezes ocorre com a integração do exato conteúdo da decisão judicial à legislação ou aos regulamentos administrativos.

A esse respeito, afirma Cappelletti (1993, p. 98-99) que:

Particularmente, de forma diversa dos legisladores, os tribunais superiores são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões das suas decisões, obrigação que assumiu a dignidade



de garantia constitucional em alguns países, como a Itália. [...] Assim, mediante tal praxe, os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de “exposição” ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais ‘responsáveis perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria desses), não expostos a tal fiscalização continuada do público.

A propósito, a tese da autocontenção judicial também é problemática, porque em muitos casos nela repousa um Judiciário subserviente aos demais Poderes. O ativismo é intimamente correlato à judicialização da política, pois à medida que cada vez mais questões políticas chegam ao Poder Judiciário para serem resolvidas, reduz-se a separação entre Executivo, Legislativo e Judiciário, porque este deve controlar os atos do governo e não ficar inerte diante deles.

Sobre o tema, observe-se mais uma vez a lição de Mauro Cappelletti (1993, p. 92):

[...] Mas esse imperativo [do ativismo judicial] pode ser válido, outrossim, em face do posicionamento oposto, ou seja, em face da ‘abstenção’ (*‘restraint’*) ou cautela conservadora dos juízes. Diz-se efetivamente, com muita clareza e firmeza, que também o conservadorismo judiciário, e não apenas o ativismo, pode em certas situações e circunstâncias constituir uma forma de compromisso partidário, de parcialidade portanto, e por isso de derrogação daquelas ‘virtudes’ – uma verdade que às vezes é necessário recordar aos juízes, sobretudo aos tribunais superiores.

Com efeito, diante de omissões legislativas que deixam o povo impossibilitado de exercer seus direitos, não é viável que os juízes se eximam da responsabilidade, quando o que mais importa é a concretização dos direitos fundamentais e sociais.

Do mesmo modo, não pode o julgador aplicar cegamente a lei permitindo que ocorram no mundo fático resultados incompatíveis com os princípios e fins constitucionais, uma vez que a finalidade do Direito não é a determinação e a calculabilidade racional-formal de uma regulação, senão a justiça. A segurança jurídica só existe quando a legislação e a jurisprudência são tidas como justas pela comunidade e não por um partido (VERDÚ, 2004, p. 178-179).

Quanto ao suposto aspecto antidemocrático, afirma Estefânia Maria de Queiroz Barboza (apud PEREIRA, 2009) que a democracia fundada na Constituição Federal de 1988 não se reduz a uma democracia da vontade da maioria, mas sim a uma democracia comprometida com o direito das minorias, o qual está garantido como direitos fundamentais.

Destarte, portanto, a definição do conteúdo substantivo de uma norma ou

de um ato Executivo ou Legislativo por parte do Judiciário não fere o princípio democrático, ao contrário, dá-lhe ainda mais força, uma vez que existe a proteção das minorias e a aplicação dos direitos escolhidos pela própria sociedade no ato constituinte, tornando-a mais justa e solidária (PEREIRA, 2009).

Nesse contexto, o ativismo judicial não pode ser considerado antidemocrático simplesmente por ser contramajoritário, pois os Tribunais podem dar voz às minorias ou solucionar graves problemas decorrentes da ausência de consenso político do governo (LUCAS, 2005, p. 207).

À evidência, os supostos empecilhos colocados à atuação proativa do Poder Judiciário, em razão de se tratar de postura antidemocrática, não encontra apoio na realidade histórica, conforme preleciona Lênio Luiz Streck (STRECK; BOLZAN, 2008, p. 138):

Assim, ao argumento de que a concretização de direitos via judiciário (jurisdição constitucional) enfraquece a cidadania e coloca em risco a própria democracia, cabe lembrar que não há qualquer registro de que a democracia tenha sido colocada em xeque em face de decisões judiciais concessivas de direitos, consideradas como “jurisprudência dos valores”, ‘ativismo judicial’, etc.

Assim sendo, a atuação ativista do Poder Judiciário em prol da concretização dos direitos fundamentais é democrática, haja vista a insuficiência do princípio majoritário para a tomada de decisões, na medida em que a democracia não se restringe ao conceito de ‘governo do povo’, devendo ser entendida como um ‘valor-meio’, a partir do qual deve ocorrer a concretização de valores essenciais à vida humana.

## **6 CONCLUSÃO**

Ao que se depreende do exposto, mesmo com a força adquirida pela Constituição após a emergência do neoconstitucionalismo, há um enorme espaço que separa o ideal constitucional da realidade social. Parece que a simples definição de Direitos Fundamentais em normas constitucionais não tem o condão de se fazerem cumprir por si só.

Desse modo, diante da retração dos Poderes Legislativo e Executivo na concretização dos direitos fundamentais e efetivação das políticas públicas, o Poder Judiciário assume relevante papel de transformação do ideário constitucional em realidade.

Nada obstante, muitas vezes para efetivar os direitos dos cidadãos é necessário que o julgador ultrapasse o liame da mera aplicação estrita da lei, antevendo os resultados concretos de sua decisão e, nesse contexto, adotando uma postura proativa a fim de efetivar a expectativa de justiça que pesa sobre a jurisdição, trata-se do chamado ativismo judicial.

Tal prática é alvo de críticas constantes, sendo caracterizada por alguns como antidemocrática. Nada obstante, é a própria Constituição que traça a forma de escolha dos juízes e ainda confere ao Poder Judiciário a tarefa de guardar a Constituição e interpretá-la, bem como à lei federal, não merecendo amparo o argumento falacioso de que as decisões ativistas carecem de legitimidade democrática.

Desse modo, diante de omissões legislativas que deixam o povo impossibilitado de exercer seus direitos, não é viável que os juízes se eximam da responsabilidade, quando o que mais importa é a concretização dos direitos fundamentais e sociais, sendo não só legítima como também necessária a atuação proativa do julgador.

O ativismo muitas vezes é uma necessidade, não sendo plausível que se exija do cidadão o aguardo da atividade legislativa para a realização de seu direito. Sob esse prisma, o contramajoritarismo é um mecanismo a favor da democracia, na medida em que proporciona a efetivação de direitos renegados pelo legislador.

Nada obstante, é evidente que seria mais interessante que cada Poder cumprisse de maneira satisfatória a parcela de deveres que lhe incumbe, não sendo plausível que se coloque como regra o ativismo judicial.

Ademais, não se pode confundir interpretação proativa com discricionária substituição das escolhas realizadas pelo legislador constituinte, estando o julgador adstrito aos princípios e fins constitucionais, o que pode ser controlado através das exigências de fundamentação e publicidade das decisões judiciais.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. n. 4, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 19 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005.

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-Direito>>. Acesso em 08 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUNCHAFT, Maria e MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Filosofia constitucional. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 19, n. 74, p. 37-80, jan./mar. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. Ativismo judicial: do neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. VI, p. 546-571, jul./dez. 2010.

GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, jul. 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11991](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11991)>. Acesso em 18 mai. 2013.

FERNANDES, Ricardo Vieira Carvalho. *Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira*. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30316-ativismo-judicial-por-uma-delimita-o-conceitual-brasileira>>. Acesso em 19 mai. 2013.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of 'judicial activism'. In: *California Law Review*, Califórnia, p. 1441-1477, out. 2004. Disponível em [http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial\\_activism.htm](http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm)>. Acesso em 19 mai. 2013.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEITE, Evandro Gueiros. *Ativismo Judicial*. BDJur: Brasília, 5 mai. 2008. Disponível em [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16980/Ativismo\\_Judicial.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16980/Ativismo_Judicial.pdf?sequence=1)>. Acesso em 19 mai. 2013.

LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: *O Estado e suas crises*. MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

PEREIRA, Micheli. Atuação do poder judiciário na defesa dos direitos fundamentais: uma tensão entre constitucionalismo e democracia. In: *Direitos Fundamentais & Democracia*. Curitiba, n. 06, jul. 2009.

RAMOS, Adriana Monteiro. Da falta de normatividade constitucional à judicialização e ao ativismo judicial. In: *Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, n. 07, p. 233-246, jan. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 18 ed., 2000.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



# COISA JULGADA NA AÇÃO COLETIVA E A ADMINISTRAÇÃO E DESTINAÇÃO DOS VALORES PROVENIENTES DA EXECUÇÃO COLETIVA DE DANOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

## RES JUDICATA IN CLASS ACTION AND THE MANAGEMENT AND ALLOCATION OF VALUES FROM THE COLLECTIVE IMPLEMENTATION OF HOMOGENEOUS INDIVIDUAL DAMAGE

*Fernando Henrique ROSSI\**

**SUMÁRIO:** 1. Conceito de Coisa Julgada; 2. Coisa Julgada na Ação Coletiva; 3. Coisa julgada *erga omnes* x Coisa julgada *ultra partes* (distinção pelo CDC); 4. Coisa Julgada *secundum eventum litis*; 5. Coisa julgada *secundum eventum probationem*; 6. Transporte *in utilibus* da coisa julgada; 7. Novas tendências sobre coisa julgada na ação coletiva – Breve análise de acordo com o Direito Comparado; 8. Abrangência do artigo 16 da lei n.º 7.347/85; 9. Liquidação e cumprimento de sentença na ação coletiva; 10. Atuação do Ministério Público; 11. Fundo de Direitos Difusos e Coletivos e a Administração e Destinação dos Valores provenientes das Execuções Coletivas de Danos Individuais Homogêneos.

**RESUMO:** O presente artigo busca traçar um panorama geral a respeito do instituto da Coisa Julgada no âmbito do processo coletivo. De modo abrangente, fora feito um cotejo sobre as espécies e classificações da coisa julgada, além de um breve estudo envolvendo direito comparado, a fim de se traçar um esboço sobre as tendências futuras sobre o tema. Na segunda parte do trabalho, fora traçado um estudo sobre a execução da sentença coletiva, a participação do Ministério Público neste procedimento, finalizando com uma abordagem a respeito do papel do Fundo de Direitos e Coletivos, em especial quanto à destinação dos valores lá depositados, especialmente os decorrentes de execuções coletivas oriundos de demandas coletivas que tenham como escopo os danos individuais homogêneos.

---

\* Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado militante com atuação em Direito do Consumidor. E-mail: [rossi.adv@gmail.com](mailto:rossi.adv@gmail.com). Artigo submetido em 28/10/2013. Aprovado em 28/01/2014.

**ABSTRACT:** This article claims to set an overview about the institute of the *res judicata* under class actions. Comprehensively, a comparison was made on species of *res judicata* and its ratings, plus a brief study of comparative law in order to trace the outline of future trends on the topic. In the second part of the work was traced out a study on the implementation of collective judgment and the participation of prosecutors in this procedure, ending with an approach for understanding the role of the Fund of Collective Rights, in particular the allocation of the amounts deposited there, especially those arising from collective executions from class actions that have scoped individual homogeneous damage.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ação Coletiva, Coisa Julgada, Execução, Fundo de Direitos Difusos.

**KEYWORDS:** Class Action, Res Judicata, Impementation, Fund of Collective Rights.

## 1 CONCEITO DE COISA JULGADA

Forma coisa julgada a decisão transitada em julgado da qual não caiba mais recurso, ou seja, é um *status* de imutabilidade adquirido pela decisão quando não for mais ela possível de alteração em razão de se haverem esgotados todos os recursos e outros meios de impugnação eventualmente cabíveis. Tal simples conceito retrata o que conhecemos por coisa julgada formal.

Contudo, ainda que não tenha transitado em julgado, toda decisão, em especial uma sentença, é capaz de produzir seus efeitos, sendo, portanto, a coisa julgada, “*apenas a imutabilidade desses efeitos, ou seja, uma qualidade que esses efeitos adquirem com o trânsito em julgado da sentença, por meio da qual se impede que as partes discutam a mesma causa novamente (coisa julgada material).*”<sup>1</sup>

Trata-se, portanto, a coisa julgada material da atribuição de um caráter de imutabilidade ao tema submetido à análise pelo Poder Judiciário para que ele não possa ser novamente analisado em uma demanda futura. É, portanto, um dos maiores instrumentos destinados à pacificação social e a segurança jurídica, os quais se integram dentre os principais objetivos do serviço público jurisdicional prestado pelo Estado.

Frise-se, a coisa julgada material encontra fundamento na “*necessidade de estabilidade nas relações jurídicas. Após todos os recursos, em que se objetiva alcançar a sentença mais justa possível, há a necessidade teórica e prática de cessação definitiva do litígio e estabilidade nas relações jurídicas, tornando-se a decisão imutável. Não mais se poderá discutir, mesmo em outro processo, a justiça ou injustiça da decisão, porque é preferível uma decisão eventualmente*

---

<sup>1</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. In A defesa dos interesses difusos em juízo. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 555



*injusta do que a perpetuação dos litígios”.*<sup>2</sup>

Tamanha a relevância da coisa julgada que sua estabilização possui status de garantia constitucional nos exatos termos do artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal.

Por fim, cabe lembrar que apenas será atingido pela coisa julgada o campo dispositivo da sentença, ou seja, o trecho pelo qual é proferido o provimento determinado pelo Estado-Juiz para solução do litígio e não os motivos e fundamentos que a ele deram base, sendo este, inclusive, o que se denomina como limite objetivo da coisa julgada.

## **2 COISA JULGADA NA AÇÃO COLETIVA**

Partindo diretamente ao estudo da coisa julgada no âmbito das ações coletivas, tem-se que uma de suas mais significativas diferenças encontra presença dentre seus limites subjetivos.

Primeiramente, cumpre-se aqui esclarecer que, de acordo com os ensinamentos de Liebman, os limites subjetivos da coisa julgada ligam-se a ideia de restringir os efeitos do julgado apenas às partes que efetivamente fizeram parte do processo, não podendo, portanto, atingir terceiros, ressalvada as causas cujo objeto refere-se ao estado das pessoas.

Esta é, inclusive, a inteligência do artigo 472 do Código de Processo Civil, que, por sua perspectiva tradicional, “*a coisa julgada vale pro et contra, nos limites em que se produz, e não secundum eventum litis, nem in utilibus*”.<sup>3</sup>

Assim, tem-se que, em regra, o comando da sentença “*torna-se imutável com a autoridade da coisa julgada, ou seja, a “como qualidade que reveste o ato também em seu conteúdo, tornando imutáveis, além do ato, os seus efeitos”*”<sup>4</sup>.

Contudo, tal realidade individualista trazida pelo Código de Processo Civil deverá ser deixada de lado ao se analisar a ação coletiva.

Isso porque, no âmbito das ações coletivas, em razão dos interesses envolvidos (difusos, coletivos ou individuais homogêneos), necessário se faz majorar o limite da eficácia do provimento jurisdicional buscado a fim de que a coisa julgada possa beneficiar todos os atingidos de modo equânime e eficiente, afinal, “*a finalidade última de todo processo coletivo reside na eficácia social do julgado, visto tratar-se de instrumento voltado a dirimir conflito de interesses metaindividuais*”.<sup>5</sup>

A fim de se assegurar o acesso coletivo à justiça, bem como a

---

<sup>2</sup> FILHO, Vicente Greco. In Direito Processual Civil Brasileiro. Vol. 2. 20ª edição. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 275.

<sup>3</sup> LENZA, Pedro. In Teoria Geral da Ação Civil Pública. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 218

<sup>4</sup> LENZA, Pedro. In op. cit. p. 218

<sup>5</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. In Ação Civil Pública – Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/85 e legislação complementar. 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. P. 330

universabilidade da jurisdição, o sistema das tutelas coletivas traz consigo a teoria da representação adequada, importada e adaptada do Direito norte-americano, pela qual um grupo de entidades se vê legitimado a portar os interesses metaindividuais a fim de que possam ser analisados, em um âmbito coletivo, pelo Poder Judiciário.

Salienta-se, por oportuno que tal representação processual não se trata de uma legitimação extraordinária, pela qual um terceiro busca por uma tutela, em nome próprio, pertinente a um direito alheio, mas sim uma representação *sui generis*, decorrente de uma legitimação para agir concorrente e disjuntiva, pela qual o ajuizamento da demanda coletiva por um legitimado suprime o do outro de intentar a mesma a ação coletiva, sendo que a legitimação coletiva não inibe a propositura de uma demanda individual sobre o mesmo tema.

De toda forma, tem-se que o direito pátrio, no âmbito das tutelas de massa, admite a possibilidade de a sentença produzir efeitos *secundum eventum litis*, e também *erga omnes* ou *ultra partes* como se verá a seguir.

### **3 COISA JULGADA ERGA OMNES X COISA JULGADA ULTRA PARTES (DISTINÇÃO PELO CDC)**

Durante muito tempo, o direito pátrio não se importava em distinguir os conceitos de coisa julgada *erga omnes* de *ultra partes* sendo que tais eram utilizados para denominar o provimento jurisdicional capaz de atingir, de modo idêntico, todos os envolvidos pelo evento danoso objeto da ação coletiva, não sendo por menos que a única menção feita à coisa julgada pela lei 7.347/85, apenas se faz uso da expressão *erga omnes*, em seu artigo 16.

Contudo, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em especial, por seu artigo 103, ambos os efeitos se mostram tratados de modo distinto, sendo que, no que tange aos efeitos *erga omnes*, tais se reportam à ação coletiva cujo objeto envolve um direito difuso e os efeitos *ultra partes* marcam presença quando a demanda de massa objetar um interesse coletivo.

Assim, pela leitura do inciso I e II do mencionado artigo 103, os efeitos *erga omnes* se mostram mais amplos que os *ultra partes*, visto estes efeitos estarem limitados ao grupo, classe ou categoria que possuam o interesse coletivo, quando que o interesse *erga omnes* abrange a totalidade de atingidos, sem a mencionada limitação.

### **4 COISA JULGADA SECUNDUM EVENTUM LITIS**

No direito norte-americano, pela teoria da representatividade adequada, pelo qual se admite ser o esquema representativo “*apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que, nesse caso, o julgado não atuaria propriamente ultra partes, nem significaria real exceção ao princípio da limitação subjetiva do julgado, mas configuraria antes um novo conceito de representação substancial e processual, aderente às novas exigências*

da sociedade”<sup>6</sup>.

Contudo, tal modelo se vê criticado por parte da doutrina ao considerar artificial a possibilidade de estranhos virem a se considerar adequadamente representados ao se verem submetidos a uma coisa julgada desfavorável, sem que tivessem ao menos a oportunidade de se manifestarem nos autos.

Dessa forma, diferentemente do que ocorre no direito norte-americano e sua teoria pura da representação adequada, o direito pátrio adaptou-a a fim de que a coisa julgada no âmbito das ações coletivas submeta-se ao regime da coisa julgada *secundum eventum litis*, pelo qual, apenas haverá a produção de efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* para favorecer e não para prejudicar as pretensões individuais.<sup>7</sup>

Tal entendimento se extrai do artigo 103, incisos I e II do Código de Defesa do Consumidor que apenas admite a produção dos efeitos supramencionada caso a demanda coletiva não se veja julgada improcedente em razão da insuficiência de provas. Pode-se, inclusive, concluir que, além de não produzir efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, a sentença de improcedência da ação coletiva pautada em insuficiência probatória sequer produzirá coisa julgada material, visto ser plenamente possível a propositura de nova demanda, pautada na mesma causa de pedir, porém, contendo uma carga probatória mais robusta.<sup>8</sup>

Da mesma maneira, ainda que a ação coletiva se veja julgada improcedente por fundamento outro que não a insuficiência probatória, tem-se que, por força do § 1º do mencionado artigo 103 do diploma consumerista, tal improcedência não prejudicará os interesses e direitos individuais das vítimas do evento danoso, o que significa dizer que não haverá prejuízo para que eles intentem demandas individuais visando suas singulares tutelas a respeito deste mesmo tema, a fim de que se vejam reparados eventuais danos em suas esferas particulares.<sup>9</sup>

Assim, tem-se que, em havendo a improcedência da ação coletiva por fundamento outro senão a insuficiência probatória, apenas haverá a produção de coisa julgada material para fins de impossibilitar outros legitimados à propositura da demanda coletiva fundada na mesma causa de pedir.

Importante também destacar que, ainda neste aspecto restrito aos legitimados à tutela coletiva, não se fala em efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, vez que, por se tratarem de legitimados concorrentes e disjuntivos, o ajuizamento da demanda por um deles obsta o outro de fazê-lo.

## **5 COISA JULGADA SECUNDUM PROBATIONEM**

Como dito acima, se a ação coletiva vir-se julgada por insuficiência de

<sup>6</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. In Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2005. p. 905.

<sup>7</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit. p. 907

<sup>8</sup> SOUZA, Motauri Ciochetti de. In Ação Civil Pública – competência e efeitos da coisa julgada. 1ª edição. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 211-212

<sup>9</sup> SOUZA, Motauri Ciochetti de. Op. cit. 214-215

provas, não haverá a constituição de coisa julgada material, sendo admitido o ajuizamento de nova demanda coletiva embasada em novos elementos probatórios.

Contudo, caso a parte promovente venha a obter acesso a novo elemento probatório, inacessível à época da propositura da primeira demanda julgada improcedente, uma nova ação poderia ver-se proposta com base nesta nova prova, desde que idônea a modificar seu resultado anterior<sup>10</sup>.

Contudo, a coisa julgada *secundum probationem* ou *secundum eventum probationis* apenas merecerá aplicação se a prova era indisponível ao tempo do julgamento da primeira demanda, visto que, se disponível, pode-se dizer que a sentença fora produzida sem provas suficientes, ainda que o julgador sobre isso não tenha expressamente se manifestado<sup>11</sup>.

Cumpra-se aqui esclarecer que esta regra estaria coligada com a ação rescisória – art. 485 do Código de Processo Civil – devendo-se, inclusive, respeitar o prazo de 02 anos para sua propositura.

Contudo, tal limitação temporal não se mostra razoável por conta da relevância dos interesses envolvidos, devendo-se, portanto, fazer-se uso da coisa julgada *secundum eventum probationis* a qualquer tempo, visto que, ainda que a prova fosse indisponível, evidente é que o julgamento fora proferido com insuficiência de provas.

Não é por menos, inclusive, salutar defender, como muito bem apontado pela Professora Patrícia Miranda Pizzol, a inserção de um parágrafo único ao artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor – “*Em qualquer hipótese, seja o direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, a sentença de improcedência proferida no processo coletivo não impedirá a propositura de nova ação coletiva desde que fundada em prova técnica indisponível à época do julgamento da causa*” – a fim de que não parem dúvidas quanto à possibilidade de se fazer uso desta modalidade de coisa julgada a qualquer tempo.<sup>12</sup>

## **6 TRANSPORTE IN UTILIBUS DA COISA JULGADA**

O transporte *in utilibus* da coisa julgada encontra previsão no artigo 103 § 3º do Código de Defesa do Consumidor, pelo qual, “*os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 97 a 100*”.

Trata-se, portanto, da transferência da utilidade da coisa julgada a fim de

---

<sup>10</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. In Os processos Coletivos nos países de Civil Law e Common Law. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 242

<sup>11</sup> PIZZOL, Patrícia Miranda. In Coisa Julgada nas Ações Coletivas. Disponível em <[http://www4.pucsp.br/tutela coletiva/download/artigo\\_patricia.pdf](http://www4.pucsp.br/tutela coletiva/download/artigo_patricia.pdf)> Acessado em 03/11/2012

<sup>12</sup> PIZZOL, Patrícia Miranda. In op. cit. Acessado em 03/11/2012

beneficiar individualmente cada um dos afetados pela matéria objeto da demanda coletiva.

Explicando o dito, tendo em vista que a sentença coletiva beneficia uma coletividade, mas não cada sujeito individualmente, poderão estes indivíduos fazer uso do provimento jurisdicional a fim de que a sentença coletiva veja-se individualmente liquidada e executada.<sup>13</sup>

Isso porque, a condenação da ação coletiva se dará de modo genérico, sendo que seu objeto se verá ampliado de maneira *ope legis* por força do artigo 103, § 3º do CDC.

Outrossim, em que pese também o mesmo dispositivo remeter ao artigo 13 da LACP, entende-se que não deve o transporte apenas ocorrer em casos envolvendo condenações em dinheiro, mas também deve atingir as obrigações de fazer, exemplificando-se a possibilidade através do artigo 11 do mesmo diploma legal.<sup>14</sup>

Por fim, no que tange a abrangência do transporte *in utilibus* da coisa julgada, tal restará melhor abordado posteriormente quando exposto a respeito da liquidação e execução da sentença no âmbito da demanda coletiva.

## **7 NOVAS TENDÊNCIAS SOBRE COISA JULGADA NA AÇÃO COLETIVA – BREVE ANÁLISE DE ACORDO COM O DIREITO COMPARADO**

Apenas como curiosidade, resta interessante saber se a legislação, ao menos no que tange a coisa julgada no processo coletivo, caminha ao lado das tendências sobre o tema que vem sendo debatidas no restante do globo.

Assim, tomando-se por base um estudo de extrema competência realizado pela Professora Ada Pellegrini Grinover, e apresentado no XIII Congresso Mundial da Associação de Direito Processual, foram obtidas algumas conclusões bastante interessantes a respeito do tema<sup>15</sup>.

Notou-se que, curiosamente, a atribuição de efeitos *erga omnes* à sentença proferida em uma ação coletiva, seja para beneficiar, seja para prejudicar, é uma regra praticamente constante quando o interesse envolvido for difuso ou coletivo, havendo, contudo, alguns países ibero-americanos que limitam seu rigor a fim de que a demanda coletiva possa vir a ser reproposta em caso de insuficiência probatória.

Caso a demanda coletiva trate de interesses individuais homogêneos, existem tendências praticamente opostas a respeito do tema, sendo que, os países ibero-americanos tendem a aplicação da coisa julgada *secundum eventum litis*, ou seja, fazendo com que a coisa julgada apenas produza efeitos para beneficiar e não para prejudicar. Nos demais países, contudo, existe uma plena adoção ao sistema

---

<sup>13</sup> PIZZOL, Patrícia Miranda, op. cit. - acessado em 27/10/2012.

<sup>14</sup> LENZA, Pedro, in op. cit.. p. 240.

<sup>15</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. In op. cit. 247-248

do *opt in* – caso o sujeito deseje se beneficiar da sentença coletiva deverá se habilitar no processo – e não do *opt out* – raciocínio inverso, ou seja, caso não deseje sofrer os efeitos deverá apresentar um requerimento nesse sentido – havendo, contudo, uma combinação entre ambos caso se esteja diante de demandas de pequeno valor econômico.

Quanto à coisa julgada *secundum probationes*, ainda não há uma tendência em sua adoção. Contudo, no que tange ao aproveitamento da coisa julgada obtida em processos cujo interesse é difuso ou coletivo para encurtamento de demandas envolvendo um interesse individual homogêneo – exemplo de uma ação coletiva decorrente de um dano ambiental (interesse difuso) julgada procedente que terá sua sentença utilizada pelo indivíduo que sofrera algum dano particular em decorrência do ilícito – mostra-se uma tendência ponderável nos países de *civil law*.

### **SABRANGÊNCIA DO ARTIGO 16 DA LEI N.º 7.347/85**

Muito se tem discutido a respeito da restrição territorial trazida pelo artigo 16 da lei n.º 7.347/85 – com redação trazida pela lei n.º 9.494/97 – no sentido de se ver limitada a eficácia *erga omnes* da sentença a abrangência territorial do órgão prolator da decisão.

A doutrina muito combateu o aludido dispositivo, mormente sobre o argumento de que o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor teria, tacitamente, revogado o artigo 16 da LACP, logo, a lei n.º 9.494/97 teria alterado algo que não mais produzia efeitos, ou pelo argumento de que o mencionado artigo teria confundido coisa julgada com competência jurisdicional.

Além disso, como sustenta Cassio Scarpinella Bueno, se considerado de um ponto de vista única e exclusivamente infraconstitucional, quaisquer dos argumentos não se mostrariam válidos a afastar a aplicação do artigo 16 da LACP.

Isso porque, quaisquer que sejam as razões, se considerado diretamente, o artigo 103, I e II do CDC teria revogado, ainda que tacitamente, o artigo 16 da LACP em sua redação original, contudo, com o surgimento da Lei n.º 9.494/97, a nova redação do artigo 16, por ser mais recente, revogaria o dispositivo da lei consumerista, o que não ocorre, até mesmo porque ambos os diplomas merecem manter interpretação conjunta nos moldes dos artigos 90 da Lei n.º 8.078/90 e 21 da Lei n.º 7.347/85.<sup>16</sup>

Contudo, se o tema vir-se analisado por uma ótica constitucional, evidente é que a aplicação do artigo 16 ver-se-á afastada, não por apenas afastar o acesso coletivo à Justiça, mas por ferir o princípio da isonomia processual.<sup>17</sup>

Qualquer que seja o argumento utilizado, é bem verdade que tal dispositivo caminha em contrariedade à efetividade e razão de ser da tutela coletiva, visto que,

<sup>16</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. In Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Direito Processual Coletivo e Direito Processual Público. Vol. 2. Tomo III. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010. P. 233

<sup>17</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. In op. cit. p. 235

ainda que haja causa de pedir única (exemplo produto com defeito), a sentença apenas faria efeitos em um dado estado da federação (exemplo Rio Grande do Sul), quando que o produto continuaria sendo nocivo a todos os seus consumidores onde quer que estejam.

Não obstante às críticas dedicadas ao instituto, sua constitucionalidade fora declarada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADIn 1.576-1 em 16 de abril de 1997.

O Ministro Marco Aurélio, dentre as razões de seu voto relator, entendeu que a atual redação do artigo 16 “correu à conta da necessidade de explicitar-se a eficácia *erga omnes* da sentença proferida na ação civil pública”, bem como que estaria ela de modo “*harmônico com o sistema judiciário pátrio*”, sendo que a mudança fora “*pedagógica, a revelar o surgimento de efeitos erga omnes na área de atuação do juízo e, portanto, o respeito à competência geográfica delimitada pelas leis de regência. Isso não implica esvaziamento da ação civil pública, bem tampouco, ingerência indevida do Poder Executivo no Judiciário*”.

Felizmente, diante do julgamento do Recurso Especial 1.243.887/PR, em 19/10/2011, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça passa-se a surgir fortíssima tendência a se atribuir novo entendimento ao tema no sentido de se limitar a coisa julgada proferida na ação coletiva não mais pelos limites territoriais do órgão prolator, mas sim pelos limites de subjetivos e objetivos da sentença.

Ao referir-se à interpretação dos efeitos *erga omnes* a luz da limitação territorial presente no artigo 16 da LACP, o Ministro Luis Felipe Salomão afirma, com todas as letras, que tal dispositivo, “*esvazia a utilidade prática da ação coletiva, mesmo porque, cuidando-se de dano de escala nacional ou regional, a ação somente pode ser proposta na capital dos Estados ou no Distrito Federal (art. 93, inciso II, CDC)*”.

Posteriormente, sustenta que a “*antiga jurisprudência do STJ, segundo a qual “a eficácia erga omnes circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário” (REsp 293.407/SP, Quarta Turma, confirmado nos EREsp. n. 293.407/SP, Corte Especial), em hora mais que ansiada pela sociedade e pela comunidade jurídica, deve ser revista para atender ao real e legítimo propósito das ações coletivas, que é viabilizar um comando judicial célere e uniforme - em atenção à extensão do interesse metaindividual objetivado na lide*”.

Por fim, conclui que, pensar em sentido contrário “*não se justificaria, nem seria eficaz, e o citado interesse acabaria privado de tutela judicial em sua dimensão coletiva, reconvertido e pulverizado em multifárias demandas individuais*” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit. p. 325*), “*atomizando*” as lides na contramão do moderno processo de “*molecularização*” das demandas”.

Tem-se agora que se resta apenas aguardar por uma definitiva mudança da orientação jurisprudencial pátria a qual, em boa hora, caminha para atribuir a extensão

e abrangência necessárias a atribuir a máxima eficácia e utilidade as demandas coletivas.

## 9 LIQUIDAÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NA AÇÃO COLETIVA

No que tange a liquidação e execução de sentença no âmbito da ação civil pública, tem-se que a matéria, em linhas gerais, foi superficialmente abortada pela Lei n.º 7.347/85 – artigo 15, apenas – sendo tratada com um pouco mais de especificidade pelos artigos 97 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, porém, restringindo-se ao âmbito dos interesses individuais homogêneos.

Dessa forma, caso haja necessidade de liquidação envolvendo interesses difusos e coletivos, aplicar-se-á o Código de Processo Civil.

Hugo Nigro Mazzilli aponta quatro regras para a liquidação do processo coletivo<sup>18</sup>:

- a) Sendo a ação julgada procedente, sua condenação será genérica, apenas sendo fixada a responsabilidade do réu em reparar o dano causado. (aplicação analógica para os interesses difusos e coletivos, visto apenas positivada quando aos interesses individuais homogêneos)
- b) Havendo a necessidade apenas e tão-somente de apuração aritmética, o processo seguirá os trâmites do artigo 475-J do Código de Processo Civil.
- c) Será por arbitramento a liquidação quando convencionado pelas partes ou se a natureza do objeto assim o exigir (exemplo: danos morais).
- d) Será por artigos se o valor do dano necessitar de apuração por meio de provas, sendo que tanto a extensão do dano como as suas consequências deverão ser apuradas, ou seja, dever-se-á verificar o dano, sua extensão, o nexo de causalidade e o *quantum* a ser pago.

Agora, no que tange a legitimidade para promover a liquidação da sentença coletiva, tem-se que todos os legitimados são capazes de fazê-lo em razão de sua competência disjuntiva, sendo uma faculdade dos legitimados, mas um dever do Ministério Público.

De toda forma, em que pese restrito ao procedimento de execução, merece também ter interpretação analógica o artigo 15 da LAPC a fim de que a liquidação de sentença seja, nos primeiros sessenta dias a contar do trânsito em julgado, possível de ser requerida apenas pelo legitimado que ingressou com a ação coletiva, passando, a partir daí, ser uma faculdade dos demais e um dever do Ministério Público em promovê-la.

Outrossim, caso a demanda coletiva verse sobre interesses individuais homogêneos ou coletivos *stricto sensu*, a liquidação deverá se dar pela vítima do

---

<sup>18</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. In op. cit. p. 536



evento danoso, sendo que os demais colegitimados apenas poderão fazê-lo após decorrido o prazo de um ano do trânsito em julgado da sentença condenatória nos exatos termos do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, tem-se que, no que tange a liquidação da sentença no âmbito dos interesses individuais homogêneos, a legitimidade dos sujeitos presentes no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor vê-se subsidiária, devendo, inclusive, lembrar-se que a isenção de custas característica do processo coletivo não beneficiará o legitimado lesado que ingressar na demanda apenas na fase de liquidação e execução<sup>19</sup>.

Havendo a presença de mais de um interesse envolvido – exemplo de dano ambiental em que há o interesse difuso e individual homogêneo de uma comunidade local – a liquidação se dará em conjunto, ou seja, os particulares lesados liquidarão o dano decorrente de seus interesses individuais quando que os demais colegitimados promoverão a liquidação do dano pertinente ao interesse difuso e/ou coletivo, o mesmo valendo para execução.

Faz-se importante destacar que existe certa divergência a respeito do alcance da liquidação individual e a consequente abrangência do transporte *in utilibus* da coisa julgada.

Isso porque, como bem destaca Tiago Figueiredo Gonçalves, existe forte corrente doutrinária (Arruda Alvim, Ada Pellegrini, Cândido Rangel Dinamarco, Rodolfo de Camargo Mancuso) no sentido de que esta liquidação não visa apenas à comprovação do *quantum debeat*, mas também a do *an debeat* e a legitimidade ativa a fim de se apurar se o sujeito possui condições de figurar como vítima do evento danoso. Da mesma forma que também há doutrinadores de peso que defendem pela não necessidade de demonstração do *an debeat*, visto que a existência do dano já estaria caracterizada pela condenação genérica da demanda coletiva<sup>20</sup>.

Com a devida vênia ao pensamento dissidente, aparenta possuir maior razão aqueles que sustentam pela necessidade de demonstração também do *an debeat*, pois a sentença coletiva apenas reconhecerá um dano de caráter geral, não sendo por menos que a própria liquidação carregará consigo certos ares de processo de conhecimento que terá por base a sentença genérica que servirá de auxílio para que o julgador encontre uma maior facilidade diante de seu processo cognitivo.

Por fim, no que tange a competência, tem-se que, por força do artigo 98, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, é competente, em caso de interesses coletivos ou difusos, o foro do local onde tramitou a demanda coletiva.

Em se tratando de execução individual, o foro competente será o do domicílio do liquidante, ou no juízo da liquidação ou da condenação<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. In. Op. cit. p. 541-542.

<sup>20</sup> GONÇALVES, In A Liquidação de Obrigação Imposta por Sentença em Demanda Metaindividual. Em Processo Civil Coletivo. Coord: Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 421

<sup>21</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. In op. cit. p. 546

## 10 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como se sabe, o Ministério Público possui papel de notória relevância no âmbito da Ação Civil Pública, não sendo, por menos que, a luz do artigo 129, III da Constituição Federal, se encontrar a promoção de demandas para proteção de direitos difusos coletivos em sentido lato como uma de suas funções institucionais.

Antes mesmo da promulgação de nossa Carta Política, a relevância da atuação do *Parquet* já se mostrava presente desde a redação original da Lei n.º 7.347/85, que além de figurá-lo como um dos legitimados ativos à propositura da ação civil pública, determinava que o MP atuasse em toda e qualquer demanda coletiva, seja como parte, seja como *custos legis*, nos exatos termos de seu artigo 5º, I e § 1º, respectivamente.

Contudo, a interpretação literal dos dispositivos em comento não se mostra a melhor a ser seguida, visto não se mostrar coerente que o Ministério Público atue, efetivamente, em toda e qualquer demanda coletiva, mas sim naquelas em que há um efetivo interesse social envolvido.

Deve-se, portanto, haver um nexo de causalidade entre o interesse envolvido e a figura do ente legitimado, sendo este, inclusive, um entendimento que merece extensão a todos os colegitimados à promoção da ação civil pública.

Dessa forma, deve o Ministério Público, a fim de atuar na demanda coletiva, seja como autor, seja como fiscal da lei, comprovar a relevância social do interesse envolvido no objeto litigioso, o que, conforme entendimento jurisprudencial pátrio, ocorre com os interesses difusos, mas encontra certa dificuldade de verificação nos interesses individuais homogêneos.<sup>22</sup>

Nesse viés, salutar é transcrever o entendimento do professor Kazuo Watanabe, que, com toda razão, afirma ter o Ministério Público um papel saliente, *“não somente em razão de sua função institucional (art. 129, III da CF), o que faz supor melhor preparo de seus membros, como também em virtude da efetiva liderança que vem assumindo, na prática, no ajuizamento de ações coletivas. É preciso evitar que o parquet perca a importância de sua função institucional por eventual vedetismo de qualquer de seus membros, que faça do inquérito civil ou das ações coletivas instrumentos de sua projeção pessoal ou até mesmo de alguma pressão irrazoável ou em virtude ainda da incorreta conceituação dos interesses ou direitos difusos ou coletivos, o que o leve a propor demandas que veiculem interesses eminentemente privados, sem qualquer relevância social”*.<sup>23</sup>

Em consonância com esta citação, inclusive, se encontra a Súmula n.º 07 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo que contém a seguinte redação:

---

<sup>22</sup> COSTA, Susana Henrique da.. In Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular. Comentários ao art. 5º da Lei da Ação Civil Pública. Coord. Susana Henriques da Costa. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2006. p. 393-394

<sup>23</sup> WATANABE, Kazuo. In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 816

“*Súmula 07, do CSMP: O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou o acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão de lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico*”.

Ou seja, deve o *Parquet* atuar onde realmente há uma relevância social envolvida, pois a defesa deles cabe por sua parte, não podendo, portanto, agir em defesa de interesses patrimoniais de pequenos grupos particulares, por exemplo.

Outrossim, agora no que tange à execução coletiva prevista pelo artigo 15 da LACP, positiva-se não só a atuação do Ministério Público durante a fase cognitiva da demanda coletiva, mas também durante sua execução e satisfação, pois, enquanto a execução se mostra uma faculdade aos demais legitimados, ao MP se impõe um dever de atuação, em razão de sua premente função institucional de proteção aos interesses difusos e coletivos amplamente considerados (art. 129, III da CF).

Tamanha a relevância de tal dever institucional que, caso o Ministério Público manifeste certa inércia em promover a liquidação ou execução coletiva, o Juízo que proferiu a sentença coletiva transitada em julgado deverá comunicar o gestor do Fundo de Direitos Difusos e Coletivos para que se veja provocado um membro do *Parquet* a fazê-lo, por força do artigo 11 do Decreto n.º 1.306/94.

Da mesma forma, nada impede que se veja apurada eventual prática de ato de improbidade administrativa por parte do *Parquet*, sem prejuízo de eventual indenização caso, em razão da morosidade em promoção da fase executiva, a reparação dos bens lesados se veja inadequada ou insuficiente, nos moldes do artigo 5º, LXXVIII<sup>24</sup> e 37, § 6º da Constituição Federal.

## **11 FUNDO DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS E A ADMINISTRAÇÃO E DESTINAÇÃO DOS VALORES PROVENIENTES DAS EXECUÇÕES COLETIVAS DE DANOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

Diante da execução da sentença transitada em julgado no âmbito da ação coletiva, tem-se que, em sendo ela promovida por um dos colegitimados à propositura da ação civil pública, os valores lá captados serão remetidos ao Fundo de Direitos Difusos e Coletivos a que se referem os artigos 13 e 20 da Lei n.º 7.347/85 com o intuito de que tais recursos venham a servir para reparação dos bens lesados.

Os Fundos, os quais deverão ver-se presentes em escala estadual e federal, devem ser geridos por um Conselho – Federal ou Estadual – tendo como representantes, necessariamente, o Ministério Público, além de representantes da comunidade, devendo ser regulamentados pelos governos estadual e federal,

---

<sup>24</sup> CORRÊA, Fabio Peixinho Gomes. In In Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular. Comentários ao art. 13 da Lei da Ação Civil Pública. Coord. Susana Henriques da Costa. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2006. p. 519

respectivamente, como bem determina o artigo 20 da LACP.

O legislador brasileiro, a fim de trazer uma maior efetividade à execução dos danos individuais homogêneos, objeto de ação coletiva, tomou por base o sistema do *Fluid Recovery* e do *Cercla Superfund*, ambos presentes no direito norte-americano.

Por *Fluid Recovery*, entende-se como sendo o método de distribuição dos valores que não foram utilizados ou destinados por um dado grupo de pessoas lesadas. Mais comumente, os valores decorrentes do *Fluid Recovery* são utilizados de forma residual a fim de se atingir e reparar, ainda que indiretamente, o maior número possível de lesados<sup>25</sup>.

Como bem conceitua Rodolfo de Camargo Mancuso, trata-se o *Fluid Recovery* do “resíduo pecuniário pelo qual não se interessam os consumidores individuais”<sup>26</sup>.

Assim, de um modo um tanto quanto similar ao nosso, o direito norte-americano por reconhecer a dificuldade de identificação e localização de um grupo de lesados, admite que os valores atinentes à condenação não utilizados ou não destinados aos lesados diretamente se vejam aplicados em benefício do “*next best*”<sup>27</sup>.

De toda sorte, os valores provenientes do *fluid recovery* são provenientes exclusivamente de condenações judiciais, sendo que sua destinação não é previamente estipulada, podendo ser um desconto em determinado produto ou no financiamento de dado projeto que poderá beneficiar a classe lesada.<sup>28</sup>

Salienta-se, inclusive, que este remédio será, eventualmente, utilizado para fins outros que não a reparação pecuniária, mas de modo conexo aos interesses da coletividade, como a tutela do meio ambiente ou dos consumidores<sup>29</sup>.

O *Cercla Superfund*, por sua vez, possui natureza administrativa, visto que os valores lá depositados não decorrem de demandas judiciais, mas sim de um regime de responsabilidade civil e tributação. Tal fundo se vê utilizado em situações puramente emergenciais, em especial para remoção de pessoas em casos de solo contaminado, água, ar, necessidade de limpeza de dadas localidades etc. Não havendo a prévia identificação dos causadores do dano, o *superfund* realizará tais despesas, mediante posterior ressarcimento por parte do causador<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> KARAS, Stan. In *The Role of Fluid Recovery in Consumer Protection Litigation: Kraus v. Trinity Management Services*, 90 Cal. L. Rev. 959 (2002). Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol90/iss3/10>. Acesso em 12/11/2012.

<sup>26</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. In *Manual do Consumidor em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 189.

<sup>27</sup> McCALL, James R. In *Greater Representation for California Consumers — Fluid Recovery, Consumer Trust Funds, and Representative Actions*. Disponível em: <http://library.uchastings.edu/repository/McCall/46HastingsLJ797.pdf>. Acessado em 12/11/2012.

<sup>28</sup> DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi. In *Fundo Federal de Reparação de direitos difusos (FDD): Aspectos Atuais e Análise comparativa com Institutos Norte-Americanos*. Encontrado em *Revista de Direito Ambiental*, vol. 38, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 124

<sup>29</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. In *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 8ª edição. 2005. p. 893.

<sup>30</sup> DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi. In op. cit.

Diferentemente do direito norte-americano, em que há, na sentença coletiva, uma quantificação e liquidação do dano, em nosso sistema, o bem tutelado continua indivisível fazendo com que a condenação seja genérica. Porém, isso não impediu que o legislador pátrio absorvesse esta ideia da reparação fluída.

Assim, através da redação do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, permitiu que, caso não surgissem lesados individuais interessados em liquidar a sentença coletiva, poderiam, passado um ano de seu trânsito em julgado, os colegitimados à demanda coletiva fazê-lo por meio de uma amostragem tendo por base o dano causado de uma maneira global, sendo que os valores seriam destinados ao Fundo de Direitos Difusos e Coletivos de que tratam os artigos 13 e 20 da Lei n.º 7.347/85.

Tem-se, portanto, que, no que tange ao Fundo Federal de Direitos Difusos e Coletivos, tal se mostra regulamentado por quatro diplomas legais, sendo eles: a Lei da Ação Civil Pública (art.s 13 e 20); o Código de Defesa do Consumidor (art. 100); o Decreto Presidencial n.º 1.306/94 e a Lei n.º 9.008/95, além de uma série de portarias e resoluções administrativas do próprio Ministério da Justiça<sup>31</sup>.

Pois bem. Conforme dito acima, tem-se que, por força do artigo 13 da LACP, em se tratando de execuções em escala coletiva, os valores atinentes às condenações judiciais serão revertidos ao Fundo, seja ele federal ou estadual.

Contudo, o que ocorrerá se a execução se der nos moldes do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, em caso de ação civil pública envolvendo direitos individuais homogêneos sem, passado um ano do trânsito em julgado, habilitação executiva de vítimas suficientes do evento danoso?

Como se sabe, o artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, ao permitir que os colegitimados arbitrem e executem a indenização individual homogênea e destinarem os valores executados ao Fundo, realiza uma dupla função: (i) efetividade da ação civil pública; (ii) impedir que o causador do dano venha a incidir em um *bis in idem* ao ter de pagar em duplicidade por um mesmo dano, vez que as vítimas que surgirem irão buscar os valores diretamente do Fundo.

Porém, e se o valor pago diretamente ao Fundo se mostrar insuficiente à reparação de todas as vítimas do evento que vierem a surgir oportunamente na execução? Estaria o causador do dano isento de seu dever indenizatório por já haver pago a quantia que os legitimados entenderam por necessária a amparar os direitos individuais homogêneos? E ainda: qual destinação a ser dada aos valores provenientes de arbitramento de dano individual homogêneo, depositados aos cuidados do Fundo?

Tem-se que, em que pese à existência de entendimento doutrinário em sentido contrário, caso o valor pago ao Fundo se mostre insuficiente para se vir reparadas todas as vítimas individuais do evento, o causador do dano não se veria

---

<sup>31</sup> SILVA, Paulo Eduardo da. In Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular. Comentários ao art. 20 da Lei da Ação Civil Pública. Coord. Susana Henriques da Costa. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2006. p. 493

exonerado de seu dever indenizatório, devendo ele vir-se executado a fim de pagamento do saldo remanescente.

Isso porque, conforme se é cediço, a sentença coletiva, ao determinar, genericamente, que o dano veja-se integralmente reparado, não admitiria que tal se desse por mera amostragem, principalmente se considerada a relevância e dimensão do interesse metaindividual envolvido.

O argumento, inclusive, ganha força caso se esteja diante de uma ofensa ao consumidor, o qual, por força de expressa disposição legal do artigo 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor, merece ver-se integral e efetivamente reparado.

Dessa maneira, em razão da natureza e relevância do instituto e dos direitos envolvidos, o artigo 100 passaria a desenvolver uma terceira função, qual seja, a de assegurar um piso mínimo à reparação dos direitos individuais homogêneos, não devendo haver, portanto, qualquer óbice que impeçam as vítimas individuais de promoverem a execução do saldo remanescente caso o montante destinado ao Fundo se mostre insuficiente.

Além mais, deve-se também ter em mente que, conforme já abordado em momento anterior, em razão da teoria da coisa julgada *secundum eventum litis*, o provimento jurisdicional obtido em uma ação coletiva em momento algum pode agir em prejuízo do indivíduo, principalmente se consideradas as frágeis modalidades de publicação de demandas coletivas, muitas das quais são propostas, transitam em julgado e jamais veem a cair no conhecimento popular.

Outrossim, se até mesmo em caso de improcedência (menos), não há prejuízo ao intento de uma demanda individual para discussão do mesmo assunto novamente, porque não permitir que, em caso de procedência, não possa a vítima intentar a via executiva à plena satisfação de seu crédito?

Assim, tem-se que o artigo 100, ao fixar um piso mínimo, acaba por permitir que a demanda coletiva que envolva o interesse individual homogêneo não se mostre inócua, viabilizando e efetivando o dever indenizatório ao causador do dano, não podendo, nesse mesmo viés, impedir que os valores efetivamente devidos vejam-se exauridos por meio de um arbitramento por parte dos colegitimados à demanda coletiva, os quais poderão, inclusive, nunca haver tido um contato direto com a efetiva proporção do evento.

Da mesma forma, cumpre-se também admitir a possibilidade de haver um raciocínio inverso, ou seja, de se permitir que o causador do dano venha a resgatar do Fundo o montante que tivera de pagar em excesso caso venha a demonstrar, de modo indubitável, que todos os indivíduos lesados se viram efetivamente reparados e que ainda há, junto ao Fundo, um valor sobressalente.

Agora, no que tange ao outro questionamento, ou seja, a destinação a ser dada aos valores provenientes do arbitramento feito pelos colegitimados à ação civil pública cujo objeto abrange direitos individuais homogêneos nos moldes do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, tal demanda uma análise um pouco mais delicada.

Isso porque, conforme dito acima, o Fundo de Direitos Difusos e Coletivos possui por objetivo fazer uso dos valores lá depositados com o intuito de reparar o bem lesado, além de outros objetivos descritos no artigo 6º e incisos do Decreto n.º 1.306/94.

Lembra-se, inclusive, que a hipótese arrecadatória do artigo 100 do diploma consumerista encontra previsão no artigo 2º, III do aludido Decreto, não se tratando, portanto, de situação *sui generis* ou excepcional de destinação de montantes ao Fundo.

Mas os valores provenientes de dano individual homogêneo poderão ser destinados a quaisquer destinações, sem qualquer critério? O que seria do patrimônio do indivíduo lesado caso os valores arrecadados já tiverem sido gastos em outros projetos?

A solução a estas perguntas encontra uma resposta no artigo 7º e parágrafo único do dito decreto, ao determinar que os valores arrecadados deverão ser utilizados de modo relacionado à natureza da infração ou dano causados, bem como que os recursos deverão ser prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que possível.

Dessa maneira, os valores provenientes de danos individuais homogêneos devem ser utilizados para reparação destes mesmos danos individuais homogêneos, nem mais, nem menos, até mesmo porque, em última análise, os valores foram destinados ao Fundo em razão de não haverem, em um primeiro momento, surgido lesados em montante compatível com a gravidade do dano, tendo sido promovida a execução por arbitramento desses valores para se assegurar um mínimo de efetividade/utilidade à prestação jurisdicional oriunda da ação coletiva.

Além mais, não se deve esquecer que os meios de comunicação e publicação da existência de uma demanda coletiva, bem como de seu julgamento favorável à coletividade, são deveras precários, não sendo, portanto, razoável, dar destinação diversa aos valores além da reparação específica das vítimas individuais.

Contudo, isso não significa dizer que se deve aguardar eternamente pela habilitação de eventuais lesados, mas sim que deve-se aguardar enquanto puder o lesado fazer exigir este seu direito de crédito, vamos assim denominá-lo, ou seja, até escorrido o prazo prescricional.

Este entendimento mantém salvaguarda no artigo 8º do Decreto 1.306/94, que, ao tratar do concurso de créditos entre os valores decorrentes de indenização coletiva e individual afirma que a destinação destes será sustada enquanto as demandas individuais estiverem em trâmite, visto ser prioridade a reparação individual.

Assim, tem-se que os valores decorrentes de danos individuais homogêneos arrecadados ao Fundo não poderão ser destinados a outros senão aos próprios indivíduos lesados, devendo, portanto, o gestor do Fundo administrar este montante até que transpassado o prazo prescricional, momento em que poderão ser utilizados a quaisquer dos objetivos trazidos pelo artigo 6º e incisos do mencionado Decreto.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, Cassio Scarpinela. *In Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Direito Processual Coletivo e Direito Processual Público. Vol. 2. Tomo III. 1ª edição.* São Paulo: Saraiva. 2010.

COSTA, Susana Henrique da (coord.). *In Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular. 1ª edição.* São Paulo: Quartier Latin. 2006.

DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi. *In Fundo Federal de Reparação de direitos difusos (FDD): Aspectos Atuais e Análise comparativa com Institutos Norte-Americanos.* Encontrado em Revista de Direito Ambiental, vol. 38, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

FILHO, Vicente Greco. *In Direito Processual Civil Brasileiro. Vol. 2. 20ª edição.* São Paulo: Saraiva. 2009.

GONÇALVES, *In A Liquidação de Obrigação Imposta por Sentença em Demanda Metaindividual.* Em Processo Civil Coletivo. Coord: Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco. São Paulo: Quartier Latin. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *In Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª edição.* Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2005.

\_\_\_\_\_. *In Os processos Coletivos nos países de Civil Law e Common Law. 2ª edição.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

KARAS, Stan. *In The Role of Fluid Recovery in Consumer Protection Litigation: Kraus v. Trinity Management Services, 90 Cal. L. Rev. 959 (2002).* Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol90/iss3/10>. Acesso em 12/11/2012.

LENZA, Pedro. *In Teoria Geral da Ação Civil Pública. 3ª edição.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *In Ação Civil Pública – Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/85 e legislação complementar. 11ª edição.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

\_\_\_\_\_. *In Manual do Consumidor em Juízo.* São Paulo: Saraiva, 2001.



MAZZILLI, Hugo Nigro. *In A defesa dos interesses difusos em juízo*. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

McCALL, James R. *In Greater Representation for California Consumers — Fluid Recovery, Consumer Trust Funds, and Representative Actions*. Disponível em: <http://library.uchastings.edu/repository/McCall/46HastingsLJ797.pdf>. Acessado em 12/11/2012.

PIZZOL, Patricia Miranda. *In Coisa Julgada nas Ações Coletivas*. Disponível em <[http://www4.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo\\_patricia.pdf](http://www4.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf)> Acessado em 03/11/2012

SOUZA, Motaury Ciocchetti de. *In Ação Civil Pública – competência e efeitos da coisa julgada*. 1ª edição. São Paulo: Malheiros. 2003.



# O IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS À LUZ DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS

## THE TAX GREAT FORTUNES IN THE CONSTITUTIONAL TAX PRECEPTS

*Vinicius de AGUIAR\**

**SUMÁRIO:** 1 Origens do imposto sobre grandes fortunas; 2 O imposto sobre grande fortunas no Brasil; 2.1 Aspectos positivos do imposto sobre grandes fortunas; 2.2 Aspectos negativos do imposto sobre grandes fortunas; 2.2.1 Dificuldades em definir “grande fortuna”; 2.2.2 Desestímulo aos capitais; 2.2.3 Altos custos de administração e arrecadação inócua; Considerações finais; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** O presente estudo trata do Imposto sobre Grandes Fortunas, previsto no artigo 153, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, que apesar da previsão constitucional, não foi instituído até a atualidade, apesar de diversos projetos de lei apresentados ao Congresso Nacional. Nesta linha, tem como objetivo primordial estipular justificativas e razões para a não instituição do imposto sobre grandes fortunas no Brasil. Para fins de que se alcance tais objetivos, inicialmente, o trabalho faz alusão à história dos tributos como um todo, tratando de sua evolução na sociedade, além de dispor quanto a variados preceitos constitucionais tributários, tais como as imunidades e princípios tributários, além do que concerne ao poder de tributar do exercido pelo Estado. Sob a ótica destes preceitos constitucionais tributários, num segundo momento, busca-se a pormenorização das características do imposto em questão, traçando um paralelo entre o mesmo e diversos princípios atuantes no sistema jurídico tributário pátrio, a fim de que sejam especificados os principais elementares e regramentos a serem aplicados quando de uma eventual instituição. Por fim, sob a ótica de estudos e experiências internacionais, além da crítica doutrinária e análise ao próprio sistema tributário pátrio, este estudo almeja expor as principais divergências existentes quanto às conveniências e inconveniências da instituição do imposto sobre grandes fortunas na ordem tributária atual, concluindo pela sua impossibilidade, por diversos motivos de ordem técnica e ideológica.

---

\* Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – Centro de Ciências Sociais Aplicadas – campus de Jacarezinho/PR. E-mail: [vnaguiar@hotmail.com](mailto:vnaguiar@hotmail.com). Artigo submetido em 16/10/2013. Aprovado em 04/01/2014.

**PALAVRAS-CHAVE:** imposto sobre grandes fortunas; constituição; projetos de lei; baixa arrecadação; inconveniência.

**ABSTRACT:** The present paper analyzes the Wealth Tax listed on Article 153, VII, of the Federal Constitution, that hasn't been created yet despite of the constitutional prevision and the several law projects that were presented to the National Congress. In this way this paper aims to present reasons and justifications to the lack of Wealth Tax creation in Brazil. To reach the goals proposed first the paper traces considerations about the tax history addressing its evolution in the society, and discuss about various constitutional tributary precepts as well as immunities, tributary principles and the power to tax that is developed by the State. In this view, in a second moment the paper analyzes the characteristics of the Wealth Tax considering the Brazilian tributary principles in order to specify the main ones and the rules to be applied in case of its creation. At last, under the view of international studies and experiments, and also considering doctrinaire criticism to the Brazilian tributary system, this paper aims to present the main divergences about the convenience or the inconvenience of creating Wealth Tax, which allowed reaching the conclusion, based on technical and ideological arguments, that is impossible to institute it.

**KEYWORDS:** Wealth Tax; Constitution; Law projects; Low tax revenues; Inconvenience.

## **1 ORIGENS DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS**

No início da história da humanidade, o homem vê a necessidade de unir-se a seus semelhantes para fins de proteção e sustento. Assim, dá-se início às primeiras manifestações das sociedades humanas, pela qual cada um de seus membros atua pelo bem e continuidade de tal coletividade, a fim de que esta atue provendo sua alimentação, moradia e segurança. Portanto, a característica marcante das sociedades é a colaboração de cada um de seus membros pelo bem de tal coletividade. Diante disto, quando da consolidação do poder de comando destas sociedades, vê-se a necessidade de esta colaboração tornar-se uma prestação, determinada e obrigatória. Desta forma, nascem os tributos.

Os tributos, no decorrer da história, têm sido usados com as mais diversas finalidades, sempre espelhando as principais características socioeconômicas de cada nação. Desta forma, a mais marcante destas finalidades é, sem sombra de dúvidas, a imposição da submissão de muitos a poucos detentores do poder.

No entanto, com a evolução das sociedades e consolidação do Estado à luz de um sistema jurídico, faz-se necessário que as finalidades da tributação sejam modificadas, passando o tributo a ser meio de alcance de uma justiça social e fiscal.

Por sua via, à luz de novos ideais e de novas realidades socioeconômicas,

surge a ideia da tributação atuante especificamente sobre os detentores de grandes fortunas, a fim de que fosse alcançada, efetivamente, justiça fiscal.

Assim, prevê a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 153, inciso VII, a competência da União para a instituição do imposto sobre grandes. No entanto, apesar de tanto tempo depois de sua previsão constitucional, o mesmo não foi instituído até o momento, apesar de vários projetos de leis apresentados ao Congresso Nacional.

Durante o correr dos anos que sucederam a sua previsão constitucional, discute-se na doutrina, mesmo que de forma modesta, a respeito das conveniências e inconveniências da sua criação no atual sistema jurídico tributário nacional, tomando por base estudos e experiências de outros tantos países que cogitaram a sua instituição. Portanto, justificável torna-se o presente trabalho, posto que na iminência de uma tão aclamada reforma tributária, a criação de um imposto sobre grandes fortunas é cada vez mais discutida.

## **2 O IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS NO BRASIL**

Desde antes da elaboração da Constituição Federal de 1988, ainda à época da Constituinte de 1987, com viés evidentemente inspirado pelas políticas ditas sociais, tomando como modelo a experiência francesa, exaltam-se no mundo jurídico e político diversas opiniões a respeito da conveniência ou não da instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas. Aliás, da mesma opinião compartilham Vidal e Locatelli:

A introdução desta espécie de tributação sintética sobre o patrimônio se deu no calor dos debates que permearam a Assembléia Nacional Constituinte durante os anos de 1987 e 1988. À época, principalmente influenciada pelas ideologias socializantes, foi o tributo espelhado no modelo francês, que já o tinha no ordenamento fiscal desde 1982. (MARTINS; LOCATELLI, 2008, p.138).

Logo em seguida, com a sua promulgação, a Constituição Federal de 1988 passou a prever no seu artigo 153, VII, o aludido imposto alvo deste estudo. Segundo tal dispositivo constitucional, “compete à União instituir impostos sobre grandes fortunas, nos termos de lei complementar”. Ou seja, a eficácia constitucional do referido dispositivo está limitada a não existência de regulamentação infraconstitucional, qual seja, por uma lei complementar.

Desde então, o assunto tem sido alvo não apenas de projetos de lei complementar, mas também de discussões sobre as conveniências e inconveniências da instituição do imposto sobre grandes fortunas no sistema tributário pátrio. Já no ano seguinte à promulgação da atual Constituição, em 1989, foram apresentados ao Congresso Nacional alguns projetos de lei complementar referente à instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas. O primeiro deles foi de autoria do então

deputado Juarez Marques Batista, sob nº 108/1989. Projeto este que veio ser apensado ao projeto de lei parlamentar apresentado pelo então senador Fernando Henrique Cardoso, sob nº 202/1989.

Hoje, este Projeto de Lei Parlamentar nº 202/1989, de autoria do ex-senador Fernando Henrique Cardoso, é o único que se encontra “pronto para a ordem do dia” (desde o dia 06 de dezembro de 2000) (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1989 a, online). Aliás, tal projeto de lei conta com diversos anexos, entre eles, o Projeto de Lei Parlamentar nº 108/1989, do deputado Juarez Marques Batista. Os outros projetos que lhe foram anexados são: o Projeto de Lei Parlamentar 208/1989; o Projeto de Lei Parlamentar nº 218/1990, de autoria do ex-presidente Fernando Collor de Mello e o Projeto de Lei Parlamentar nº 268/1990, de autoria do deputado Ivo Cersósimo.

Inclusive, recentemente a Proposta de Emenda Constitucional nº 233/2008, tão aclamada, posto que vise à reforma do sistema tributário pátrio, recebeu proposta de emenda, no sentido que viesse a ser instituída por meio dela uma contribuição sobre grandes fortunas.

De acordo com Vidal e Locatelli:

Acrescentar-se-ia ao rol das contribuições sociais vigentes, como nova fonte de custeio da seguridade social, a denominada “contribuição” sobre grandes fortunas em substituição ao “imposto” sobre grandes fortunas, como forma de redução das desigualdades sociais e distribuição de renda. (MARTINS; LOCATELLI, 2008, p. 152).

Ou seja, a partir do momento que uma possível reforma tributária venha a ser colocada em prática, tem referida proposta de emenda o objetivo de excluir do texto constitucional a referência ao Imposto sobre Grandes fortunas, nos termos do artigo 153, inciso VII, a fim de que seja prevista uma “contribuição sobre grandes fortunas”. Com isso, muitos dos bens e patrimônios que viriam a ser tributados pelo imposto e, possivelmente, vítimas de uma bitributação, passariam a ser alvo de uma dita contribuição sobre grandes fortunas, sem que houvesse mais dificuldades neste aspecto.

No entanto, até a presente data, a PEC nº 233/2008 não conta com qualquer emenda aprovada.

Por mais diversos que tenham sido os projetos de lei apresentados perante o Poder Legislativo, até hoje referido imposto não foi regulamentado e implementado no Sistema Tributário brasileiro. Este, também, é o parecer da Comissão de Finanças e Tributação, quando da apresentação de Substitutivo ao Projeto de Lei Complementar nº 277/2008, pelo então Deputado Federal João Dado:

De fato, apesar de constar em abstrato no texto constitucional há quase vinte anos, a tributação sobre os grandes patrimônios permanece inédita na realidade institucional do País, jamais logrou ultrapassar aquele patamar

de mera declaração de princípios programáticos. Recomenda a prudência, em tal caso, cautela na sua implantação, até para que seja possível avaliar coetaneamente os resultados, assim como os efeitos sobre a economia do País. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2008, *online*).

Aqueles que o defendem, agarram-se à promessa de uma melhor distribuição de renda e maior aplicabilidade da justiça social, gerando consequentemente redução da pobreza. Tem uma finalidade iminentemente social, causando, inclusive, um aspecto dito nobre. Tal finalidade, aliás, rendeu a tal tributo o apelido de “imposto Robin Hood”, posto que tiraria as riquezas dos ricos e distribuiria, de forma indireta, aos pobres, proporcionando um balanceamento na distribuição de rendas e riquezas.

Já aqueles que são contra, pautam-se, basicamente, nas diversas experiências internacionais, prevendo que as mesmas mazelas previstas ou sofridas pelos países que o instituíram seriam sofridas pelo Brasil. A difícil administração, acompanhada de uma arrecadação inócua e não significando, além do desestímulo à acumulação de capitais em solo pátrio tomam a frente das mais aludidas justificativas contra a regulamentação de tal imposto no país.

## **2.1 Aspectos positivos do imposto sobre grandes fortunas**

Um dos grandes objetivos do imposto sobre grandes fortunas é, sem dúvidas, de cunho social, qual seja favorecer a distribuição de rendas e consequentemente, a justiça fiscal e social. Busca-se do enorme patrimônio ostentado por alguns a receita tributária necessária para que venha a ser aplicada na distribuição de riquezas. Aliás, este é o alicerce a que se sustentam os defensores do imposto sobre grandes fortunas e sua regulamentação e instituição no país, sendo o objetivo aludido em todos os Projetos de Lei Complementar apresentados até hoje sobre o mesmo.

Desta forma, dizem Vidal e Locatelli que:

Após inúmeras tentativas de implementação do IGF no País, é importante observar que todos os projetos acima citados, bem como a proposta de emenda à PEC 233/2008, sempre apresentam como justificativa principal para sua instituição a redução das desigualdades sociais, uma vez que, segundo estes, a tributação sintética do patrimônio seria um mecanismo eficiente de redistribuição de renda. (MARTINS; LOCATELLI, 2008, p. 155).

Igualmente, embasando-se em estudos de Jean-Claude Martinez e Pierre di Malta, diz André Luiz Fonseca Fernandes sobre as vantagens sociais da tributação sintética:

[...] o imposto seria justificável por considerações de justiça [...]. Ele permitiria alcançar uma *equidade horizontal e vertical* no meio social. Equidade horizontal por garantir a tributação equivalente da capacidade contributiva fundada no patrimônio e da capacidade contributiva fundada na renda. Equidade vertical, por limitar a acumulação de riquezas, favorecendo a repartição desta e a redução da desigualdade. (FERNANDES, 2005, p. 25-26)

Assim, a instituição de tal imposto sobre o patrimônio estimularia a realização da equidade, tanto em seu aspecto horizontal, respeitando-se o princípio da capacidade contributiva, tributando mais aqueles que detêm mais bens e riquezas, assim como em seu aspecto vertical, permitindo, através da arrecadação, uma melhor distribuição de rendas e riquezas, além da possível diminuição das desigualdades sociais, tão marcantes no Brasil e reconhecidas no quadro internacional.

Aliás, em todos os projetos de lei elaborados e que visam à regulamentação e à instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas, usa-se como justificativa a distribuição de renda, diminuição das disparidades socioeconômicas e a consecução da justiça social.

De fato, alude-se que se faria justo tributar de forma mais gravosa aqueles detentores de grandes fortunas, a fim de que estes, com seus grandes e suntuosos patrimônios, viessem a financiar o Fisco na busca de uma maior e melhor distribuição de rendas e riquezas, alcançando, finalmente, a justiça fiscal e social. Tal justificativa é atraente, afinal, combater a pobreza e permitir a equidade, principalmente no que se refere à distribuição de rendas e incidência tributária, vai ao encontro de diversos princípios tributários, além de vários objetivos da Constituição Federal.

A propósito, sabe-se que boa parte das riquezas do Brasil é detida por uma pequena parcela da população, e isso evidencia a péssima distribuição de rendas e riquezas pela qual o país é tão conhecido internacionalmente.

Julio Vilaverde diz:

Os 10 por cento mais ricos da população brasileira detêm mais de 75 por cento da riqueza do país e têm uma carga tributária proporcionalmente menor, o que agrava o quadro de desigualdade social, segundo estudo divulgado na quinta-feira pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). (VILAVERDE, 2008, *online*).

Evidente que as discrepâncias relacionadas à distribuição de rendas e riquezas no Brasil são gritantes. Ademais, vão à via totalmente oposta aos objetivos sociais esculpados na Constituição Federal de 1988, ainda mais quando se diz respeito à aplicação da incidência tributária.

Aliás, os objetivos fundamentais do Estado brasileiro vêm dispostos no artigo 3º da Constituição Federal, como se segue:



Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais.

Este também é o objetivo principal atribuído pela Constituição Federal diretamente ao referido imposto, segundo dispõe o artigo 80, inciso III dos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias, da forma que se segue:

Art. 80. Compõem o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza:

III - o produto da arrecadação do imposto de que trata o art. 153, inciso VII, da Constituição;

Portanto, a finalidade precípua quanto à destinação da arrecadação do imposto sobre grandes fortunas é o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, reafirmando o viés social do tributo em questão. Tal destinação tem a finalidade de diminuir as desigualdades sociais, além de proporcionar uma melhor distribuição de rendas e riquezas. Sob uma perspectiva genérica, tem como objetivo maior a consecução do bem comum.

Aliás, verifica-se que a finalidade de todo e qualquer tributo há de ter um cunho social, e a melhor forma de exteriorizar isso é através da diminuição das desigualdades sociais. A aplicação dos tributos com finalidades ditas sociais há de ser priorizada, afinal, é um dos objetivos exteriorizados pelo texto constitucional o alcance do bem comum.

Nas palavras de Mota:

Na verdade, todos os princípios constitucionais tributários conduzem à realização da *justiça tributária* no Brasil, por decorrência da necessária consideração de o sistema tributário nacional estar delimitado pelo sistema constitucional, além de estes sistemas formarem um todo unitário e harmônico. (MOTA, 2010, p. 153).

E complementa o mesmo autor, dizendo que “no Brasil, a Constituição determina seja o tributo utilizado como instrumento de alcance do bem comum.” (MOTA, 2010, p. 98).

Nesta linha, diz Carrazza que:

Um tributo não pode ter outro escopo que o de instrumentar o Estado a alcançar o bem comum. A nosso ver, qualquer exação que não persiga esta finalidade é inconstitucional. Tal se dá com o tributo preordenado a objetivos de ordem privada, como, *e.g.*, o que beneficia uma empresa comercial (que visa, precipuamente, ao lucro de seus acionistas) (CARRAZZA, 2009, p. 76).

Ademais, a tão aludida diminuição das desigualdades sociais iria de encontro à consecução da função social do Estado, que é (ou ao menos deveria ser) o objetivo maior da criação de tributos, e não pura e simplesmente a arrecadação. Ou seja, o Estado, por meio da tributação, há de pautar-se em atingir o bem comum, dando por atingida sua finalidade precípua, qual seja, o bem comum da sociedade que o compõe.

A respeito da função social do Estado, diz Mota *apud* Pasold que:

[...] por ser o Estado uma criatura da Sociedade, a *função social* do Estado contemporâneo deveria ter como destinação a realização da justiça social, de modo que seria instrumento a ser utilizado pela Sociedade para a realização do bem comum ou interesse coletivo, mas que essa questão ‘somente poderá ser convenientemente equacionado caso o Estado seja realmente encarado como instrumento da Sociedade toda, e não apenas de segmentos privilegiados por motivos de ordem econômica ou ideológica. (MOTA *apud* PASOLD, 2010, p. 106).

Assim, anote-se que a extrafiscalidade do Imposto sobre Grandes Fortunas e a função social dos tributos devem andar aos mesmos passos. Afinal, além dos objetivos plenamente arrecadatórios, os tributos hão de ter por fim objetivos além da fiscalidade, seja de intervenção no domínio econômico, seja de intervenção no domínio social. Diante disto, diz Mota que:

Por isso, afirma-se que essas finalidades tributárias [extrafiscalidade] somente se justificam por buscarem cumprir essa *função social*. Por decorrência dessa constatação, pode-se também afirmar que essa *função social* do Estado transcendeu inequivocamente para os tributos gravados por aqueles valores finalísticos adotados pelo legislador infraconstitucional na lei instituidora do tributo, de forma que é decorrência lógica necessária possuir o tributo *função social* no Estado contemporâneo. (MOTA, 2010, p. 108).

No entanto, o mesmo autor já diz que a extrafiscalidade não é a única finalidade de cunho social, e que a função social do Estado deve ser reflexo do tributo, qualquer que seja sua finalidade embasadora. Portanto, dispõe Mota que:

Por outro lado, não há como afastar o nítido liame existente entre a *função social* do tributo e sua finalidade extrafiscal, mas denota-se a necessária observação de que esta se distingue daquela por ser a finalidade extrafiscal um dos principais instrumentos à consecução da *função social*, apesar de essa função poder ser cumprida não apenas por aquela finalidade, mas por qualquer que seja a finalidade embasadora da instituição do tributo, seja

ela fiscal, extrafiscal ou parafiscal. (MOTA, 2010, p. 115).

Portanto, a justificativa para a criação do Imposto sobre Grandes Fortunas, apesar de vir recheada de razões de cunho social e de caráter distributivo, não apresenta novidade alguma, afinal, é o que se espera de todos os tributos a partir do momento que recaem sobre os contribuintes. Ademais, a função social do tributo é o que se espera no Estado contemporâneo, afinal o caráter meramente arrecadatório mostra-se ultrapassado aos moldes socioeconômicos atuais.

Com certeza são muito atraentes tais razões justificadoras da instituição do imposto sobre grandes fortunas, afinal, um tributo que visa tirar dos ricos para dar aos pobres, não se vê todos os dias, ainda mais numa sociedade em que os detentores destas riquezas se confundem com os detentores do poder, seja executivo, seja legislativo.

No entanto, como já expresse anteriormente, não parece saudável a instituição de um tributo com finalidades limitadas a objetivos sociais, posto que as dificuldades de administração, arrecadação e aferição do patrimônio alvo desta incidência não de ser recompensados de forma financeira, por uma arrecadação condizente com os gastos para tal. Neste ponto, nascem as críticas, agravadas por possíveis consequências de difícil reversão, tal como a fuga de capitais, desestímulo à poupança e investimento de capitais em solo pátrio. Impor um imposto de tal magnitude, arraigado apenas a uma justificativa social, é ater-se cegamente a um tributo que, provavelmente, nem mesmo esses aspectos sociais conseguirão dar cabo, como se passa dispor adiante.

## **2.2 Aspectos negativos do Imposto sobre Grandes Fortunas**

No decorrer dos anos, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e conseqüente previsão do Imposto sobre Grandes Fortunas no seu artigo 153, inciso VII, formaram-se nos meios econômico, jurídico e político diversos argumentos desfavoráveis à regulamentação e instituição de referido imposto no Sistema Tributário pátrio.

Conforme leciona Ives Gandra da Silva Martins:

As vantagens do tributo são duvidosas: a de que promoveria a distribuição de riquezas é atalhada pelo fato de que poucos países que o adotaram e terminaram por abandoná-lo ou reduzi-lo a sua expressão nenhuma; a de que desencorajaria a acumulação de renda, induzindo a aplicação de riqueza na produção, que seria isenta de tributo, leva a ferir o princípio da igualdade, possibilitando que os grandes empresários estivessem a salvo da imposição; a de que aumentaria a arrecadação do Estado não leva em conta a possibilidade de acelerar o processo inflacionário por excesso de demanda. (MARTINS, 2008, online).

A maioria destes argumentos toma por base as experiências negativas que diversos países tiveram com impostos similares no decorrer das últimas décadas. Muito além, consideram a alta carga tributária a qual está submetida a população brasileira, de modo geral.

Também, tais críticas consideram as vantagens duvidosas do referido imposto, afinal, a maioria dos argumentos favoráveis à sua instituição limita-se a objetivos de cunho social, considerados insuficientes, tendo em vista os altos gastos previstos com administração, arrecadação e aferição do patrimônio alvo de tal incidência.

Desta forma, conforme dizem Vidal e Locatelli, “é importante observar que praticamente todas as relações sócio-econômicas já sofrem de uma forma ou outra de incidência tributária sob os mais diversos aspectos.” (MARTINS; LOCATELLI, 2008, p. 148).

E complementam:

[...] é possível perceber que a sistemática adotada pelo legislador onera de forma excessiva e eficiente – sob o ponto de vista da arrecadação – a riqueza, na sua circulação, bem como os rendimentos e lucros, não havendo como se justificar a incidência de mais um tributo sobre a renda ou sobre o patrimônio. (MARTINS; LOCATELLI, 2008, p. 148).

Por esta mesma via, afirma diz Francisco Dorneles que:

Ele não é indutor de poupança nem produtor de riqueza, não é disseminador de rendas nem redutor de pobreza. Caso seja elevado, os contribuintes abandonarão os ativos que constituem a sua base de cálculo direcionando-os para ativos poucos perceptíveis ou ocultos. Caso reduzido, sua criação será totalmente inócua (DORNELLES, 1991, online).

E continua Dornelles dizendo:

O imposto sobre grandes fortunas, pelas suas características próprias e seus elementos constitutivos, poderá quando muito penalizar alguns ricos, mas não produzirá resultado algum para melhorar a vida dos pobres. Sob o aspecto da isonomia pode ainda ser dito que o imposto sobre grandes fortunas atingirá exclusivamente os contribuintes cujo patrimônio seja ostensivo e integrado no sistema produtivo e que nada fizeram para subtraí-lo do conhecimento da sociedade ou do fisco. (DORNELLES, 1991, online).

Com efeito, por mais tentador que seja apegar-se às causas sociais da instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas, há de atentar-se para a pesada carga tributária a qual está submetida a população brasileira. Além do mais, seria demasiadamente perigoso permitir que mais esse imposto viesse a recair sobre bens que, de uma forma ou de outra, já foram alvo de alguma forma de tributação,

ocasionando uma possível e temida bitributação, tão condenável pela doutrina pátria.

É o que acontece com as propriedades imóveis urbanas, alvo da incidência do Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana (IPTU); com as propriedades imóveis rurais, alvo do Imposto Territorial Rural; com os automóveis, alvo do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores; ou com os produtos industrializados, tributos pelo Imposto sobre Produtos Industrializados, etc. Patrimônios estes que virão a compor a grande fortuna de determinado contribuinte em potencial do imposto em estudo, passando a ser alvo de uma nova tributação, com fato gerador muito semelhante ao anterior, ocasionando a tão criticada e evitada bitributação.

No mais, é possível distinguir alguns importantes argumentos contra a instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas, desenvolvidos quase a par dos argumentos a favor, expostos anteriormente. Eles serão especificados a seguir.

### ***2.2.1 Dificuldades em definir uma “grande fortuna”***

No que tange às elementares que compõem referido imposto, trata-se de matéria controvertida e baseada, na maioria das vezes, em especulações, afinal, o mesmo não foi instituído na legislação tributária pátria até o momento e, portanto, não há lei regulamentando-o. Percebe-se, numa análise inicial, a grande dificuldade em se identificar tais elementares, sendo a determinação destes, hoje, fruto das meras conclusões possíveis frente à imprecisão constitucional e inexistência de lei infraconstitucional que o regule.

Além da inércia pela qual está eivado o dispositivo constitucional referente ao imposto sobre grandes fortunas, há grande dificuldade quanto à interpretação do mesmo. Tal dificuldade, ao que parece, dá-se quando da conceituação do imposto sobre grandes fortunas, ou melhor, delimitação de suas elementares, afinal, não basta conceituá-lo simplesmente como um “imposto que se aplica às grandes fortunas e que seus termos devem vir definidos por lei complementar”. Assim, considerando a inexistência de lei complementar que defina os termos do referido imposto, como a inércia do dispositivo constitucional que do mesmo trata, há enorme dificuldade em estabelecer parâmetros de aplicação, resumindo-se em grande parte pela interpretação a ser aplicada à expressão “grandes fortunas”.

Como dizem Garcia e Souza:

O substantivo “fortuna”, que já em si é sinônimo de riqueza, ao ser qualificado pelo adjetivo “grande”, exige mais do que um patrimônio um pouco acima da média nacional. Exige um patrimônio de expressão excepcional. Ou seja, a expressão utilizada pelo constituinte indica que a materialidade do imposto é a titularidade de uma riqueza superlativa. (GARCIA; SOUZA, 2008, p. 112).

Por óbvio, uma fortuna é muito maior que uma riqueza, assim como uma grande fortuna é muito maior que uma fortuna. No entanto, deve-se atentar à qualificação subjetiva a se dar ao patrimônio, afinal, o que é uma fortuna para uns, pode não ser para outros. A quantia em dinheiro de 15 (quinze) milhões de reais para a maior parte das pessoas configura uma fortuna, até mesmo uma grande fortuna; no entanto, para um grande empresário ou uma multinacional, não chega perto nem de ser uma riqueza, compondo apenas pequena parcela do seu patrimônio.

Diz André Luiz da Fonseca Fernandes:

‘Grande fortuna’ significa, obviamente, algo superior à ‘fortuna’. Mas o que seria ‘fortuna’? A palavra é ambígua. Alguns bons dicionários, tais como o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, repetem a ambigüidade. O referido dicionário considera que ‘fortuna’ é o ‘conjunto de bens e capital pertencente a um indivíduo, família, empresa etc.’ Considera, por outro lado, que fazer fortuna é ‘acumular grande quantidade de bens ou dinheiro; enriquecer’. Nestas condições, ‘grande fortuna’ seria tanto a posse de grande quantidade de bens quanto a posse de grande quantidade de bens e capital que torna uma pessoa rica. (FERNANDES, 2005, p. 23).

E complementa o mesmo autor, dizendo que:

É evidente que a noção corrente de ‘fortuna’ não é somente o de possuir grande quantidade de bens. A ‘fortuna’ é algo mais; é característica de uma pessoa ‘rica’. Mas isto não resolve o problema, já que é muito difícil descrever o que significa ser ‘rico’ em país no qual a maior parte da população vive em condições miseráveis. (FERNANDES, 2005, p. 23).

Contudo, note-se que não se trata exclusivamente de uma qualificação a uma grande quantidade de dinheiro, mas sim da quantificação do patrimônio que será alvo da tributação. Faz-se necessária a delimitação e determinação de quais seriam os valores dos patrimônios que atuariam como fato gerador do imposto em estudo, ou seja, da quantificação do que seria “grande fortuna” à luz da Constituição Federal de 1988.

Tal dificuldade conceitual é demonstrada por Sérgio Ricardo Ferreira Mota:

Ocorre que a maioria dos juristas entende não ter havido a solução de uma questão essencial advinda dessa regra matriz e que sempre existiu desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, relativa ao conceito da expressão grandes fortunas, por ser considerado por alguns juristas indeterminado’, de forma que, como termo da simbologia jurídica, não permitiria sua necessária e suficiente determinação. (MOTA, 2010, p. 177). E confirmam a dificuldade, indeterminação e relatividade, Vidal e Locatelli: Não há como negar que tais conceitos são extremamente relativos, já que aquilo que pode representar uma “grande fortuna” para alguns, pode não

significar nada para outros. E, neste aspecto, vale lembrar que se o imposto incidir sobre um patrimônio significativo, porém, que não se enquadre no conceito de “grande” fortuna de acordo com os padrões econômicos mundiais, tal tributo será inconstitucional. (MARTINS; LOCATELLI, 2008, p. 149).

De fato, o grau de indeterminação da expressão “grandes fortunas” é notável, trazendo grandes dificuldades para a conceituação do imposto em estudo, sendo necessário, a fim de que sejam estipulados os valores, alcance e metas, a formulação da lei complementar requisitada.

No mais, essa tem sido a principal falha dos diversos Projetos de Lei Complementar apresentados até então, posto que estipulem como patrimônio tributável àqueles que, atualmente, não são capazes de configurar nem mesmo uma “fortuna”, quem dirá uma “grande fortuna”. Da mesma forma dizem Garcia e Souza:

Ora, os projetos que se encontram tramitando no Congresso Nacional visando à instituição desse imposto, especialmente os mais recentes, padecem desse vício, eis que descrevem como fato gerador a titularidade em 1º de janeiro, ou em 31 de dezembro de cada ano, de fortuna representada pelo conjunto de bens e direitos situados no País ou no exterior de valores superiores a montantes que se situam entre R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) e R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). Considerando os vários projetos, e o objeto do imposto indicado na Constituição, nenhum deles corresponde ao conceito de “grande fortuna”. (GARCIA; SOUZA, 2008, p. 113).

Portanto, conclui-se que a delimitação de tal *quantum*, apesar de necessária, encontra entraves de caráter hermenêutico, possíveis de serem sanados apenas com a elaboração da tão aludida lei complementar, que viria a delimitar as elementares do imposto sobre grandes fortunas, finalmente determinando o valor do patrimônio aos olhos da lei a fim de que este seja considerado fato gerador do mesmo.

No entanto, apesar de o conceito e delimitação de tal *quantum* caracterizador de uma grande fortuna não vir exposto na regra constitucional (art. 153, VI da CF), o mesmo é possível, posto ser conferida ao legislador infraconstitucional certa liberdade quando de tal delimitação de valores, desde que seja sempre guiado pelos princípios constitucionais tributários. Assim, diz Mota:

Apesar de a *regra-matriz* do Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil disposta na Constituição Federal não conceituar o que se entende por *grandes fortunas*, o *arquétipo constitucional* dessa subespécie tributária a permite, isto é, a observância das regras e princípios constitucionais,

bem como da *totalidade do sistema jurídico*, permite sejam atribuídas significações à expressão, pois existe uma “idéia universal” do que represente essa riqueza. (MOTA, 2010, p 197).

Por fim, da mesma forma Garcia e Souza dizem que:

O conteúdo e alcance da expressão “grandes fortunas” só pode ser buscado no próprio texto supremo, uma vez que à legislação infraconstitucional cabe apenas explicitá-lo e não, preenchê-lo. De outra forma, ou seja, se à legislação infraconstitucional coubesse atribuir conteúdo aos conceitos utilizados pela lei suprema, a Constituição teria que ser interpretada a partir da lei, e não a lei a partir da Constituição, com manifesta violação ao princípio da supremacia constitucional. (GARCIA; SOUZA, 2008, p. 111).

Portanto, apesar da imprecisão terminológica do referido dispositivo constitucional, entende-se que o alcance da expressão “grandes fortunas” deverá ser alcançado por via da aplicação do texto constitucional à realidade socioeconômica do país ao momento da criação do imposto sobre grandes fortunas. Quando da regulamentação e instituição do imposto sobre grandes fortunas, há de se atentar à sistemática constitucional, a fim de que não se fuja dos objetivos insculpidos na Lei Maior, que proporcionam os elementos necessários à correta aplicação deste à sociedade.

### **2.2.2 Desestímulo aos capitais**

O desestímulo à poupança, a redução dos investimentos e a fuga de capitais do território nacional são, sem dúvida, as piores consequências possíveis que se pode esperar da regulamentação e implementação do Imposto sobre Grandes Fortunas.

Segundo afirmação de Vidal e Locatelli:

[...] ao analisar o IGF, é possível concluir que o mesmo nada mais representa do que um tributo sob o resultado final de fatos geradores já incididos e que, ao contrário do pregado, acarreta notória redução de investimentos, desestímulo à poupança e evidente fuga de capitais para países em que tal imposição não existe. (MARTINS; LOCATELLI, 2008, p. 150).

Ou seja, a simples existência de referido imposto no Sistema Tributário pátrio seria suficiente para desestimular a acumulação de riquezas em território nacional, seja por meio de formação de poupanças, reduzindo investimentos ou incentivando (mesmo que indiretamente) e permitindo a fuga de capitais do país para outros, nos quais provavelmente o mesmo não seja vigente.

Por um lado, a partir do momento que for implementado o Imposto sobre Grandes Fortunas, haveria evidente desestímulo à acumulação de capitais e conseqüentemente a formação de poupança. Afinal, a poupança tem se mostrado



um dos meios mais úteis de acumulação de riquezas em longo prazo, apesar da baixa rentabilidade.

Por outro, investimentos de grande porte em território nacional seriam desestimulados pelo simples fato de existir um imposto sobre grandes fortunas a ser cobrado, posto que, apesar de a pessoa física ou jurídica (caso assim permita a lei complementar) ser residente em outro país, todos os seus bens e capitais em território nacional, desde que suficientes, caracterizarão fato gerador à incidência do Imposto sobre Grandes Fortunas, afugentando toda e qualquer pretensão em investimentos em solo brasileiro.

A respeito do desestímulo à poupança, investimentos e fuga de capitais, diz Marcos Cintra que:

Num país em desenvolvimento como o Brasil, a grande desvantagem desse imposto seria desestimular, mais ainda, a poupança interna e a fuga de capitais, e, por extensão, o investimento e o crescimento econômico. Principalmente no quadro da globalização, no qual a tecnologia da informação empresta extraordinária mobilidade aos fluxos de capital, como mostra a experiência vivida pelo País. (CINTRA, 1999, *online*).

Com efeito, não coaduna com a realidade global a instituição de um tributo com perfil semelhante ao do Imposto sobre Grandes Fortunas, posto que a globalização preza pela livre circulação de informações e investimentos internacionais, que seriam barrados, mesmo que involuntariamente, pela instituição do mesmo.

Não parece conveniente ao país, sob o aspecto da globalização, a instituição de um imposto que tribute grandes fortunas, pois o mesmo seria mais um motivo (entre tantos) a desestimular investimentos em solo pátrio, ocasionando uma eventual onda de desemprego.

Segundo Ives Gandra da Silva Martins, o mesmo tributo tem estado em decadência em diversos países, justificando:

É que o tributo desestimula poupança e investimentos. Segundo relatório do Banco Central, em 2004 havia 13.404 pessoas físicas e jurídicas com investimentos fora do país, num total de 152.214 bilhões de dólares (1.589 pessoas jurídicas e 11.815 pessoas físicas). Tomando esses dados como atuais, se tais pessoas físicas mudarem sua residência para outros países, deixarão de ser contribuintes no Brasil, embora possam visitar o país sempre que desejarem. (MARTINS, 2008, *online*).

Assim, a fuga de capitais é uma consequência real e que deve ser considerada quando da instituição e regulamentação do imposto em estudo, posto que não haja dificuldades para essa classe de possíveis contribuintes transferir os

valores correspondentes ao seu patrimônio em solo pátrio para qualquer outro país onde não há a incidência de tal tributo. E como elucidado pelo autor acima citado, os mesmos deixarão de ser contribuintes no Brasil, mas terão livre acesso ao país, visitando-o sempre que puderem e quiserem.

E continua dizendo Ives Gandra da Silva Martins que:

Se o tributo incidir sobre o patrimônio dos grandes empresários brasileiros, que têm suas instalações em território nacional, todo ano terão que descapitalizar suas empresas para o pagamento da exação. Vamos imaginar um grande empresário que tenha uma empresa de 1 bilhão de reais. Se o tributo for de 1%, terá que retirar 10 milhões de reais líquidos, todo ano, de suas empresas, para pagar o tributo, o que os levará a perder espaço para empresários estrangeiros, cujos titulares não são contribuintes no Brasil. (MARTINS, 2008, *online*).

De fato, o risco da perda de competitividade de empresários brasileiros para com empresários internacionais é real, dado que, eventualmente, o patrimônio ostentado por estes no exterior é muito maior que o detido em solo nacional, o que incentivaria ainda mais a fuga de capitais. Ou seja, os nacionais, por possuírem, genericamente, a maior parte dos seus patrimônios no país, sofreriam muito mais os efeitos de uma tributação sobre as grandes fortunas que uma grande multinacional de outro país.

Por esta mesma via, Mota, citando Machado, diz que:

Os capitais não têm pátria e que a alta tributação provocaria a fuga de capitais, afirmando que os investidores estão dispostos a pagar pela segurança de seus investimentos, bem como que “a questão essencial não reside na menor ou maior carga tributária, mas no modo pela qual a carga tributária é distribuída”. (MOTA *apud* MACHADO, 2010, p. 134-135).

Observa-se que cada uma dessas possíveis consequências estão interligadas, por vezes uma acarretando a outra. O desestímulo à acumulação de riquezas por meio da poupança, mais cedo ou mais tarde, há de acarretar uma possível fuga de capitais. Da mesma forma, o desestímulo a investimentos, a partir do momento que atinge investidores brasileiros, fazendo com que estes percam competitividade para com investidores estrangeiros, torna a fuga de capitais uma alternativa, a fim de que se vejam salvos os seus negócios.

Por fim, grande parte dos juristas e políticos brasileiros posiciona-se contra a regulamentação e instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil, justificando que o mesmo desestimularia ainda mais a formação de poupanças, reduzindo o número de investimentos no país (acarretando consequências de ordem econômicas e sociais, tal como o desemprego) e estimulando a fuga de capitais,

tomando por base as experiências de outros países que obtiverem as mesmas constatações. Tal posicionamento é consubstanciado pela simples falta de interesse, por parte do legislativo, na apreciação de projetos de lei apresentados a respeito, seja por evidente falta de interesse nacional, seja porque eles mesmos seriam alvo desta tributação.

### **2.2.3 Altos custos de administração e arrecadação inócua**

Ponto que também gera uma série de divergências entre juristas e políticos e tem sido levantado como um aspecto negativo à regulamentação e instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas é o alto custo da administração de referido tributo, além da consequente arrecadação inócua.

Alega-se que a administração de tal imposto seria custosa demais em vista de uma arrecadação quase que insignificante, desde a fase de aferição do patrimônio global do contribuinte (fato gerador de referido imposto), de difícil percepção, posto que em sua maior parte, na atualidade, é representado por títulos.

De fato, as dificuldades relacionadas com a revelação do completo patrimônio global do contribuinte, assim como sua correta avaliação econômica são justificadas pelas formas de manifestação de riqueza na atualidade. As riquezas e fortunas hoje são representadas por títulos mobiliários, jóias e ações, o que torna a sua avaliação e captação extremamente dificultosa, dadas as facilidades em sua ocultação, transferências e vendas.

Como diz André Luiz Fonseca Fernandes, “é muito fácil para o contribuinte ocultar seu patrimônio e muito difícil para o fisco encontrar tal patrimônio, sobretudo se este estiver além das fronteiras do Estado”. (FERNANDES, 2005, p. 30).

Mota, tomando por referência Ricardo Lobo Torres, diz que o Imposto sobre Grandes Fortunas “é um tributo arcaico, injusto, de difícil administração e prejudicial à economia. O legislador complementar brasileiro, ao não regulamentá-lo, prestou um benefício ao País”. (MOTA *apud* TORRES, 2010, p. 139).

Nesta mesma via, referindo-se às dificuldades de identificação de certas categorias representativas do patrimônio global do contribuinte, Garcia e Souza afirmam que:

[...] a implementação desse imposto em bases justas esbarra em dificuldades de avaliação do patrimônio líquido do sujeito passivo, tais como jóias, títulos ao portador, valores imobiliários etc, que poderiam ser sonogados [...] Tudo isso sem garantia de que propicie arrecadação suficiente para fazer face ao objetivo da redistribuição de riquezas, eis que, pelo menos nos países que respeitam os direitos fundamentais, a tributação deve ser branda para preservar a propriedade e não incorrer em confiscos – o que leva a uma arrecadação pífia. (GARCIA; SOUZA, 2008, p. 99).

No entanto, as dificuldades relacionadas à baixa arrecadação são

justificadas, também, pelo número quase que não expressivo de contribuintes. De fato, o número de contribuintes possíveis em nível nacional seria inexpressivo, afinal, pouquíssimos no país são detentores de verdadeiras grandes fortunas. Muito além, mesmo alguns dos possuidores de tão grandes riquezas teriam a esfera de direitos patrimoniais sujeitas a uma série de defesas, tornando injustificada a possível incidência do Imposto sobre Grandes Fortunas sobre os mesmos.

Neste mesmo sentido, ainda dizem Garcia e Souza:

[...] o pequeno número de contribuintes que se enquadraria no âmbito da materialidade do imposto está, também, protegidos em seus direitos individuais, como direito de propriedade, direito à herança, e pelos princípios consagrados no sistema tributário, como os da capacidade contributiva e vedação ao confisco -, todos eles cláusulas pétreas, a teor do art.60, § 4º da CF/88, não passíveis de ser objeto nem mesmo de emenda constitucional que tenda a suprimi-los. (GARCIA; SOUZA, 2008, p. 113).

E complementam as autoras, dizendo que:

[...] os projetos que se encontram em tramitação ferem, em vários aspectos e cada um a seu modo, tais princípios. Por exemplo, alguns não consideram o limite de tributação per capita; outros, não autorizam dedução alguma, nem mesmo de dívidas que pesem sobre os bens; outros desconsideram a carga tributária global suportada pelo contribuinte em relação à sua capacidade contributiva; outros, não excluem bens que representam instrumento de trabalho ou profissão, outros não preveem a obrigação de corrigir as faixas de acordo com a inflação o que leva a mesma distorção verificada no imposto francês etc. (GARCIA; SOUZA, 2008, p. 113).

Além do mais, permitir que a avaliação de tal tributo se dê por via de declaração do contribuinte, acabaria por permitir uma série de irregularidades, já constatadas em tributos como o Imposto de Renda, mas que seriam maximizados no caso do IGF, justamente pela facilidade na ocultação do patrimônio. Essa, aliás, a conclusão de André Luiz Fonseca Fernandes:

[...] pode-se concluir que a avaliação por declaração resulta quase sempre em sub-avaliação. Por quê? Porque dificilmente o fisco está preparado – mesmo nos países que se servem da tributação sintética – para fiscalizar todos os contribuintes e verificar a correção de todas as avaliações por eles efetuadas. Se o fisco não está preparado, o contribuinte se sente à vontade para praticar a evasão. (FERNANDES, 2005, p. 31-32).

E continua o mesmo autor:

E os problemas de revelação (*disclosure*) e de avaliação são mesmo os mais graves [problemas] no que concerne à tributação sintética do patrimônio. É a partir de tais problemas que se pode dizer que um imposto sintético sobre o patrimônio – como o IGF – dificilmente poderá ser cobrado no Brasil, já que resultará, normalmente, em ofensa ao princípio da igualdade. (FERNANDES, 2005, p. 32-33).

E finaliza dizendo:

Uma lei tributária somente será executada em consonância com o princípio da igualdade se a administração tiver condições efetivas de exercer fiscalização/controlar do respectivo tributo. É possível dizer que, bem ou mal, a administração tributária brasileira (no caso, a União) tem hoje condições mínimas de controlar/fiscalizar os tributos federais ora cobrados. (FERNANDES, 2005, p. 33).

Anteriormente, ao ser feita uma análise comparada, considerando uma série de experiências internacionais para com tributos similares, constatou-se que a grande maioria dos países que vieram a instituir tal modalidade de imposto acabou por extingui-lo, exatamente pela dificuldade de administração, agravada por uma série de outros efeitos, tais como arrecadação inócua, desestímulo à poupança e investimentos, além da fuga de capitais.

Quanto aos países que ainda hoje o preservam, também exposto no capítulo anterior, são tecidas uma série de críticas, de cunho jurídico e político, que visam à extinção de tal modalidade de imposto, dado que os custos para com administração são altíssimos, dada a dificuldade em arrecadar e aferir o patrimônio dos contribuintes (que por vezes se usam da evasão fiscal), gerando baixa arrecadação, insuficiente para que sejam atingidos os fins objetivados com tal tributação.

Considerando os fatos citados acima, é possível concluir que a arrecadação do Imposto sobre Grandes Fortunas, caso o mesmo venha a ser instituído, será muito abaixo do esperado e provavelmente inócua, trazendo sérios prejuízos econômicos à máquina arrecadatória do Fisco, dada a complexidade de avaliação e levantamento dos patrimônios sobre os quais o mesmo recairia.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O imposto sobre grandes fortunas é previsto no artigo 153, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, dispositivo que atribui à União a competência para instituição do referido tributo através de lei complementar. No entanto, mesmo após mais de duas décadas de sua edição, referido imposto não foi instituído no país, caracterizando-se como a única competência tributária federal não exercida até o momento.

A instituição do imposto em estudo teria como objetivo primordial a

distribuição de renda e a consecutiva justiça fiscal, atendendo desta forma anseios de ordem econômica, política e social, atuando o mesmo especificamente sobre os patrimônios grandiosos e suntuosos de uma pequena parcela da população, na maioria das vezes detentora do poder econômico e político.

Mas a problemática envolve muito mais que a simples distribuição de renda e o anseio pela justiça fiscal. Os entraves iniciais à instituição do referido imposto dá-se quando da definição do que seria uma “grande fortuna”, ou seja, um obstáculo de caráter puramente hermenêutico. Por óbvio que uma fortuna não é a mesma coisa que uma grande fortuna, afinal, esta maior que aquela, da mesma forma que uma fortuna é muito maior que uma riqueza. Neste esteio, é necessária uma definição baseada em termos quantitativos, não apenas qualitativos, para que se possa delimitar o fato gerador do referido imposto, assim como sua base de cálculo. Neste ponto, a maioria dos projetos de leis apresentados ao Legislativo têm se mostrado falhos, estipulando como fato gerador patrimônios cujo valor muitas vezes não chega a ser comparado a uma riqueza.

Também, quando da análise das experiências vivenciadas por outros países, percebe-se que a maioria daqueles que adotaram o Imposto sobre Grandes Fortunas, vieram a abandoná-lo, por diversos motivos. As dificuldades relacionadas à instituição de um imposto sobre o patrimônio líquido são tão acentuadas que diversos outros países vieram a elaborar estudos quanto à sua possível instituição, mas abandonaram a ideia após se depararem com a imensa gama de obstáculos de ordem econômica, política e social.

A principal dificuldade quanto à instituição do imposto sobre grandes fortunas está no alto custo de administração. Diz-se que a administração de referido imposto seria custosa, dada a dificuldade de aferição do patrimônio tributável de cada um dos contribuintes potenciais, justificada, por sua vez, pela característica da maior parte dos bens na atualidade, qual seja, móvel. Foi visto durante o estudo que, na atualidade, a expressão da riqueza dá-se por via de bens móveis e de pequeno porte, tais como jóias e bens preciosos, tornando-se muito mais dificultosa a localização dos mesmos. A mobilidade desses tipos de bens permite que os mesmos sejam transportados e confinados sem que desperte atenção à fiscalização, o que se mostra um grande obstáculo à aferição do mesmo por parte da administração que envolve a arrecadação.

Conseqüentemente, a arrecadação do imposto sobre grandes fortunas, diante de tais entraves, tende a ser inócua, não significativa, afinal, altos custos envolvem a administração, potencializados pela dificuldade de localização e aferição de bens e patrimônios tributáveis. Muito além, tal dificuldade acentua-se pelas baixíssimas alíquotas que envolvem imposto em estudo.

Assim, o risco de péssimo custo benefício é uma mazela à concretização da justiça fiscal objetivada pelo imposto em questão, tornando-se mais um motivo para sua não instituição.

Além disso, com a instituição do imposto, as grandes fortunas tenderiam

a se retirar do país para outros que não o adotam, a fim de que escapassem da égide da lei complementar e não viessem a ser alvo de tal arrecadação, tornando ainda mais acentuado o alto custo de administração e baixa arrecadação. Assim, caracteriza-se o êxodo de capitais e investimentos do país, um risco pelo qual a economia nacional não está disposta a se sacrificar, muito menos a coibir, por motivos diversos.

Apesar de tais críticas e entraves à instituição de tal imposto, muitos ainda sustentam que o mesmo seria um ótimo aliado à distribuição de renda e à justiça fiscal no país, e que as experiências vivenciadas em alguns outros países, como já aludido durante o presente estudo, não representaria um obstáculo propriamente dito, visto que cada país possui suas peculiaridades econômicas, administrativas e jurídicas, assim como que os impostos sobre fortunas instituídos nestes seriam apenas similares ao pretendido no Brasil, o qual seria único e sem precedentes. No entanto, não se basear nas experiências internacionais, tomando-as como parâmetros a uma possível instituição do imposto sobre grandes fortunas no país, é um erro inadmissível, dada a importância de tais dados ao estudo das conveniências do mesmo.

Ademais, atentar-se única e exclusivamente à melhora da distribuição de rendas, diminuição da pobreza e consecução da justiça fiscal mostra-se um exímio discurso político. A instituição de referido imposto, diante do porte de tais obstáculos, acaba por justificar-se apenas pela sua incidência unicamente aos detentores das grandes fortunas, atendendo ao anseio de uma população que suporta quase que a totalidade da carga tributária nacional. Como já dito, isso lhe rendeu o apelido de “imposto Robin Hood”, posto que tira dos ricos para dar aos pobres.

Por outro lado, a distribuição de rendas e riquezas, e conseqüente justiça fiscal, hão de ser objetivos não apenas do imposto sobre grandes fortunas, mas sim de todo e qualquer tributo. Assim, questiona-se: será que as altas alíquotas que envolvem o Imposto de Renda, por exemplo, não seriam suficientes à consecução de tais objetivos? E o que dizer da imensa carga tributária (uma das maiores do mundo) a que está sujeita a maior parte da população? Será que não é suficiente à concretização da justiça fiscal?

Portanto, ater-se apenas a tais justificativas, sem atentar-se para os obstáculos de uma possível instituição, pode trazer dificuldades que serão suportadas pela própria população, o que ocasionaria uma impossível melhoria na distribuição de rendas e riquezas, sendo provável, inclusive, o agravamento da pobreza nacional.

Assim, após a análise e estudo acerca do tema, conclui-se pela inconveniência da instituição do imposto sobre grandes fortunas no país. Por mais tentadoras que sejam as justificativas de sua instituição, tais como o favorecimento à distribuição de rendas e riquezas, a diminuição da pobreza e a consecução da justiça fiscal, as dificuldades relacionadas à administração, que seria de altíssimo custo ao erário, e a baixíssima arrecadação, além da fuga de capitais e investimentos,

mostram-se obstáculos intransponíveis, não se justificando a criação de mais um imposto inútil, que traria mais prejuízos que benefícios à população brasileira.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CINTRA, Marcos. *Tributação sobre grandes fortunas*. Gazeta Mercantil. São Paulo, 5 de jul. 1999. Disponível em: <[http://www.marcoscintra.org/2010/artigos2.cfm?id\\_artigos=627](http://www.marcoscintra.org/2010/artigos2.cfm?id_artigos=627)>. Último acesso: 15 set. 2011.

DEPUTADOS, Câmara dos. PLP nº 202/1989. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetratitacao?idProposicao=21594>> Último acesso: 15 set. 2011.

DEPUTADOS, Câmara dos. Parecer da Comissão de Finanças e Tributação. Substitutivo ao PLC nº 277/2008. Rel. Dep. Federal João Dado. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetratitacao?idProposicao=388149>>. Último acesso: 15 set. 2011.

DORNELLES, Francisco. Discurso proferido na Câmara dos Deputados na sessão de 25 de abril de 1991. Disponível em: <[http://www.dornelles.com.br/inicio/index.php?option=com\\_content&task=view&id=223&itemid=85](http://www.dornelles.com.br/inicio/index.php?option=com_content&task=view&id=223&itemid=85)>. Último acesso: 12 set. 2011.

FERNANDES, André Luiz da Fonseca. Tributação sobre o patrimônio: O Caso do Imposto sobre Grandes Fortunas. Revista de Direito Tributário da APET, São Paulo, n. 7, p. 13-36, set. 2005.

GARCIA, Patrícia Fernandes de Souza; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues. Imposto sobre grandes fortunas: ideologia x realidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CASTRO, Paulo Rabello de; MARTINS, Rogégio Vidal Gandra da Silva (Orgs). *Tributos no Brasil: auge, declínio e reforma*. São Paulo: Fecomércio, 2008, p. 98-116.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O imposto sobre grandes fortunas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1697, 23 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10977>>. Último acesso: 14 set. 2011.

\_\_\_\_\_. *O imposto sobre fortunas e o investimento no exterior*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1760, 26 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11202>>. Último acesso: 14 set. 2011.



MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva; LOCATELLI, Soraya David Monteiro. *O imposto sobre grandes fortunas*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CASTRO, Paulo Rabello de; \_\_\_\_\_ (Orgs). *Tributos no Brasil: auge, declínio e reforma*. São Paulo: Fecomércio, 2008, p. 137-156.

MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. *Imposto sobre grandes fortunas no Brasil: origens, especulações e arquétipo constitucional*. São Paulo: MP Ed., 2010.

Presidência da República Federativa do Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Último acesso: 21 out. 2011.

VILAVERDE, Júlio. *No Brasil 10 são donos de três quartos das riquezas*. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2008/05/16/no-brasil-10-sao-donos-de-tres-quartos-das-riquezas/>>. Último acesso: 15 set. 2011.



# A SUSPENSÃO COMPULSÓRIA DE AÇÕES INDIVIDUAIS NA PENDÊNCIA DE AÇÕES COLETIVAS DE MESMA TEMÁTICA: INSTRUMENTO DE RACIONALIZAÇÃO E EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

## MANDATORY SUSPENSION OF INDIVIDUAL PROCESS IN COLLECTIVE PROCESS OF THE SAME SUBJECT: INSTRUMENT OF RATIONAL AND EFFECTIVENESS OF JUDICIAL PROTECTION

*Tereza Cristina Sorice Baracho THIBAU\**  
*Alana Lúcio de OLIVEIRA\*\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. A Litigiosidade em série e a relação entre demandas coletivas e individuais – 3. A suspensão de demandas individuais na pendência de ação coletiva de mesma temática e a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1110549-RS (2009) – 4. Críticas e conclusões – 5. Bibliografia.

**RESUMO:** A suspensão compulsória de ações individuais na pendência de ações coletivas com mesmo fundamento de direito é instrumento, erigido em âmbito jurisprudencial, de enfrentamento da litigiosidade em massa. A medida de suspensão compulsória de ações se dirige à racionalização da solução judicial de conflitos e à efetivação do acesso à justiça. A multiplicidade de lides faz certa a necessidade de criação de mecanismos processuais vocacionados a lhes conferir solução jurisdicional adequada, de modo a afirmar o caráter instrumentalista do processo, garantir a efetividade do acesso ao judiciário e a isonomia dos julgados. O alvo deste artigo é proceder a um estudo teórico do instituto e definir seus contornos.

**ABSTRACT:** The obligatory suspension of individual actions in the pendency of class action with the same thematic is instrument of confrontation of the mass

---

\* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1994). Professora associada da Universidade Federal de Minas Gerais. Vice Diretora da Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da UFMG. [alana.oliver@yahoo.com.br](mailto:alana.oliver@yahoo.com.br)

\*\* Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho (2004). Procuradora do Estado de Minas Gerais. [alana.oliver@yahoo.com.br](mailto:alana.oliver@yahoo.com.br). Artigo submetido em 08/09/2013. Aprovado em 08/01/2014.

litigation, erected in jurisprudencial scope, with sights the rationalization of the judicial solution of conflicts and the access of justice. The litigation of mass makes certain the necessity of creation of procedural mechanisms oriented to confer them adequate jurisdictional solution and accomplishes, in order to affirm the instrumentalist approaches of the process and to guarantee the effectiveness of the access to the judiciary one. The main objective of this article is to proceed to a theoretical study of the institute, with the definition of its contours.

**PALAVRAS-CHAVE:** Suspensão de ações- Relação entre demandas-Litigiosidade em massa - Acesso à Justiça-Recurso Especial n.1.110.549/RS/2009

**KEYWORDS:** Suspension of Actions- Relation Between Demands-Massive Litigation- Access to Justice- Especial Appeal n.1.110.549/RS/2009

## 1. INTRODUÇÃO

O processo atualmente dirige suas atenções à edificação de seu caráter instrumental e sua adequação às novas realidades sociais constatadas, com um sistema processual arquitetado sob os paradigmas da socialização e da justiça.

O referencial teórico elementar a que se remete, capitaneado por Cappelletti (1991), é o acesso à justiça enquanto um movimento amplo em prol da afirmação do caráter instrumental e socializante do processo. É da essência desse movimento a concepção do processo como um instrumento de realização efetiva, pronta, célere e pouco onerosa dos direitos subjetivos violados ou ameaçados de violação. Comunga-se da noção de um processo a serviço de metas não apenas legais, mas também sociais e políticas.

Nesse contexto, dada à perspectiva atual de múltiplas formas de litigiosidade, dentre elas as demandas repetitivas, a técnica processual (instrumento ou meio formal de solução de conflitos individuais e/ou coletivos) preocupa-se em erguer mecanismos diferenciados para a proteção das diversas naturezas de direitos, implementando o acesso à justiça e rompendo com o modelo tradicional de processo e com esteio na realização do direito material e na célere resolução dos conflitos.

Um dos mecanismos erigidos em âmbito jurisprudencial<sup>1</sup>, cuja lógica repousa no enfrentamento da litigiosidade em repetição, é a suspensão compulsória ou *ex officio*<sup>2</sup> de ações individuais repetitivas<sup>3</sup> na pendência de

---

<sup>1</sup> Decisão emblemática foi proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n.1.110.549/RS, cuja relatoria foi conferida ao Ministro Sidnei Agostinho Beneti, que manteve decisão judicial que ordenou a suspensão de diversas ações individuais repetitivas, na pendência do julgamento de ação civil pública de mesma temática. O julgamento se deu em 28/10/2009 e o acórdão foi publicado em 14/12/2009(<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1110549&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8>).

<sup>2</sup> A expressão latina foi empregada por Fredie Didier, 2010, p. 186.

<sup>3</sup> Fredie Didier define ações repetitivas como sendo aquelas ações concomitantes cuja causa de pedir remota é bastante parecida e a causa de pedir próxima é um direito de mesma natureza (2010, p. 193).

ações coletivas<sup>4</sup> com mesma temática, mesmos fundamentos de direito ou correspondentes.

Trata-se de criação jurisprudencial que suspende *ex officio* e incidentalmente ações individuais repetitivas em prol da decisão a ser proferida em sede de ação coletiva, cujo debate repouse em mesmos fundamentos jurídicos (*macrolide*<sup>5</sup>). O mecanismo almeja a extensão subjetiva da coisa julgada coletiva e a solução isonômica e célere dos conflitos individuais repetitivos.

Uma vez que as decisões proferidas em sede de ação coletiva têm a qualidade de imprimir reflexos a um maior número de pessoas (determinadas ou não) e, assim, o potencial, de soluções mais equânimes e democráticas; receberam da jurisprudência uma atribuição para além de sua essência<sup>6</sup>, despontando como um mecanismo processual de enfrentamento do fenômeno da litigiosidade em repetição.

O entendimento esposado pela justiça brasileira faz emergir a temática do caráter socializante<sup>7</sup> do processo coletivo, erguendo questionamento acerca de sua essência de interesse público<sup>8</sup>, além de indicar uma relação de prejudicialidade entre as demandas coletivas e individuais simultâneas e correspondentes.

A ausência de uma apreciação doutrinária extensa e multifacetada sobre o tema, sua confrontação com os escopos do processo e os novos contornos de garantias fundamentais processuais de acesso à justiça<sup>9</sup> e do contraditório, o norte que possui de força vinculativa dos precedentes judiciais coletivos, bem como os reflexos que a medida gera por sobre institutos processuais como conexão, continência, litispendência e coisa julgada coletiva, destacam a relevância da temática abordada nesta ocasião.

---

<sup>4</sup> Adota-se a expressão “ações coletivas” com fulcro nas lições de Barbosa Moreira que a emprega aludindo à matéria litigiosa e não à estrutura subjetiva do processo. Assim sendo, o traço fundamental das ações coletivas assenta-se na provocação judicial por iniciativa de uma única pessoa que intenta tutelar interesses metaindividuais (1979, p. 187). Nesta perspectiva e com vistas voltadas à matéria objeto de lide, é que parte da doutrina utiliza-se das expressões ações coletivas e processo coletivo indistintamente, entre eles Fredie Didier, 2010, p. 43.

<sup>5</sup> A expressão foi criada pelo Ministro Sidney Agostinho Beneti, do Superior Tribunal de Justiça, e refere-se à pretensões repetitivas (individuais ou coletivas) cujos fundamentos e motivos dos julgados mesclam-se. (2009)

<sup>6</sup> A ação coletiva é meio ou instrumento de tutela processual dos direitos ou interesse transindividuais ou essencialmente coletivos.

<sup>7</sup> Ricardo de Barros Leonel assevera que o processo coletivo tem intensa dimensão política, pois o equacionamento dos conflitos a ele relativos implica em escolhas políticas, trazendo à sociedade a possibilidade de influir em decisões fundamentais do Estado através do exercício da jurisdição coletiva. (2002)

<sup>8</sup> Refere-se ao entendimento segundo o qual o processo coletivo se serve às demandas judiciais que envolvam interesses referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade, ou seja, defesa de interesses públicos primários (DIDIER JR., 2010).

O termo interesse público é equívoco e passível de divergências conceituais. Não obstante, assenta-se que o único interesse público legítimo é aquele que coincide com os interesses da coletividade delimitados pelo paradigma normativo da ordem jurídica. Nesse sentido, o interesse público a que se refere é o interesse público primário e nunca o interesse público secundário, enquanto vontade egoística da administração pública momentaneamente instalada. Desta feita, a primazia do interesse público atualmente, a despeito de imperiosa, demanda a ponderação de valores e aplicação da proporcionalidade, a fim de se fixar o interesse social prevalente. (CARVALHO, 2008).

<sup>9</sup> Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça não pode ser considerado em uma perspectiva meramente formal e limitada de acesso aos órgãos judiciais existentes, mas também e, principalmente, como garantia de que o resultado desta atividade seja útil e eficaz.

De se frisar, ademais, a inserção do tema nas mesas de debates dos projetos de lei reformadores do processo civil e a perspectiva de alteração legislativa. Isto porque, o mecanismo de suspensão compulsória de ações individuais em primazia de ações coletivas *isomórficas*, ou *ações pseudo-individuais*<sup>10</sup> encontra-se previsto no projeto de reforma do Código de Processo Civil<sup>11</sup>, quando da instituição do instrumento do incidente de coletivização.

O alvo do presente artigo é analisar, tendo como perspectiva a primazia das ações coletivas enquanto processo de interesse público primário, se o mecanismo de suspensão compulsória ou *ex officio* de ações individuais em prevalência de ações coletivas correspondentes é instrumento hábil, adequado e eficaz ao enfrentamento das lides de massa, sob o manto da garantia fundamental de acesso à justiça e da duração razoável do processo.

## **2. ALITIGIOSIDADE EM SÉRIE E RELAÇÃO ENTRE DEMANDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS**

Na atualidade, resta configurada a relevância do movimento de acesso à justiça e de sua conformação às atuais demandas sociais, na busca pela edificação do caráter instrumental e social do processo.

Pedro Lenza (2005), concluindo que a fase autonomista e conceitual do processo é movimento sedimentado, afiança que se deve debruçar sobre a fase instrumentalista do processo, destacando a preocupação dos estudiosos com a qualidade e a eficiência do *serviço prestado*.<sup>12</sup>

Não há debate profícuo acerca de mecanismos de implementação do acesso à justiça sem o conhecimento das diversidades sociais e econômicas da contemporaneidade e da amplitude de conflitos que geram.

Mauro Cappelletti (1977) ensina que a complexidade da sociedade moderna, com intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos a interesses de um grande número de pessoas. Esse fenômeno é frequente e faz surgir debates desconhecidos às lides meramente individuais.

A feição da litigiosidade moderna migrou de simplista e individualista, para a face das lides concernentes à coletividade, à litigiosidade de massa e à

---

<sup>10</sup> Termo empregado por Kazuo Watanabe (WATANABE, 2006, p. 30)

<sup>11</sup> O incidente de resolução de demandas repetitivas foi inserido no Capítulo VI, Livro III (Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais), Título I (Da ordem dos processos e dos processos de competência originária do Tribunal) do Projeto de Lei nº 8046/2010, Projeto do Novo Código de Processo Civil, apresentado pela Comissão de Juristas presidida pelo Min. Luiz Fux e instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009. O novel instituto está descrito nos artigos 997 a 1009.

<sup>12</sup> Na visão de Mauro Cappelletti, que pretende o sistema processual examinado a partir da perspectiva do consumidor (consumidor do serviço jurisdicional), a tônica no acesso à Justiça, com incremento à ação nada tem do denunciado privatismo: ao contrário, tudo se passa com vistas a uma postura solidária no trato do processo civil e ao estabelecimento de um novo método de pensamento, “capaz de transformar completamente temas e modos da análise científica do jurista moderno” (cfr. Cappelletti, “Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero”, n. 5, p. 76), citado por Pedro Lenza, 2005, p. 118).

repetição de demandas. (Moreira, 1991).

A partir dessa perspectiva, Sergio Menchini, citado por Theodoro Júnior, Nunes e Bahia (2009), sistematiza a múltipla litigiosidade moderna classificando-a em três grandes grupos: litigiosidade individual, litigiosidade coletiva e, por último, a litigiosidade de massa.

A litigiosidade individual versa sobre alegações de lesões e ameaças a direito interpessoais e isoladas.

A litigiosidade coletiva envolve direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, nos quais tutelados por intermédio de procedimentos coletivos, normalmente patrocinados por legitimados *extraordinários*<sup>13</sup>. Trata-se da razão de ser do processo coletivo, que nasce para a tutela de interesses ou direitos<sup>14</sup>, cuja essência transcende a esfera jurídica do indivíduo singularmente considerado, afetando, a um só tempo, uma coletividade, determinada ou não.

Não há como dissociar o surgimento do processo coletivo do próprio fenômeno da massificação da sociedade, uma vez que é essa realidade social que faz evidenciar direitos coletivos e a demanda por sua adequada tutela jurisdicional.

Por fim, o terceiro tipo de litigiosidade - de massa – é aquela que desponta em direitos individuais homogêneos, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam fundamentos jurídicos comuns para a resolução da causa.

A atividade econômica moderna e a distribuição de bens em série conduzem à insuficiência do Judiciário para atender ao crescente número de feitos que, muitas das vezes, repetem situações pessoais idênticas, acarretando a tramitação paralela de significativo número de ações coincidentes em seu objeto e na razão de seu ajuizamento (CUNHA, 2010). Por vezes, tem-se ações individuais e coletivas com mesma temática tramitando concomitantemente, subordinadas a uma mesma infraestrutura judicial limitada e insuficiente, inviabilizando, em última análise, o próprio acesso à justiça sob a perspectiva da segurança jurídica e da celeridade processual.

A litigância em série e repetitiva é, portanto, um fenômeno intrínseco à realidade social contemporânea, o que faz certa a necessidade de criação de mecanismos processuais vocacionados a lhes conferir solução jurisdicional adequada e efetiva, de modo a afirmar o caráter instrumentalista do processo, garantir a efetividade do processo e o acesso à justiça.

Nessa conjuntura, o mecanismo processual de suspensão compulsória ou *ex officio* de ações individuais repetitivas em prol da extensão da solução judicial a ser prolatada em ação coletiva mostra-se tema de suma relevância no âmbito do

---

<sup>13</sup> Ressalvada vênia à concepção de que a legitimidade das ações coletivas tem caráter extraordinário, tem-se entendimento doutrinário abalizado no sentido de não se tratar de legitimação extraordinária, mas sim de legitimação autônoma. Cite-se, à título de ilustração Antônio Gidi, 1995, p.16

<sup>14</sup> Opta-se pelo posicionamento de Ricardo de Barros Leonel (2002) para quem a distinção entre direitos subjetivos e interesses jurídicos é impropícia e irrelevante do ponto de vista do processo. Sendo assim, a despeito de preferências conceituais, acompanha-se o entendimento de que não há equívoco no uso indistinto dos termos “direitos” ou “interesses” coletivos.

processo coletivo, seja pela ausência de previsão legal<sup>15</sup>, seja pela contenda acerca das relações entre processo coletivo e processo individual.

Kazuo Watanabe (2006) discorre acerca da essencialidade do debate sobre a coexistência de ações coletivas e individuais e pugna pela inadmissibilidade de ações individuais incindíveis ou repetitivas, ou seja, cuja pretensão, a par de ser divisível e a titularidade ser determinável, tem como efeito a esfera jurídica da coletividade, demandando decisão uniforme. Funda sua lição na afirmação de que a manutenção dessas ações individuais que repetem teses jurídicas e, por vezes, fatos comuns, representa denegação da justiça pela reprodução de contradições. Dessa feita, as ações individuais que veiculem a mesma pretensão da ação coletiva ou de outra ação individual com mesmo escopo, são inadmissíveis na origem.

Assim, valiosas as palavras de Aloísio Gonçalves de Castro Mendes, citado por Dierle Nunes (2010), que afirma:

Os processos coletivos não podem permanecer perdidos e misturados a outras centenas ou milhares de processos individuais, gozando, na prática, de idêntico valor, e sendo-lhes atribuídos os mesmos recursos humanos e materiais, e o tempo despendido para os processos coletivos representam investimento em benefício da própria saúde do Poder Judiciário, que só poderá dar vazão aos conflitos de massa que lhe chegam, se enfrentados e processados coletiva, molecularizada e conjuntamente, e não de modo disperso e contraproducente.

Nesse mesmo norte, Leonardo José Carneiro da Cunha (2010) já atentou para o fato de que as demandas repetitivas devem se orientar pela necessidade de adoção de mecanismos de uniformização de jurisprudência, a fim de que sejam atendidas as necessidades de isonomia e de segurança jurídica.

Inquestionável, portanto, que o enfretamento das diversas formas de litigiosidade, a par de outras soluções possíveis, demanda o debate e a firme criterização das relações entre demandas individuais e coletivas simultâneas e repetitivas.

Impõe-se, portanto, a questão de solucionar os óbices do acesso efetivo à justiça, especialmente no que tange ao tratamento das ações repetitivas e reafirmar o caráter socializante do processo coletivo ou a importância social das demandas coletivas. Tal desígnio faz sobrelevar em importância o estudo acerca das conseqüências jurídicas advindas do mecanismo jurisprudencial de suspensão compulsória ou *ex officio* de ações individuais, em prol da extensão da solução jurídica a ser alcançada em processo coletivo, mostrando-se o tema premente no

---

<sup>15</sup> Não se descuida das prescrições dos artigos 285 A, 543 e 544 do Código de Processo Civil que intentam a extensão de decisões judiciais erigidas ao patamar de paradigmas para a solução das lides repetitivas. Entretanto, afirma-se que diferenciam-se do que se propôs com a suspensão compulsória de julgados coletivos a lides individuais repetitivas pelo norte de primazia que esse mecanismo confere ao processo coletivo.



âmbito do processo coletivo, vez que redefine as relações entre demandas coletivas e demandas individuais correspondentes.

### **3. A SUSPENSÃO DE DEMANDAS INDIVIDUAIS NA PENDÊNCIA DE AÇÃO COLETIVA DE MESMA TEMÁTICA E A DECISÃO PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL N. 1.110.549-RS (2009)**

De certo que a possibilidade de suspensão das ações individuais na pendência de ações coletivas correspondentes já se encontra albergada em nossa legislação, consoante prescrição do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor. Nos termos da citada prescrição legal, permite-se o pedido de suspensão da ação individual a fim de que seu autor possa ser beneficiado com o resultado de uma ação coletiva correspondente em tramitação. É o que se chama de transporte *in utilibus*<sup>16</sup> da coisa julgada coletiva para o plano individual.

O artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor formaliza o mecanismo de suspensão legal e facultativa de ações individuais com vistas à extensão subjetiva da coisa julgada coletiva. A ausência de requerimento significará a exclusão do indivíduo dos efeitos da sentença coletiva, também chamado de *right to opt out* (DIDDIER JR, 2010, p. 182) ou direito de optar por ser excluído.

Assim pelo Código de Defesa do Consumidor, tanto para litígios que debatam direitos se qualifiquem como direitos coletivos em sentido estrito, quanto os litígios que abarquem direitos individuais homogêneos permitem o exercício da faculdade suspensão das ações individuais em prol da solução coletiva.

Solução diversa, no entanto, foi conduzida pela jurisprudência que determinou a suspensão *ex officio* e compulsória de ações individuais repetitivas na pendência de ações coletivas que alberguem a *Macrolide*<sup>17</sup> em debate, ou seja, pretensões cujos fundamentos e motivos do julgado podem ser mesclados nas quais os contornos transmigram entre os autos dos processos e se espraiam a todos os processos e, assim, com uma tese jurídica idêntica.

Trata-se do novel propugnado pelo Recurso Especial nº 1.110.549-RS (2009)<sup>18</sup>, relatado pelo então Ministro do STJ, Sidnei Agostinho Beneti, em que se decidiu, por maioria de votos, pela manutenção de ordem judicial de instâncias

---

<sup>16</sup> O termo em latim é empregado âmbito do processo coletivo, entre os autores que o adotam está Antônio Gidi (1995, p. 187.)

<sup>17</sup> Repisa-se que a expressão foi criada pelo Ministro Sidney Agostinho Beneti, do Superior Tribunal de Justiça e refere-se à pretensões repetitivas (individuais ou coletivas) cujos fundamentos e motivos dos julgados mesclam-se. (2009)

<sup>18</sup> O Recurso Especial foi interposto por Edviges Misleri Fernandes contra Acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Relator Desembargador Sérgio Luiz Grassi Beck), em sede de Agravo Interno no Agravo de Instrumento, confirmando decisão de 1º Grau prolatada em ação movida pela depositante de caderneta de poupança visando ao recebimento de correção monetária cabível em virtude de Planos Econômicos, suspendendo o processo individual dada a existência de ação coletiva antes instaurada.

A decisão prolatada na instância extraordinária, ora elevada a paradigma neste trabalho, manteve a ordem judicial

primeira que determinou a suspensão de todas as ações individuais pendentes de julgamento em favor de uma única ação coletiva atinente à mesma lide geradora de processos multitudinários.

A ordem judicial prolatada pela instância extraordinária propugnou pela manutenção de decisão judicial proferida pelas instâncias ordinárias que determinaram a suspensão de ação judicial individual da recorrente em prol da extensão da interpretação da tese jurídica a ser definida em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal. A tese central da decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça no emblemático julgado repousa na identificação de repetição acerca do que convencionou chamar de *Macrolide*, ou seja, pretensões que abarquem interesses ou direitos que, a despeito da possibilidade de tutela individual, possibilitam a identidade de fundamentos e motivos, cujos contornos transmigram entre os autos dos processos, espraia-se a todos os processos.

De acordo com a decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça, o titular de direito individual não terá mais a faculdade de prosseguir com sua ação individual, já que a suspensão será determinada de ofício pelo magistrado. Essa orientação foi tomada, frise-se, sem lastro em disposição legal expressa no ordenamento jurídico, mas com fulcro em uma interpretação sistemática e teleológica de princípios jurídicos e regras, ensejando a conclusão pela relação de prejudicialidade entre as demandas coletivas e individuais com mesma temática.

De outra sorte, tem-se que a decisão prolatada preservou o direito ao ajuizamento da pretensão individual na pendência da ação coletiva, mas determinou a suspensão, de início (e não apenas na fase recursal), destes processos individuais até o julgamento da ação coletiva que contenha a mesma *Macrolide*, reafirmando, entretanto, a vigência dos artigos 51, IV e parágrafo primeiro, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor.

Nasce em nosso ordenamento jurídico, a partir daí, uma nova espécie de suspensão de ações individuais que, quando concomitantes com ações coletivas fundadas em questões de direito idênticas, terão sua suspensão determinada pelo magistrado: a suspensão compulsória ou *ex officio* de ações individuais repetitivas na pendência de ações coletivas.

Essa suspensão compulsória parece ter sua lógica coincidente com a de vários outros mecanismos de coletivização incidental de procedimentos individuais e de transcendência de fundamentos jurídicos, uma vez que envolve pretensões isomórficas em busca da uniformização de jurisprudência e da celeridade processual (NUNES, 2010). Mais ainda, o entendimento promete enfrentar o que o Ministro Sidnei Beneti denominou por *dispersão jurisprudencial* – a perda de qualidade jurisdicional decorrente dos inúmeros julgamentos individualizados das *macrolides*.

---

de instância ordinária no sentido de suspender as ações individuais repetitivas com vistas à extensão da interpretação jurídica a ser definida em Ação Civil Pública erigida ao patamar de ação coletiva de referência da tese em debate. O entendimento repousou seus lastros na Lei de Recursos Repetitivos (Lei 11.672, de 8.5.2008), que alterou o artigo 543 C, do Código de Processo Civil.

O mecanismo individualiza-se, no entanto, pelo norte que adota de primazia das ações coletivas, em prol de solução comum para uma pluralidade de controvérsias, erigindo o processo coletivo ao *status* de processo de interesse público, com um reflexo indireto das razões do julgado.

O que o Sidnei Agostinho Beneti definiu como *Macrolide*, coincide, em certa medida, com o que José Carlos Barbosa Moreira convencionou chamar de *lides acidentalmente coletivas* (1991, p.187). Este último autor, na esteira da doutrina que propõe a superação da dicotomia entre direitos privados e públicos<sup>19</sup>, apresenta uma classificação dos litígios em individuais e coletivos, sendo que os litígios coletivos, por sua vez, desdobram-se em *essencialmente coletivos e acidentalmente coletivos*.

Os litígios *essencialmente coletivos* concernem a direitos cujo traço fundamental está na indeterminação dos titulares, na indivisibilidade do objeto e na possibilidade de representação judicial por um único ente intermediário.

De outro lado, as demandas *acidentalmente coletivas* têm o foco na dimensão coletiva e incidível do problema isolado de cada pessoa, ou seja, o interesse individual assume, no contexto da vida social, um impacto de massa, que transcende o patrimônio jurídico do indivíduo singularmente considerado, afetando a coletividade cujos titulares podem ser determinado. É o que Kazuo Watanabe (2006) chama de *pretensão individual incidível ou ações pseudo-individuais*, com relação às quais, o provimento jurisdicional deve ser uníssono, sob pena de se configurar um *bis in idem*.

Nas palavras de Fredie Didier Jr. (2010), a suspensão compulsória ou *ex officio* de ações individuais em prol da solução judicial proferida em ações coletivas é um grande passo na racionalização do sistema de tutela dos direitos, dando-lhes mais coerência e eficiência.

Essa é a concepção em conformidade com a qual o mecanismo de suspensão *ex officio* de ações individuais, se pendente ação coletiva de mesma temática, tende a despontar como um instrumento de enfrentamento de ações repetitivas, mostrando-se em consonância com o movimento atual da processualística em torno da isonômica e da célere solução de conflitos.

Ademais do exposto, pode-se dizer que o mecanismo processual eleva o princípio da isonomia, vez que almeja o fim último de extensão subjetiva da decisão proferida em sede de ação coletiva, combatendo, a seu turno, a contradição e a insegurança jurídica, representando garantia de acesso à justiça (WATANABE, 2006).

Destarte, o novel da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, ora em debate, está em fazer emergir a temática do processo coletivo enquanto

---

<sup>19</sup> Para muitos doutrinadores, entre eles Ricardo de Barros Leonel(2002), os interesses coletivos são uma terceira categoria de interesses, localizados entre o interesse privado e o interesse público, porém mais próximos do interesse público em sua vertente primária. Gregório Assagra de Almeida(2008), por sua vez, propõe uma duplicidade de interesses jurídicos, os privados e os coletivos, vez que os interesses coletivos identificam-se com os interesse público primário, ou interesse da sociedade coletivamente considerada.

processo de interesse público, dado seu caráter de instrumento a favor do interesse público primário erigido pelos grupos sociais e almejado pela sociedade.

Nesse sentido, o processo coletivo, além de se consubstanciar em instrumento de tutela de direitos coletivos em sentido amplo, deve conter em seu conceito o elemento de “*litigação de interesse público*”, senão pela natureza transcendente dos direitos que visa proteger, pela potencialidade de servir à preservação da harmonia e a realização dos escopos constitucionais da sociedade (DIDIER Jr., 2010).

#### 4 CRÍTICAS E CONCLUSÕES

As ações individuais repetitivas afloram a natureza incindível da relação jurídica substancial, porquanto intentam a tutela de demandas individuais que encontram identidade de situações fático-jurídicas, sendo uma ação coletiva, em um juízo de ponderação, mais adequada à finalidade colimada.

Portanto, a suspensão de ações individuais repetitivas no aguardo de decisão coletiva a ser alçada em processo coletivo correspondente, presta-se aos escopos do processo na atualidade, implementando a celeridade do procedimento, bem como a otimização da prestação jurisdicional e da racionalização de julgamentos (WATANABE, 2006).

O mecanismo de suspensão compulsória *ex officio* de ações individuais, na pendência de ações coletivas de mesma temática, com lastro na identidade de fatos e fundamentos jurídicos, e com escopo na primazia ou na prevalência da ação coletiva idêntica, surge como um instrumento eficiente de enfrentamento de ações em massa, mostrando-se em consonância com o movimento atual da processualística em torno do equânime, isonômica e célere solução de conflitos.

Como assevera Fredie Didier Jr. (2010), a suspensão compulsória ou *ex officio* de ações individuais em prol da solução judicial proferida em ações coletivas, é um grande passo na racionalização do sistema de tutela dos direitos, dando-lhes mais coerência e eficiência.

Não obstante, não se pode descuidar das críticas impostas sobre o mecanismo, tecidas com fim de evitar sua configuração como uma ferramenta de busca desmedida pela celeridade e pela economia processuais, resultando na produção de decisões judiciais em escala industrial, nas quais não há análise dos aspectos peculiares de cada caso, somente daqueles tidos como idênticos, desgarradas de nosso modelo constitucional de processo (THEODORO JÚNIOR, 2009).

A preocupação que pode aflorar da aplicação dessa técnica processual se concentra essencialmente na possibilidade de alegação pelos jurisdicionados de negação do direito subjetivo de ação e, conseqüentemente, de acesso à justiça (artigo 5, da CR/88), vez que, antes mesmo de lhes ser possibilitado o contraditório e a ampla defesa, serão submetidos à suspensão de sua ação.

A consideração prévia de irrelevância dos fatos peculiares às causas

individualmente propostas poderá dificultar eventual conclusão acerca da desvinculação da ação individual e do caso escolhido como representante da tese de direito aplicável às demandas repetitivas.

Se assim for, estaria a referida técnica, cuja fundamentação se firma nas garantias da isonomia, primazia do interesse público primário (processo coletivo) e da celeridade processual, maculando a própria garantia do acesso à justiça?

Bem, a se coadunar com a ideia de se estar diante de medida consentânea com o Estado Democrático de Direito, a aplicabilidade da medida objeto de estudo parece acertada, podendo ser assimilada e aplicada, vez que possui o condão de assegurar tratamento isonômico aos litigantes, reequilibrando as relações de poder, conferindo segurança jurídica, trazendo agilidade ao processo, evitando a fragmentação decisória e a multiplicação de ações idênticas, sem, em nada, ofender o direito subjetivo de ação, vez que impõe a primazia de interesse público.

De toda sorte, na contramão da arbitrariedade, mister que se proponham critérios para sua inclusão e adequação ao sistema jurídico constitucional que vige. Desta feita, desde que respeitadas - a duração razoável da suspensão, a possibilidade de oitiva prévia dos autores da ação individual sobrestada, bem como, a sua intervenção na ação coletiva paradigma na qualidade de *amicus curiae*, além da participação do Ministério Público - mostra-se constitucional a suspensão compulsória *ex officio* de ações individuais em razão da existência de ações coletivas correspondentes, preservando-se o interesse público e a efetividade da justiça, sem, contudo, negar vigência aos princípios constitucionais processuais do contraditório e da ampla defesa (DIDIER JR., 2010).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo*. Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada. Belo Horizonte, editora Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BAHIA, Alexandre. *et al. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário*. Revista de Processo, ano 34, n.177, p.09-46, Nov.2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. CARMONA, Carlos Alberto. A posição do Juiz: *Tendências Atuais*. Revista de Processo, São Paulo, ano 24, n. 96, p. 96-112, out./dez. 1999.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Assunção de competência e fast-track recursal*. Revista de Processo, São Paulo, ano 34, n. 172, p. 09-23, jun. 2009.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em: 12 out. 2007.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em: 12 out. 2007.

BRASIL. Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em: 12 out. 2007.

BRASIL, DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 110549/RS. Relator: Ministro Sidnei Beneti. 14 dez.2009. Disponível em: ><http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1110549&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10>> Acesso em: 12 de abril de 2011.

BRASIL. Projeto de Lei n. 8046, de 2010. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 12 mai. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro .*O Acesso à Justiça e a função do Jurista em nossa época*. Revista de Processo, São Paulo, n. 61, p 144-160, jan/mar. 1991.

\_\_\_\_\_. Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Safe, 1988.

\_\_\_\_\_. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. Revista de Processo, São Paulo, ano 11, n.05, jan./mar. 1977.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. *Substituição processual no processo coletivo*: um instrumento de efetivação do Estado Democrático de Direito. São Paulo: Editora Pillares, 2006.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. JusPodivm,Belo Horizonte, 2008

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O regime processual das causas repetitivas*. Revista de Processo, São Paulo, ano 35, n.179, p. 139-174, jan., 2010

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3 ed. Ver. Ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIDIER JR., Fredie, ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. Vol. 04, 5.ed., Salvador: JusPodium, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. v. 2. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Efetividade do processo civil*. 1.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Obstáculos á tutela jurisdicional efetiva*. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 399, p. 95-110, 2008.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Editora Método, 2005.

- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2002.
- LÉPORE, Paulo Eduardo. *Extensão subjetiva da coisa julgada no direito processual civil coletivo*. Revista de Processo, São Paulo, ano 34, n. 169, p. 09-37, mar.2009.
- MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: Editora LTr, 2006.
- MANCUSO, Rodolpho de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MANGONE, Kátia Aparecida. *A garantia constitucional do contraditório e a sua aplicação no direito processual civil*. Revista de Processo, São Paulo, ano 35, n. 182, p. 362-383, abr. 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes*. Revista de Processo, São Paulo, ano 35, n. 184, p. 09-41, jun. 2010.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Do individual ao coletivo: os caminhos do direito processual brasileiro*. Revista de Processo, ano. 33, n. 165, p. 231-254, nov.2008.
- \_\_\_\_\_. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: *Estudos de direito processual em homenagem a José Rodrigues Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 203-220.
- \_\_\_\_\_. *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988*. Revista de Processo, São Paulo, n. 61, p 187-200, jan/mar. 1991.
- \_\_\_\_\_. *Por um processo socialmente efetivo*. Revista Síntese de Direito e Processo Civil, Porto Alegre, n. 11, maio-jun. 2001, p. 5-14.
- \_\_\_\_\_. *Temas de Direito processual: (nona série)* São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. *A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na direção e na Instrução do Processo*. Revista de Processo, São Paulo, n. 37, p. 140-150, jan/mar. 1985.



\_\_\_\_\_. *Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil*. Revista de Processo, São Paulo, n. 31, p. 199-209, jul/set. 1983.

MORELLO, Augusto M. *El proceso justo: del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*. La Plata: Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, 1994.

NUNES, Dierle. *Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades*. Revista de Processo, São Paulo, ano 35, n. 184, p. 109-140, jun. 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista de Processo, São Paulo, ano 31, n. 137, p.7-32, jul.2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Cidadania e efetividade do processo*. Consulex: Revista Jurídica, Brasília, n. 146, fev. 2003, p. 55-58.

PINTO, Fernanda Guedes. *As ações repetitivas e o novel art.285-A do CPC (racionalização para as demandas de massa)*. Revista de Processo, São Paulo, ano 32, n. 150, p. 121-157, ago. 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A efetividade do processo e a reforma processual*. Revista de Processo, São Paulo, n. 78, abr.-jun. 1995, p. 85-96.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário*. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 177, nov/2009.

THEODORO JR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, Síntese, v. 6, n. 36, p. 19-37, jul./ago. 2005.

\_\_\_\_\_. *As novas reformas do Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. V. I. 43.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *Execução - Rumos Atuais do Processo Civil em face da Busca de efetividade na prestação Jurisdicional*. Revista de Processo, São Paulo, ano 24, n. 93, p. 28-44, jan./mar. 1999.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. *A legitimação ativa nas ações coletivas: um contributo para o estudo da substituição processual*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2003.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Recursos repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Resolução 8 do STJ) nos processos coletivos*. Revista de Processo, São Paulo, ano 33, n. 163, p. 28-49, set. 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre a efetividade do processo*. Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 324, out. 2004, p. 7-15.

WATANBE, Kazuo. *Relação entre De s. 2*. ed. São Paulo: Editora Revista dos manda Coletiva e Demandas Individuais. Revista de Processo, São Paulo, n. 139, p.28-35, set. 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direito Tribunais*, 2007.

# SISTEMA TRIBUTÁRIO NO MODELO GERENCIAL DE ESTADO: ANÁLISE DO PROJETO DE REFORMA TRIBUTÁRIA

## TAX SYSTEM MODEL MANAGEMENT OF STATE: ANALYSIS OF TAX REFORM PROJECT

*Fábio Martins Bonilha CURT\**

*“Sempre se viu a sociedade modificar as leis; nunca se viu as leis modificarem a sociedade.” (CRUET, Jean)*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 - A evolução da administração pública e do sistema tributário no Brasil; 2 – Reforma tributária no modelo gerencial de estado: análise da PEC 233/08; Conclusão; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo principal analisar a proposta de reforma tributária que tramita por meio do Projeto de Emenda Constitucional n. 233/08 e verificar o discurso promovido para justificá-la e as reais necessidades de nosso ordenamento jurídico tributário. Isso porque o sistema fiscal adotado pelo Estado é reflexo do modelo de Administração Pública, não por outra razão, as reformas administrativas sempre foram sucedidas de reformas tributárias. Assim, os fundamentos que levaram à criação do atual modelo gerencial de Estado são os mesmos que buscam justificar a reforma tributária, de modo que é necessário fugir do senso comum e identificar os reais motivos da referida reforma para que garantias e direitos não sejam suprimidos. Para tanto, o trabalho utilizará basicamente o método dedutivo e doutrinas já consagradas figurarão como premissas para a conclusão de que as críticas à reforma da Administração Pública também se aplicam ao pretendido no âmbito fiscal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Reforma tributária; modelo-gerencial; Administração Fiscal.

---

\* Mestre em Direito pela Uninove - área de concentração: Empresa, sustentabilidade e funcionalização do Direito. (2013), Especialista em Direito Constitucional (2011) Graduado em direito pela Universidade Estadual Paulista - UNESP (2006).E-mail: [fmbcuri@gmail.com](mailto:fmbcuri@gmail.com). Artigo submetido em 23/08/2013. Aprovado em 28/01/2014.

**ABSTRACT:** This article aims at analyzing the tax reform proposal of the Project object Constitutional Amendment. 233/08 and verify the discourse promoted to justify it and the real needs of our tax law. This is because the tax system adopted by the state reflects the model of government, for no other reason administrative reforms have always been successful tax reforms. Thus, the grounds for the creation of the current management model of State are the same who seek to justify the tax reform, so it is necessary to escape the common sense and check the reasons for this reform and the real need for modification. To this end, the work uses basically the deductive method, using the already established doctrines that appear as premises for the conclusion that the criticisms that have to do administrative reform carried out can also be used in the tax field.

**KEYWORDS:** Tax reform, model management, tax administration.

## **INTRODUÇÃO**

No discurso promovido pelo senso comum prevalece que o excesso de tributação e a burocracia no âmbito tributário impedem o bom andamento da iniciativa privada e o efetivo desenvolvimento econômico de nosso país. Em ciência, porém, o senso comum não basta, sendo necessária a comprovação empírica do fato.

Ocorre que estudos já realizados comprovam que a burocracia estatal não pode ser confundida com o burocratismo, pois, enquanto a primeira é uma forma de evitar fraudes e arbitrariedades dentro da Administração Pública, o segundo é justamente o oposto, pois burocratismo nada mais é do que excesso de procedimentalismo, visando o retardamento ou dificultar o acesso a direitos. Assim, a burocracia não pode ser eliminada do nosso sistema sob pena de retroagirmos no tempo e de deixarmos de assegurar direitos e tratamento isonômico aos cidadãos.

Da mesma forma, muito já se estudou sobre a tributação no país, a qual, indiscutivelmente, é alta. Porém, tal fato por si só também não é um problema, pois um país de proporções continentais como o Brasil precisa de uma receita compatível, que não será reduzida por uma simples reforma do sistema. Logo, a discussão não deve ser direcionada aos valores arrecadados, mas, principalmente, ao modo pelo qual este Estado continental em que vivemos cobra e se utiliza da receita tributária.

Diante dessa situação, questiona-se se a forma de tributação não é mero reflexo do modelo administrativo adotado pelo Estado, pois a forma pela qual o Estado estrutura os serviços públicos reflete diretamente na forma adotada para a cobrança de tributos. Assim, um problema estudado pelo Direito Administrativo influi decisivamente em outro ramo autônomo do Direito, qual seja, o Direito Tributário.

O referido questionamento é o objeto do presente trabalho, que teve como mola propulsora a identificação de diversas semelhanças entre a evolução histórica da Administração Pública e a evolução do sistema tributário brasileiro. Por isso, o

objetivo é realizar uma análise comparativa entre os modelos administrativos e os modelos fiscais adotados pelo Brasil, partindo de um estudo histórico dos dois institutos para, posteriormente, verificar em que medida é necessária uma reforma tributária e, conseqüentemente, analisar o projeto de reforma do sistema tributário surgido em 2008, pelo então ministro fazendário Guido Mantega (PEC 233/08), e atualmente em trâmite no Congresso Nacional.

A análise dos estudos doutrinários sobre as reformas administrativas e tributárias serão o norte indicador deste estudo, o qual terá um forte viés histórico. Por isso, o método dedutivo prevalecerá, haja vista que as premissas criadas pelos referidos institutos serão utilizadas para analisarmos o atual projeto de reforma tributária, analisando o discurso proferido nos palanques eleitorais e as reais necessidades do nosso sistema tributário.

A análise histórica da Administração Pública e as críticas do modelo gerencial adotado serão fundamentadas nos estudos de Irene Patrícia Nohara, sendo, portanto, referencial teórico para a matéria. Por outro lado, a evolução histórica do Direito Tributário terá como marco referencial os estudos realizados pelo Instituto de Pesquisas Aplicadas – IPEA, encabeçados por Ricardo Versano. A partir dos dois autores supracitados, serão formadas as premissas necessárias para se verificar as reais necessidades de modificação do nosso sistema tributário sobrepondo-as e comparando-as aos fundamentos do senso comum.

## **1 - A EVOLUÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NO BRASIL**

Durante o império brasileiro, a Administração Pública ainda incipiente era caracterizada pela confusão entre os espaços públicos e privados, em razão da equivalência existente entre os poderes político e econômico. A administração Pública apenas refletia os interesses dos coronéis que dominavam as sesmarias doadas pela coroa portuguesa.

Esse patrimonialismo não se extinguiu com a Monarquia e perdurou na República Velha (1889 a 1930), pois, apesar da disseminação da alternância do Poder, característica da forma de governo então adotada, o voto não retirou o poder oligárquico dos coronéis, a Administração Pública da época refletia, então, o domínio de poucos prevalecendo as relações denominadas por Vitor Nunes Leal (1997) de “filhotismo”, “mandonismo” e “ausência de autonomia municipal”.

O “filhotismo” caracterizava-se pelo preenchimento de espaços públicos com pessoas de confiança do coronel. Da mesma forma, o “mandonismo” prevalecia e se caracterizava pela imposição da vontade dos coronéis em face da grande população, principalmente, através do controle do voto nas paróquias. Referido poder era facilitado pelo Estado Liberal que protegia a propriedade como um direito quase absoluto e garantido pela proximidade de relacionamento entre os coronéis e as forças de segurança pública. Finalmente, a ausência de autonomia dos Municípios trazia um esvaziamento dos órgãos públicos locais, que eram ocupados

pelos próprios coronéis que acabavam suprindo alguns serviços públicos básicos da população.

A estrutura existente gerava uma subordinação completa da população às vontades dos coronéis que tinham um enorme poder de barganha para com os Governadores, pois cada coronel trazia consigo um ‘colégio eleitoral’ próprio. Irene Patrícia Nohara (2011, p. 16) sintetiza esse momento histórico:

Vitor Nunes Leal enfatiza que o coronelismo não pode ser dissociado da ausência de efetiva autonomia municipal. Assim, apesar da falta de autonomia formal, num contexto em que a Lei Orgânica municipal era feita pelo Legislativo estadual o autor identifica uma autonomia ‘extralegal’ que compreendia: o poder de nomeação de cargos públicos em relações chamadas de ‘filhotismo’, pois o coronel nomeava pessoas com as quais mantinha relações; o apoio do poder de polícia estadual, na perseguição de opositores ao coronel, o que foi denominado de ‘mandonismo; e a possibilidade de administração dos recursos financeiros do município para fins pessoais, ocasionando a ‘desorganização dos serviços públicos locais’.

Nessa época, a tributação refletia a realidade de um país rural e oligárquico e de confusão dos espaços públicos e privados, de modo que era praticamente inexistente qualquer tributação sobre propriedade, mercadoria ou serviços. Isso ocorria, em primeiro lugar, porque a ausência de indústrias tornava inócua qualquer tributação de bens e de serviços e segundo porque a tributação sobre a terra e sobre os produtos dela extraídos se mostrava totalmente contrária aos interesses dos detentores do Poder.

Assim, a estrutura tributária em vigor até a década de trinta era basicamente a de incidência de tributos sobre o comércio exterior, de modo que, às vésperas da proclamação da República, metade da receita total do governo era proveniente da tributação sobre a importação e exportação de produtos (Varsano, 1996). Acrescesse a esse contexto o fato de que na época praticamente não existiam serviços públicos e, sem a necessidade de gastos, a arrecadação tributária não se mostrava como uma grande preocupação por parte do Estado.

Em suma, enquanto nossa Administração Pública esteve vinculada a um poder oligárquico, nosso sistema tributário mostrou-se incipiente e assistemático. Isso pelo fato de que o público e o privado se misturavam, não sendo interessante para um país predominantemente rural, com grandes espaços de terras dominados por poucos, criar um sistema tributário que somente a eles afetaria.

Essa situação, entretanto, começou a ser modificada a partir da década de trinta, com a criação do Código Eleitoral que instituiu o voto secreto, bem como com a industrialização tardia do Brasil, impulsionada pelos regimes totalitários europeus e pela crise norte americana. Esse novo contexto fez com que houvesse a necessidade de maior planejamento e maior eficiência em toda estrutura econômica

do país, o qual também precisava refletir sobre o novo modelo constitucional das Constituições Democráticas de 1934 e de 1946.

Tais fatores refletiram diretamente na Administração Pública que precisou se tornar mais eficiente, passando a adotar um modelo burocrático em que o trabalho precisava ser mais especializado e racional, tal como os adotados nas indústrias. Modelos estes que ficaram célebres e até hoje possuem a denominação de seus criadores, quais sejam, modelos Tayloristas e Fordistas (NOHARA, 2011, p. 23).

Nessa época, inicia-se a formação da burocracia no país, a qual representa enorme avanço, pois acabava com a promiscuidade até então existente entre o patrimônio público e privado. Assim, os serviços públicos passam a ter diversos procedimentos, tornando o serviço mais racional, impessoal e, conseqüentemente, mais justo.

Neste modelo, também chamado de burocrático, a base do funcionamento técnico é a hierarquia do serviço, que deve ser realizado de forma impessoal, segundo regras racionais, afastando-se de sua seara o arbítrio ou capricho. Admite-se no máximo a conveniência objetiva e existe um direito de representação regulamentado.

A racionalidade da burocracia relaciona-se com adequação dos meios em busca do máximo de eficiência. Assim, ela representa um modelo de organização eficiente por excelência para a resolução de problemas na sociedade [...] (NOHARA, 2011, p. 28).

Com o fim da oligarquia agrária e com o início da industrialização no país, começa a surgir um maior número de tributos, agora incidentes também sobre as mercadorias, haja vista que o crescimento de gastos públicos gerou a necessidade de uma receita maior. Tal fato foi acentuado com a Constituição de 1934, que constitucionalizou direitos sociais no país e fez com que houvesse a necessidade de uma estrutura tributária mais sólida e rígida.

A reforma administrativa iniciada na década de trinta teve prosseguimento sob a égide do regime militar no final da década de sessenta, agora sob as orientações e princípios do então Ministro Hélio Beltrão (NOHARA, 2011). O objetivo na época era descentralizar o Estado a fim de que este pudesse ocupar setores estratégicos do país, fato que se deu por meio da criação de empresas públicas e sociedades de economia mista.

Apesar do discurso de descentralização, na prática houve um enrijecimento da burocracia com a criação de diversas estatais, nas quais os órgãos de cúpula eram preenchidos por pessoas de confiança do Governo. Com isso, os militares tinham acesso a todos os serviços e produtos estratégicos, mantendo, conseqüentemente, o Poder Político e Econômico.

Ditatorial ou não, o modelo iniciado com Getúlio Vargas e perpetuado pelos Militares acabou por gerar uma rápida industrialização e o surgimento de

uma significativa classe média no país. Fato que refletiu diretamente no Direito Tributário, razão pela qual o Estado que até então não se preocupava em tributar produtos e serviços, passa a direcionar a busca de receitas nesses setores.

Não por outra razão, é justamente nessa época, que se tem a principal reforma tributária do país, com a elaboração da Emenda Constitucional n. 18/65 e a criação do Código Tributário Nacional, por meio da Lei nº 5. 172, de 25 de Outubro de 1966. Segundo Ives Gandra Martins (1994, p. 1), somente nessa época é que passamos a ter um sistema tributário. Até então, o que tínhamos era a normatização de algumas espécies tributárias e segundo o mesmo autor, uma consagração de arbítrio por parte do fisco e impunidade por parte dos sonegadores.

O curioso, entretanto, é perceber que os ideais adotados na reforma tributária foram muito semelhantes aos ideais adotados na reforma administrativa ocorrida na mesma época. Assim, passou-se a ter um sistema tributário repleto de procedimentos, com diversas obrigações para o contribuinte, cujas obrigações eram pagar determinada quantia a título de tributos e prestar diversas obrigações de fazer e de não fazer. Tristão (2003, p. 36 a 46) nos ajuda a entender os fundamentos da reforma tributária introduzida:

A Reforma Tributária de 1966, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, atribuíram ao Governo Federal todos os impostos relativos à política econômica e o poder exclusivo de criar novos impostos. Reestruturaram os tributos em todos os níveis de governo, de forma a contemplar a União com receitas relativamente mais altas (10 impostos para a União, dois para os estados e dois para os municípios), ficando ainda, reservado à União aqueles tributos cuja arrecadação era mais fácil. Soma-se a isto a transferência para o campo de competência da União, do Imposto sobre Exportações, do Imposto Territorial Rural e do Imposto sobre Operações Financeiras, tidos como importantes instrumentos da política econômica.

O novo modelo ampliou, ainda, os impostos indiretos, com a criação do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias estadual, que introduziu a inovação do critério do valor agregado em substituição às competências cumulativas.

(...)

AMED e NEGREIROS (2000, p. 286) acrescentam como aspecto significativo deste período a criação da Secretaria da Receita Federal, instituída pelo Decreto nº 63.659 de 1968, em substituição à antiga Direção Geral da Fazenda Nacional, com a finalidade de controlar o cumprimento das obrigações tributárias. Esse órgão foi criado em um momento em que se verificava um considerável crescimento da carga tributária no país, que



de um patamar que variava de 16% a 18% do Produto Interno Bruto – PIB no início da década, atingiu níveis superiores a 24% do PIB após 1968.

Percebe-se que, tal como a reforma concluída na Administração Pública pelos militares, a reforma tributária teve um caráter centralizador, trazendo para a União a maioria das receitas tributárias. Teve, também, como característica a criação de diversos procedimentos para a constituição do crédito tributário e seu controle por parte do Fisco, que passava a ter um importante órgão fiscalizatório com a criação da receita Federal em 1968.

Em suma, tal como no Direito Administrativo, o modelo de burocracia proclamado por Weber (2004) também passou a fazer parte da Administração Fiscal. Ambas as reformas buscavam adaptar o país à sua nova realidade industrial e às novas exigências de gastos públicos que se tornavam necessárias com o crescimento da classe média e com o desenvolvimento urbano então existente.

A década de noventa, por sua vez, é marcada por uma nova reforma de Estado, projetada pelo então Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira que buscou a criação de um Estado gerenciador e de um cidadão consumidor, por meio de um enxugamento das atividades estatais e da especialização de serviços, através de privatizações, concessões e parcerias com a atividade privada. Destaca-se que a implantação do referido modelo era igualmente uma exigência internacional, pois os grandes financiadores mundiais exigiam dos países em desenvolvimento diversas reformas estruturais para que houvesse acesso ao crédito. No Brasil, exigia-se a promoção de reformas administrativa, previdenciária e tributária.

Assim, toda a expansão da atividade estatal que ocorreu desde a década de trinta passava a ser revista, de modo que a burocracia passou a ser disseminada como um grande entrave ao desenvolvimento econômico que impossibilitava o crescimento das indústrias e, conseqüentemente, o desenvolvimento das classes médias e baixas.

Nesse contexto, há a disseminação da necessidade de privatizações e de adoção de modelo privado de administração, formando, assim, o Estado Gerencial, no qual o cidadão passa a ser visto como um cliente que precisa ser conquistado. Assim, o cidadão passa a margear o Estado (ao invés de se inserir nele) e apenas exige que este Estado tenha uma atuação negativa, sem que promova qualquer intervenção em seus interesses particulares.

Tal situação também refletia não só a conjuntura internacional então vivida, mas também o próprio interesse daqueles cidadãos que haviam esvaziado os espaços públicos e preferiam manter com o Estado uma relação superficial sem maiores intervenções e o Estado somente seria questionado se interferisse nos interesses individuais. Sygmunt Bauman, lembrando os conceitos de Tocqueville (2001, p.45), sintetiza essas características:

E assim há também outro obstáculo: como de Tocqueville há muito

suspeitava, libertar as pessoas pode torna-las *indiferentes*. O indivíduo é o pior inimigo do cidadão sugeriu ele. O ‘cidadão’ é uma pessoa que tende a buscar seu próprio bem-estar através do bem-estar da cidade – enquanto o indivíduo tende a ser morno, cético ou prudente em relação à ‘causa comum’, ‘ao bem comum’ à ‘boa sociedade’ ou à ‘sociedade justa’. Qual é o sentido de ‘interesses comuns’ senão permitir que cada indivíduo satisfaça seus próprios interesses? (...) As únicas duas coisas úteis que se espera e se deseja do ‘poder público’ são que ele observe os ‘direitos humanos’, isto é, que permita que cada um siga seu próprio caminho e permita que todos o façam ‘em paz’.

Assim, o modelo gerencial de administração vem ao encontro do atual perfil dos indivíduos (e não cidadãos) que “compomos” a sociedade. E, sob essa nova ótica, foi elaborado o projeto de reforma administrativa, totalmente condizente com esse modelo hedonista em que o cidadão é tratado com um consumidor que precisa ser satisfeito, independentemente do preço que se paga ou da precariedade dos serviços essenciais que continuaram centralizados na Administração Pública.

A reforma administrativa foi concretizada por meio da Emenda Constitucional n. 19 de 1998, com a promoção de diversas privatizações e com o surgimento de institutos que reduziam a participação do Estado na economia e o aproximavam da realidade privada. Da mesma forma, no mesmo período iniciou-se um movimento para reformar o sistema tributário, que somente não se efetivou em razão dos diversos conflitos de interesses federativos que o envolviam. Entretanto, a referida reforma ainda é um tema frequentemente anunciado e exigido pela sociedade que, baseada no senso comum de que os tributos entravam o crescimento econômico e encarecem o preço de produtos e serviços, pleiteia uma modificação no cenário fiscal do país.

## **2 – REFORMA TRIBUTÁRIA NO MODELO GERENCIAL DE ESTADO: Análise da PEC 233/08**

Como visto *alhures*, o sistema tributário sempre esteve vinculado ao modelo de Administração Pública adotado pelo Estado. Atualmente, nossa Administração Pública busca um modelo gerencial, cuja transformação iniciou-se na década de noventa com o modelo implantado pelo então ministro Luiz Carlos Bresser Pereira. Naquele momento peculiar de nossa história, o país passava por uma readequação do ordenamento jurídico e econômico com um novo Estado democrático, surgido com a recém-promulgada Constituição Federal e com diversos problemas sociais e econômicos a serem enfrentados.

Aparentemente, o primeiro enfoque dado pelo novo Estado foi o combate à inflação e a estabilização da moeda que facilitariam o acesso a créditos internacionais e ajudariam no crescimento do Produto Interno Bruto (PIB). Com a estabilização da moeda, o governo Fernando Henrique Cardoso iniciou-se com a

promessa de enfrentar três novas frentes de batalha, quais sejam: a promoção de reforma administrativa, de reforma previdenciária e de reforma tributária (MURTA, 2007). As três tinham como objetivo principal readequar o modelo econômico do país, reduzindo o déficit e promovendo maior eficiência na administração através de redução da burocracia existente.

A busca por eficiência, conforme exposto, foi a bandeira levantada pela reforma administrativa efetivada por Bresser, que disseminou a necessidade do fim da burocracia dentro do Estado e a remodelação das estruturas estatais. No mesmo sentido, a reforma previdenciária também foi promovida no fim da década de noventa com a Emenda Constitucional n. 20/98, que trouxe diversas inovações principalmente para os servidores públicos em regime estatutários. No entanto, a reforma tributária não foi efetivada na década de noventa e nem mesmo na primeira década do século XXI.

Isso se deveu ao fato de que a reforma tributária encontrou um grande entrave para sua concretização, qual seja, ela deveria ser promovida sem alterar as receitas dos Estados, Distrito Federal e Municípios, sob pena de ferir o pacto federativo, cuja natureza jurídica passou a ser de norma constitucional imutável, por estar no rol de cláusulas pétreas do artigo 60 da Constituição Federal. Apesar disso, a referida reforma jamais saiu da pauta dos Governos e, desde então, é objeto de discussão midiática e de promessas nos palanques eleitorais, que promovem o discurso de que a carga tributária alta impede um crescimento econômico maior e faz com que os serviços e produtos sejam mais caros em nosso país.

No entanto, o estudo histórico acima realizado demonstra que a postura adotada pela Administração Pública reflete diretamente no modelo tributário adotado. Nestes termos, é importante verificar se as características do modelo gerencial também se aplicam ao modelo de reforma tributária pretendida em nosso ordenamento. Para tanto, é necessário verificar o projeto de reforma e os discursos que o cercam.

Atualmente, a reforma tributária nacional está sendo discutida por meio do Projeto de Emenda Constitucional (PEC) n. 233 de 2008, elaborada pelo então Ministro Fazendário Guido Mantega. Segundo o autor do projeto, o objetivo é reduzir a carga tributária para facilitar o desenvolvimento econômico e a competitividade das empresas nacionais. Diz o autor, *in verbis*<sup>1</sup>

*Os objetivos principais da Proposta são: simplificar o sistema tributário nacional, avançar no processo de desoneração tributária e eliminar distorções que prejudicam o crescimento da economia brasileira e a competitividade de nossas empresas, principalmente no que diz respeito à chamada “guerra fiscal” entre os Estados. Adicionalmente, a Proposta*

---

<sup>1</sup> Texto disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=384954>, consultado em 24 /06/ 2012.

*amplia o montante de recursos destinados à Política Nacional de Desenvolvimento Regional e introduz mudanças significativas nos instrumentos de execução dessa Política Com estas mudanças, pretende-se instituir um modelo de desenvolvimento regional mais eficaz que a atração de investimentos através do recurso à “guerra fiscal”, que tem se tornado cada vez menos funcional, mesmo para os Estados menos desenvolvidos.*

De fato, buscar maior eficiência para o sistema tributário e maior competitividade para o mercado nacional é um objetivo nobre e precisa ser alcançado, principalmente em razão das dificuldades de competição de nossas pequenas e médias empresas num cenário global cada vez mais acirrado. Sob esse pretexto, não se deve estigmatizar a burocracia existente no direito tributário que, tal como a burocracia administrativa, tem o mérito de conferir isonomia de tratamento, maior transparência e segurança nos procedimentos estatais.

De fato, o Direito tributário é entendido como uma relação prestacional, na qual existem obrigações de dar, caracterizadas pelo pagamento de pecúnia ao Fisco, e obrigações acessórias, caracterizada por obrigações de fazer e não fazer (artigo 113 do Código Tributário Nacional). São justamente as obrigações acessórias que caracterizam a burocracia tributária.

Tais prestações são exigidas, principalmente, das pessoas jurídicas que devem manter um rígido sistema contábil sob pena de sofrerem pesadas sanções tributárias. Esse medo da aplicação da multa é o principal motivo da burocracia ser vista como uma vilã para o empresariado, de tal forma que a redução das obrigações acessórias no sistema tributário é uma das principais exigências para a promoção da reforma tributária, tema este que não passou despercebido nos objetivos propostos por Mantega.

De fato, a redução das obrigações acessórias melhorará o sistema brasileiro. Porém, não é ela a principal vilã tributária, mas sim o excesso de tributos e, conseqüentemente, o excesso de leis existentes. Estas dificultam a vida do contribuinte que, em muitos casos, não sabe qual é a exata obrigação tributária que deve cumprir.

Logo, a burocracia não pode ser afastada pura e simplesmente, pois, na sua medida exata, ela se mostra essencial para a garantia de direitos dos contribuintes e do fisco, já que somente através de técnicas contábeis se pode saber exatamente a origem e a finalidade das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas, diferenciando, com isso, pessoas jurídicas com finalidade lucrativa e sem finalidade lucrativa. Igualmente, garante que os valores auferidos pelos sócios correspondam a real prestação de serviços ou circulação do patrimônio realizados pela pessoa jurídica.

Percebe-se que, tal como na esfera administrativa, a burocracia no âmbito tributário se mostra essencial para que se reduzam fraudes. Da mesma forma, a exigência de uma boa técnica contábil garante que o Fisco não fará autuações

arbitrárias, atribuindo favores ou faça julgamentos parciais, tais como os ocorridos em tempos de patrimonialismo. Por tudo isso, o discurso que coloca a burocracia como um mal tributário hoje disseminado pela sociedade, não pode ser levado para a academia, que deve fazer uma análise crítica desse discurso para que não descartemos direitos e garantias importantes para o fisco e para o contribuinte.

Ademais, a competitividade de nossas empresas e o crescimento do PIB não estão atrelados às obrigações acessórias. Isso porque nosso sistema tributário possui uma característica muito peculiar que o destoa dos demais sistemas democráticos, tais como o americano ou os principais sistemas europeus, pois aqui temos inúmeros tributos indiretos que acabam sendo pagos pelo consumidor final, independentemente de sua capacidade contributiva. Em outros modelos, tributa-se mais a renda e muito pouco os serviços e produtos essenciais. Logo, a tributação desses bens acaba sendo realizada mais como controle econômico do que para fins de receita, propriamente ditos (tributando bebidas, cigarros ou produtos considerados nocivos ou desnecessários).

Assim, tal como na reforma administrativa realizada na década de noventa, o que se percebe é que a reforma tributária tem um discurso de que a burocracia é o grande entrave para o avanço econômico. Porém, é importante salientar que o Estado pode até modificar o sistema tributário, mas não reduzirá a sua arrecadação, já que ela é a sua principal fonte de receitas. Logo, o que se deve fazer é reduzir a carga para aqueles que têm menos capacidade contributiva e aumentá-la para aqueles que têm mais, respeitando, assim, o princípio da isonomia que em direito tributário adquiriu tratamento específico pelo Constituinte e é conhecido, doutrinariamente, como princípio da capacidade contributiva (artigo 145, §1º, Constituição Federal).

Percebe-se que, mais importante do que acabar com a burocracia, é modificar a forma de incidência, reduzindo a carga tributária sobre bens e serviços considerados essenciais e aumentando o número de alíquotas e faixas de imposto de renda, a fim de que o princípio da capacidade contributiva seja respeitado e ocorra uma redução real da carga tributária para aqueles que auferem menos. No mais, com a redução do número de tributos, automaticamente será reduzido o número de obrigações tributárias e, conseqüentemente, acabará o excesso de burocracia existente, ou melhor, acabará o burocratismo que apenas dificulta o acesso a direitos e garantias.

A PEC 233/08 traz reformas significativas e segue a linha de raciocínio acima exposta. Porém, para não criar conflitos federativos com os Estados, Distrito Federal e Municípios, acaba por não modificar significativamente a carga tributária incidente sobre mercadorias e serviços e, diante disso, questiona-se a sua eficácia e até que ponto vale os esforços políticos para a sua promoção. A resposta não é e nem pode ser simples. Porém, os pesquisadores e aplicadores do direito de modo geral devem buscá-la de forma científica, sem a contaminação excessiva do senso comum.

No mais, é importante que esses aplicadores e cientistas fiquem atentos para não serem contaminados pelo discurso de que a burocracia é um mal, pois, procedimentos instituídos em lei são necessários e importantes e a ausência destes procedimentos facilita favores e discriminação entre pessoas que estão na mesma situação. Logo, acabar com procedimentos, ou mesmo vê-los como um grande vilão é permitir que “mandonismos”, “filhotismos” voltem a ser uma realidade em pleno século XXI.

No mais, é preciso atentar-se para o fato de que a carga tributária não será reduzida e nem há possibilidade de que tal fato ocorra, pois os gastos públicos não permitem tal *desiderato*. No entanto, a função do cidadão é retomar o espaço deixado de lado e reivindicar uma tributação mais justa e uma melhor aplicação de receitas por parte do Fisco.

## CONCLUSÃO

Por um lado, o senso comum diz que a burocracia é um dos grandes entraves do nosso atual sistema tributário. Porém, é imperiosa a distinção entre o burocratismo e a burocracia, pois o primeiro reflete uma má administração, enquanto o segundo nos dá a certeza de que o Estado atuará de forma impessoal no tratamento dos cidadãos, evitando que privilégios e prestígios de poucos se sobreponham, como já ocorreu nos regimes oligárquicos.

Por outro lado, a divisão dos ramos científicos do direito em busca de maior didática no seu ensinamento faz com que os especialistas esqueçam a importância de uma visão do todo. Por isso, estudos científicos importantes realizados por administrativistas e constitucionalistas são essenciais para uma análise mais aprofundada da reforma tributária que há anos está em pauta e volta a ser discutida com a votação do Projeto de Emenda Constitucional 233/08.

De fato, o sistema tributário reflete o sistema do Estado adotado, de modo que o modelo gerencial atualmente vigente buscará uma tributação mais célere, reduzindo a burocracia para alguns contribuintes, sem, contudo, reduzir a carga tributária ou dividi-la de uma maneira mais justa, tal qual exige nossa Constituição Federal que positivou o princípio da capacidade contributiva como corolário do direito tributário. No fundo, os modelos administrativos e tributários vigentes apenas refletem a atual sociedade em que vivemos que, segundo Bauman, é uma sociedade pós-moderna em que os interesses individuais se sobrepõem a qualquer outro interesse.

Não por outra razão, os espaços públicos se esvaziam, de modo que a classe média brasileira deseja apenas uma carga tributária mais baixa, sem perceber que isso não irá ocorrer com a simples redução da burocracia. De fato, o problema não está setorizado. Ao invés de se discutir a distribuição das receitas tributárias ou a incidência dos tributos sobre serviços ou rendas, os cidadãos preferem criticar a cobrança do ICMS que dificulta o acesso a um carro novo.

Com isso, não percebem que não é a reforma tributária que reduzirá a carga

tributária, pois o Estado não pretende com ela reduzir as suas receitas. É preciso, ao contrário, discutir a forma pela qual essa receita será auferida, se ela respeitará o princípio da capacidade contributiva, bem como a forma pela qual o Estado se utilizará dos valores auferidos. Esses são os questionamentos que os cidadãos precisam fazer e que os cientistas precisam enfrentar. Até porque não podemos continuar com a ideia muito comum no direito de que as estruturas existentes estão falidas e precisam ser totalmente substituídas.

Nosso ordenamento jurídico tem problemas que precisam ser aperfeiçoados, mas possui inúmeras qualidades, inclusive no âmbito tributário, cujo tratamento constitucional foi extremamente amplo, justamente para garantir direitos aos cidadãos e a todos os entes federativos. Não podemos mais ter essa criatividade destrutiva, designada por Zygmunt Bauman (2001, p. 36), de limpar o lugar em nome de um novo e aperfeiçoado projeto, de modificar, desfazer, reduzir para uma produtividade ou maior competitividade.

Tal característica apenas cria uma sociedade líquida, facilmente moldável, na qual não há questionamentos profundos, mas tão somente questionamentos de interesses individuais, quando estes são afetados. Por isso, é importante trazer modificações quando elas se fizerem necessárias, mas sem desprezar as conquistas já asseguradas, principalmente no que diz respeito a uma tributação mais igualitária que garanta o princípio da capacidade contributiva previsto constitucionalmente (artigo 146, §1º da Constituição Federal).

Assim, a discussão a respeito da reforma tributária deve ter como enfoque não a redução da burocracia, mas sim como tornar o sistema mais justo. Da mesma forma, a reforma deve, necessariamente, perpassar pela forma de distribuição da receita, fato que somente ocorrerá com a conscientização dos cidadãos que devem ocupar os seus espaços públicos e com a participação efetiva da academia, cuja função se mostra imperiosa para discernir ciência de senso comum.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. São Paulo: Nova Fronteira 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS, Ives Gandra. *Evolução do Sistema Tributário*. *Revista dos Tribunais*, ano 2 – n.8, julho-setembro de 1994 – cadernos de direito tributário e finanças públicas.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MURTA, Antônio Carlos Diniz. *O crescimento da carga tributária como elemento redutor da evolução do Produto Interno Bruto no Brasil*, Congresso Nacional do CONPEDI (16. : 2007 : Belo Horizonte, MG). Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2008.

NALINI, Renato. *Ética Geral e Profissional*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma Administrativa e Burocracia: Impacto da Eficiência na Configuração do Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*. 1ª ed. São Paulo: editora 34, 1996.

TRISTÃO, José Américo Martelli, *A administração tributária dos municípios brasileiros: uma avaliação do desempenho da arrecadação*. São Paulo: EAESP/FGV, 2003. 172 p. (Tese de doutorado apresentada ao Curso de Pós-Graduação da EAESP/FGV. Área de Concentração: Organização, Recursos Humanos e Planejamento).

VARSANO, Ricardo. *A evolução do direito tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas*. Texto para discussão n. 45 divulgado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Rio de Janeiro, janeiro de 1996.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, Universidade de Brasília, 2004.



# VONTADE GERAL ROUSSEAUNIANA E DEMOCRACIA: UMA INTERLOCUÇÃO (AINDA) NECESSÁRIA

## ROUSSEAU'S GENERAL WILL AND DEMOCRACY: A DIALOGUE (STILL) REQUIRED

Leandro Garcia Algarte ASSUNÇÃO\*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Democracia e Vontade Geral; 2. Representatividade democrática e vontade geral; 3. O Conceito de Bem Comum sob a perspectiva do pensamento de Jean-Jacques Rousseau: a questão posta na Modernidade; 4. Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O artigo objetiva demonstrar a atualidade e a importância dos temas trabalhados por Jean-Jacques Rousseau em sua obra *Contrato Social*, com especial ênfase para a questão da “vontade geral” e sua relevância, nos dias atuais, especialmente para a definição dos chamados “regimes democráticos” e suas bases fundantes, tais como *democracia, representatividade democrática, bem comum e legitimidade das decisões políticas* em um ambiente democrático, procurando respostas aos questionamentos sobre se a “vontade geral” é mesmo o eco uníssono das manifestações de um conjunto de indivíduos que formam uma nação ou o resultado do apuramento de discussões até o alcance de uma determinada deliberação unânime, ou ainda se é coisa diversa, bem como se a “vontade geral” seria, ou não, imprescindível para a vida em comunidade, especialmente no âmbito de regimes ditos democráticos.

**ABSTRACT:** The article tries to demonstrate the relevance and importance of the themes discussed by Jean-Jacques Rousseau in his *Social Contract*, with special emphasis on the issue of “the general will” and its relevance today, especially for the definition of called “systems democratic “ and the bases that the systems could be founded, such as *democracy, representative democracy, welfare system and legitimacy of political decisions in a democratic environment*, seeking answers to questions about whether “the general will” is the echo unison even manifestations of a group of individuals what form a nation, or the result of the clearance of discussions to reach a unanimous decision given, or is something different like

---

\* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Membro do Ministério Público do Paraná. E-mail: lg\_assuncao@hotmail.com. Artigo submetido em 08/10/2013. Aprovado em 28/01/2014.

that, as well as “the general will” would be, or not essential to community life, especially under the rules of democratic systems.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jean-Jacques Rousseau. Vontade Geral. Bem Comum. Democracia. Direito.

**KEYWORDS:** Jean-Jacques Rousseau. General Will. Welfare System. Democracy. Law.

## INTRODUÇÃO

Há aproximadamente três séculos, boa parte das discussões sobre a legitimidade das deliberações realizadas dentro daquilo que se convencionou chamar de “Democracia” ou parte ou tem como pauta algo que pudesse ser identificado como uma vontade geral.

Essa vontade geral, que ganha importância cabal a partir da obra de Jean-Jacques Rousseau, até os dias atuais apresenta-se relevante quando se procura conferir legitimidade a qualquer decisão colegiada, que tenha por objetivo alcançar um extrato decisório que reflita o interesse comum, ou, mais contemporaneamente, o interesse público de uma dada coletividade.

A importância da questão na obra de Rousseau se mostra de plano, já no parágrafo que abre o Capítulo I, do Livro Primeiro, da sua obra *Do Contrato Social*: “O Homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros. O que se crê senhor dos demais, não deixa de ser mais escravo do que eles. Como adveio tal mudança? Ignoro-o. Que poderá legitimá-la? Creio poder resolver esta questão” (ROUSSEAU, 1999, p. 53).

Mais adiante, em sentido forte, destaca:

Se separar-se, pois, do pacto social aquilo que não pertence à sua essência, ver-se-á que ele se reduz aos seguintes termos: ‘Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo’ (ROUSSEAU, 1999, p. 71).

Sob esse viés surge, então, o questionamento: como é possível reconhecer a vontade do povo, que em hipótese detém a última palavra, refletida em decisões coletivas? Para Rousseau, essa vontade do povo pode ser determinada por intermédio da vontade geral, que, segundo ele, consubstancia-se nas leis. Todavia, a dificuldade que hoje se apresenta nesse contexto é evidente, especialmente em face da crise da representatividade democrática dos Executivos e Parlamentos em todo o mundo, que se acentuou sobremaneira nas últimas décadas do século XX e no início deste século.

E qual seria a importância de descobrir ou encontrar, nos dias atuais, essa suposta vontade geral? Em tempos de transmodernidade ou hipermodernidade, seria realmente necessário buscar, dentro da democracia, alguma ideia de vontade geral para atender ao “bem comum”, em um tempo histórico em que as decisões políticas estão cada vez mais distantes do cidadão comum e uma certa alienação converte-se em regra quanto à população em geral e sua vinculação às decisões políticas (delegando-se aos seus representantes democráticos tal mister)?

Nesse contexto, importante trazer à baila ideias rousseauianas:

Há comumente muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral. Esta se prende somente ao interesse comum; a outra, ao interesse privado, e não passa de uma soma das vontades particulares. Quando se retiram, porém, dessas mesmas vontades, os a-mais e os a-menos que nela se destroem mutuamente, resta, como soma das diferenças, a vontade geral. Se, quando o povo suficientemente informado delibera, não tivessem os cidadãos nenhuma comunicação entre si, do grande número de pequenas diferenças resultaria sempre a vontade geral e a deliberação seria sempre boa. Mas quando se estabelecem facções, associações parciais a expensas da grande, a vontade de cada uma dessas associações torna-se geral em relação a seus membros e particular em relação ao Estado: poder-se-á então dizer não haver mais tantos votantes quantos são os homens, mas somente tantas quantas são as associações. As diferenças tornam-se menos numerosas e dão um resultado menos geral. E, finalmente, quando uma dessas associações for tão grande que se sobreponha a todas as outras, não se terá mais como resultado uma soma das pequenas diferenças, mas uma diferença única – então, não há mais vontade geral, e a opinião que dela se assenhoreia não passa de opinião particular. Importa, pois, para alcançar o verdadeiro enunciado da vontade geral, que não haja no Estado sociedade parcial e que cada cidadão só opine de acordo consigo mesmo (ROUSSEAU, 1999, p. 91-92).

Este trecho do *Contrato Social*, que abre a discussão no bojo da obra sobre a essência da vontade geral, traz duas perspectivas que se mostram de suma importância para a investigação que aqui se pretende proceder.

Sob um primeiro prisma, indaga-se se o conceito de vontade geral pode subsistir ou pode ainda ser defendido dentro de um contexto macro sistêmico, onde o pano de fundo, principalmente em tempos de pós-modernidade, é o das sociedades pluralistas e multiculturais, em que uma variedade incontável de desejos e interesses surge, cada um deles de forma singular, com força de persuasão e convencimento semelhante, e que diariamente reclamam o reconhecimento e a preservação de seu espaço na ordem social estabelecida, tanto jurídica como politicamente.

Já sob uma outra perspectiva, dois questionamentos propõem-se de maneira simultânea: vontade geral realmente é sinônimo de *bem comum* ou, em verdade, nada mais é do que a tradução dos interesses e concessões do grupo politicamente dominante? Atrelado a isso, e abstraindo por ora (esta específica discussão também tem sua relevância nesta investigação) a posição rousseauiana de que a vontade deva ser geral e exercida diretamente pelo cidadão componente do povo, será possível se traduzir uma “vontade verdadeiramente geral” dentro de um Estado Democrático de Direito sem que haja mínimo respeito de garantir às minorias integrantes do corpo social o resguardo e o alcance de seus interesses?

Há que se buscar, então, eventuais traços de conexão entre os conceitos de *democracia*, *representatividade democrática*, *bem comum* e *legitimidade das decisões políticas em um ambiente democrático*, algo que se afigura indispensável para a busca de caminhos que tenham o condão de conduzir, ainda que despretensiosamente, a uma (ainda que vaga) ideia do que se pode vislumbrar por *vontade geral*, pautando-se agora a discussão em face da construção das sociedades em pleno século XXI.

Adam Przeworski, ao tratar do *governo do Povo* e, mais especificamente, ao tratar das preferências dentro desse sistema, de pronto questiona se a política se caracteriza apenas por ser uma arena em que atores com interesses externamente dados lutam para promovê-los, ou se seria então uma “ágora”, onde os indivíduos descobrem por meio de interações discursivas quais são suas identificações coletivas e, dessa forma, quais são seus reais interesses, afirmando em resposta que, efetivamente, as preferências dos indivíduos são alteradas ao longo de todo e qualquer processo de tomada de decisão política, seja por atuações de instituições, seja como resultado de processos sociais, seja ainda endogenamente por meio de interações políticas diretas estabelecidas ao longo mesmo desse processo (PRZEWORKSKY, 1995, p. 36).

Tendo essa referência como ponto inicial, é possível também definir os dados referenciais com seus marcos teóricos. Sobre democracia, em plano estrangeiro, Arend Lijphart, Robert A. Dahl e Simone Goyard-Fabre auxiliam em sua definição e trazem elementos (inclusive estatísticos) importantes nessa tarefa, da mesma forma que, em plano interno, Paulo Bonavides. Acerca da representatividade democrática e legitimidade das decisões políticas em um ambiente democrático e sua importância no alcance do interesse coletivo relevante, importantes as lições de Jon Elster são. Por seu turno, impossível tratar de bem comum sem abordar os referenciais doutrinários de John Rawls.

É então a partir dessas perspectivas que serão buscadas aproximações entre os conceitos delineados, de modo a permitir uma identificação mais precisa acerca da compreensão, em dias atuais, da ideia de vontade geral apontada por Jean-Jacques Rousseau.

## 1. DEMOCRACIA E VONTADE GERAL

De plano, cumpre destacar que, para Rousseau, a instituição da sociedade política passa pela ideia justamente da configuração de um pacto social entre os cidadãos (enquanto partícipes da autoridade soberana) ou súditos (enquanto submetidos à lei do Estado), que por seu turno dá origem à vontade geral do povo soberano.

De acordo com Rousseau, a vontade geral, em termos de definição de preferências, deve ser compreendida como uma força universal e compulsiva para mover e dispor cada parte do grupo social da maneira mais conveniente a todos os seus cidadãos/súditos, os quais, ainda que coagidos pelo Estado para o cumprimento das ordens extraídas da vontade geral, seriam ao final beneficiados por conta da produção de um bem comum, que a todos favoreceria sem, todavia, ao contrário de Hobbes, que fosse necessário ao indivíduo alienar parte de sua liberdade.<sup>1</sup>

Simone Goyard-Fabre aponta com propriedade:

Rousseau define o Governo como um corpo ‘que recebe o nome de Príncipe’ e cujos membros chamam-se de ‘magistrados ou reis, ou seja, governadores. O Governo, com efeito, é a potência que age pela potência que quer; em outras palavras, os ‘homens do poder’, que formam o corpo governamental, são apenas os ‘ministros’ ou ‘oficiais’ do soberano; portanto o governo não tem por si mesmo ‘poder’ e se limita a executar a vontade geral do povo. (...). Na pessoa do ‘magistrado’ (governante), explica Rousseau, é preciso distinguir três tipos de vontades: a vontade própria do indivíduo, a vontade do corpo comum a todos os magistrados e a vontade geral do povo soberano. Uma vez clara essa visão analítica, é importante, prossegue ele, não confundir o *nível ideal* da legislação perfeita tal como ela deve ser, e a *realidade política* – o que ele chama de ‘ordem natural’ – que traz a marca das imperfeições humanas. Portanto, numa *democracia perfeita ou ideal*, as vontades particulares devem ser ‘nulas’, ao passo que a vontade de corpo, própria ao governo, deve ser ‘subordinada’ à vontade

---

<sup>1</sup> “Isto, porém, ainda não esclarece o problema, antes parece torná-lo mais difícil, pois como entender que os homens estejam presos a vínculos que os obrigam em relação aos associados e, ainda assim, permaneçam ‘tão livres como antes’? A solução, como se sabe, está na peculiar noção de ‘vontade geral’ tal com Rousseau a emprega em sua teoria política. Não é o caso de nos determos aqui sobre as imensas dificuldades associadas a essa noção; nota-se apenas que, ao aceitar os vínculos que me obrigam frente à vontade geral, eu não estaria me submetendo a uma dominação alheia e externa, mas, dado que a vontade é a minha vontade, ou o que há de geral na minha vontade, eu continuaria obedecendo apenas à minha vontade e, por isso, permaneceria tão livre como era no estado pré-social. Mas Rousseau não se dá por satisfeito e acirra ainda mais o paradoxo à frente com a célebre passagem que recomenda a coerção, pela força pública, de todo aquele que se recusar a obedecer à vontade geral, explicando que isso não é nada mais que ‘forçá-lo a ser livre’. Compreensivelmente, tal formulação tem provocado a perplexidade, e mesmo a hostilidade, de comentadores, que enxergam aí um sinal de Rousseau endossa a submissão incondicional do indivíduo ao corpo social. (...). Ninguém negaria, é verdade, que a vida em sociedade exige restrições da liberdade de cada indivíduo para torná-la compatível com a liberdade dos demais. O que surpreende na afirmação de Rousseau não é que coerções devam ser impostas, mas que sejam elas, essencialmente, que tornem o homem livre (...)”. (MARQUES, 2008).

geral soberana que, sempre dominante, se revela a ‘regra única de todas as outras’. Em contrapartida, na *democracia real*, triunfa o individualismo natural: as vontades particulares, sempre as mais fortes, predominam sobre a vontade geral e sobre a vontade de corpo. Nesse tipo de governo, cada membro é ‘acima de tudo ele mesmo’, antes de ser magistrado e cidadão (GOYARD-FABRE, 2003, p. 163-165 – grifo no original).

Essa reflexão já nos impende a visualizar, em um mundo do *ser* (e não do *dever ser*), que, dentro de um espaço democrático, nas decisões políticas tomadas no cotidiano, inclusive naquelas mais importantes, a opção política pode apresentar certa dificuldade em ser compreendida como vontade do poder soberano, haja vista que os motivos que determinam a escolha por uma determinada opção política, na prática, são valorados e sopesados, efetivamente, não pelo suposto detentor do poder estatal (o povo diretamente – democracia direta), mas pelos detentores do poder político, que, a despeito de representantes do detentor do poder real, muitas vezes não afinam seu discurso ao do representado, produzindo deliberações políticas em nome do povo que, em absoluto, poderiam ser identificadas como *resultado da vontade geral*.<sup>2</sup> Quando Rousseau<sup>3</sup> apontava que a vontade geral jamais poderia ser expressada senão por manifestação direta do verdadeiro detentor do poder (povo/cidadãos/súditos), em evidente oposição à delegação desse poder a representantes do povo (que não o exerceriam diretamente), porventura tivesse em mente justamente este tipo de dificuldade.

---

<sup>2</sup> Alain Touraine faz interessantes observações sobre o tema: “Em vários países ocidentais fala-se, há muito tempo e cada vez com maior insistência, de uma crise da representação política que seria responsável por um enfraquecimento da participação. A observação é fundamentada porque as bases sociais da vida política foram-se enfraquecendo e deslocando à medida em que tais países abandonavam a sociedade industrial que era dominada pela oposição entre empregadores e assalariados. Nessas sociedades, a maior parte da população ativa não faz parte do mundo operário, nem do mundo dos empresários, ainda que sejam pequenos artesãos ou comerciantes. O mundo dos empregados não é uma simples extensão do mundo dos operários e a categoria dos quadros encontra-se, igualmente, afastada dos assalariados de execução e dos decididores. Mais ainda, essas sociedades são definidas tanto pelo consumo e comunicação de massa, pela mobilidade social e migrações, pela variedade de costumes e defesa do meio ambiente, quanto pela produção industrializada, de tal modo que é impossível basear a vida política em debates e atores que só correspondem de forma bastante parcial à realidade presente. Tal situação provocou a independência crescente dos partidos políticos em relação às forças sociais e um retorno dos partidos políticos à concepção que dominou a experiência inglesa no tempo da concorrência entre whigs e tories. (...) Não pode haver democracia representativa se os atores sociais não forem capazes de dar sentido à sua ação, em vez de recebê-lo dos partidos políticos. É aí que o pensamento democrático, ou pelo menos a concepção que é apresentada aqui a seu respeito, se opõe o mais diretamente possível ao jacobinismo à maneira francesa e ainda mais claramente ao leninismo: ambos devem ser considerados como forças antidemocráticas tanto por sua orientação geral, como por suas práticas históricas. A democracia à maneira francesa e à maneira latino-americana – sem fazer qualquer menção ao regime revolucionário soviético que, imediatamente, deixou de lado a democracia – corre o grande perigo de reduzir os atores sociais ao estado de massa; sendo assim, estes não passariam de um recurso político e, por conseguinte, acabariam por se destruir ao subordinar a ação social à intervenção política que dispõe, então, no momento de seu triunfo, das armas do poder, sem ter de enfrentar uma força capaz de limitar sua onipotência” (TOURAINÉ, 1996, p.79-81).

<sup>3</sup> “Porque só a vontade geral obriga os particulares, e só podemos estar certos de que uma vontade particular é conforme e vontade geral depois de submetê-la ao sufrágio livre do povo. É nula toda a lei que o povo diretamente não pode ratificar, em absoluto não é lei” (ROUSSEAU, 1999, p. 383).

A questão que se apresenta, então, é: como superar esse impasse? Em outra medida: é mesmo possível superá-lo? Tomando por paradigma o Estado brasileiro, construído de acordo com o modelo de *Estado Democrático de Direito*<sup>4</sup>, em que o distanciamento entre os verdadeiros detentores do poder político e o corpo de cidadãos é absurdamente evidente, e mesmo onde historicamente a própria categoria “povo” não detém coesão e engajamento na discussão de questões políticas (principalmente quando não há nenhum tipo de interesse econômico ou eleitoral diretamente em jogo motivando tal postura), uma eventual alternativa seria apelar para argumentos abstratos e metafísicos, como, por exemplo, o desenvolvimento social da “solidariedade”, do “comprometimento cívico” e do “senso de comunidade”, inclusive com políticas públicas predominantemente voltadas para esse tipo de vida social na busca do bem comum, na forma sugerida, por exemplo, por comunitaristas como Michael J. Sandel (2012).

Todavia, esse tipo de resolução para tais questionamentos, além de trazer em si altíssimo grau de abstração, sinaliza resultados incertos como retorno, mesmo sem se tomar em consideração o fato de que, por exemplo, de acordo com a realidade empírica brasileira, trabalha-se com a perspectiva de um país onde vivem quase 200 (duzentos) milhões de indivíduos, que apresenta proporções continentais e características individuais e sociais tão díspares entre as suas diversas regiões. Ademais, mesmo filosoficamente, a alternativa comunitarista, ao menos em termos teóricos, é por demais fluida, não servindo exatamente para a apresentação de soluções que demandem respostas práticas e diretas ao problema apresentado.

Uma alternativa pragmaticamente mais viável e factível, assim, seria, então, buscar alternativas dentro do próprio contexto de Democracia, a fim de se permitir que as decisões políticas de relevo possam se aproximar mais da chamada “vontade geral” e ter relação maior de interação com a busca do *bem comum*.

Para que a vontade geral cumpra o seu papel, é necessário dar ao corpo político movimento e ânimo para que possa desempenhar a tarefa de zelar constantemente pelo manutenção dessa cláusula essencial do contrato. Daí dotá-lo de um sistema de leis fundamentais que fixem o conteúdo concreto da vontade geral. Ao ancorar o exercício da soberania popular no consenso normativo, estabelecendo um acordo unânime entre os indivíduos no que se refere à adoção de um princípio de justiça política como fundamento da vida pública, Rousseau se distancia definitivamente do estado de natureza, pois antes os homens se guiavam somente pelo ‘amor de si’, por suas vontades particulares, e agora passariam a agir sob o império da vontade geral. Assim sendo, as leis são para Rousseau, como “atos de vontade geral” expressos pelo conjunto dos cidadãos no exercício

---

<sup>4</sup> A Constituição da República, em seu artigo 1º, caput, prescreve que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito.

do interesse público. Na primeira versão do *Contrato Social*, Rousseau definia a vontade geral como sendo o ato puro do entendimento próprio de cada indivíduo, que raciocina no silêncio das paixões sobre o que o homem pode exigir de seu semelhante, e sobre o que o seu semelhante tem direito de exigir dele, estabelecendo como um critério de justiça a ser seguido. O povo, submetido às leis, deve ser seu autor, pois só àqueles que se associam, cabe regulamentar as condições da sociedade (PINTO, 2005, p. 90).

Rousseau, destarte, defenderá que, objetivamente, é a *lei* o resultado concreto da expressão da vontade geral, definindo-a como resultado da universalidade da vontade e do objeto, denominando ainda de *república* “todo o Estado regido por leis, sob qualquer forma de administração que possa conhecer” (ROUSSEAU, 1999, p. 107).

Tendo por corte metodológico, aqui, a legislação infraconstitucional regularmente produzida pelos Paramentos (e aqui, em especial, pelo Parlamento brasileiro), afigura-se inferir que tal conclusão, se válida um dia, atualmente não tem correspondência com a realidade empírica da construção de normas jurídicas, isto por conta, em especial, de três argumentos.

Em primeiro plano, como alhures apontado<sup>5</sup>, e a reboque de toda a crítica dirigida ao positivismo jurídico, ante a clara crise da representatividade vivenciada pelos Estados Democráticos no que se refere ao exercício de mandatos políticos (ao menos pela experiência brasileira), efetivamente não há como se identificar a *lei positiva* (norma positivada) como resultado da vontade geral e como garantidora do alcance do bem comum ou do interesse público, em decorrência da já aventada crise da democracia representativa que, em certa medida, obstaculiza válida correlação entre as posições do Parlamento na regulamentação geral e abstrata da vida em sociedade e o corpo social, o povo, sobretudo porque, mesmo quando as constituições em geral, todo o poder (de Estado) ao povo, há uma impressão difundida de que na realidade as coisas não se passam desse modo (MÜLLER, 2010, p. 41).

De outro plano, porque parece ser inviável aceitar qualquer teoria que acabe por concluir no sentido de que, uma vez manifestada a opinião sobre determinado assunto pela maioria (do povo ou de seus representantes, não importa), tal opinião converte-se automaticamente em vontade geral, como se fosse mesmo representação do detentor do poder.

Em terceiro lugar, e aqui acompanhando o raciocínio de Jon Elster (2009, p. 125), é possível supor, numa dada situação hipotética, que cinquenta e um por cento dos representantes do povo (integrantes do Parlamento nacional – “magistrados”, segundo a categorização rousseauiana) queiram proteger a

---

<sup>5</sup> E cuja demonstração empírica parece desnecessária aqui, dada a obviedade da afirmação.



propriedade, mas temam que seu ponto de vista futuramente possa se tornar uma opinião minoritária junto à população; nesse caso, poderiam desenvolver meios para procurar fortalecer seu ponto de vista usando sua maioria de cinquenta e um por cento para, então, exigir uma maioria de sessenta e sete por cento para desfazer essa disposição, em um claro exemplo de que a simples maioria entre os representantes do povo, em uma determinada questão, não pode evidentemente ser traduzida de imediato como *expressão da vontade geral*.

Por conta disso, e sem qualquer pretensão em reduzir a importância do instrumento político da representatividade democrática, é possível inferir que no âmbito de um regime democrático não se pode vislumbrar em regra a *lei* como expressão da vontade geral e como um dado fundamental e imprescindível para o alcance do bem comum.

Nesse contexto, e transpondo a problemática para a era moderna<sup>6</sup> poderia, então, a *Constituição* (e não a *lei*) ser esse veículo de expressão da vontade geral, quer pensada a Constituição sob a perspectiva da norma fundamental analítica kelseniana, quer pensada sob a perspectiva da norma fundamental normativa kantiana ou da norma fundamental empírica de H. L. A. Hart?<sup>7</sup> Seria este instrumento definidor da composição e do fundamento da ordem política de um dado Estado, no contexto da Modernidade, o vetor válido para o alcance do bem comum, ou o catalizador dos fatores que compõem a vontade geral?<sup>8</sup>

Neste ponto, importantes as considerações de Arend Lijphart:

Existe uma constituição que age como ‘lei superior’, que vincula o Parlamento, e que não pode ser alterada por uma maioria regular do Parlamento, ou será este Parlamento – isto é, sua maioria – o supremo e soberano criador de leis? A primeira variável é a facilidade ou a dificuldade para se fazer emendas à constituição: a distinção convencional se faz entre as constituições flexíveis, que podem ser modificadas por maiorias regulares, e as constituições rígidas, que requerem supermaiorias para poderem sofrer emendas. A segunda variável refere-se à presença ou ausência de revisão judicial. Quando a constituição e uma lei ordinária entram em conflito, quem interpretará a constituição? O próprio Parlamento – de novo, significando a maioria do mesmo – ou um outro corpo político, como uma corte ou um conselho constitucional especial, fora e independente do Parlamento? (...). Em um breve apêndice, discuto o papel dos referendos, aos quais frequentemente se recorre no processo da

---

<sup>6</sup> A registrar que a obra “Do Contrato Social” foi escrita por Jean-Jacques Rousseau em 1757 e publicada em 1762, anteriormente, portanto, às Constituições norte-americana (1787) e francesa (1791).

<sup>7</sup> Por todos, vide Alexy (2009).

<sup>8</sup> “Em todas as sociedades ocidentais, com exceção da Grã-Bretanha (e, mais ambigüamente, Israel), a vida política é regulamentada por Constituições escritas. (...) De agora em diante, considerarei especialmente as Constituições escritas, embora pretenda discutir ocasionalmente como as convenções não-escritas podem ter efeitos similares” (ELSTER, 2009, p. 129 – grifo nosso).

emenda constitucional: devemos vê-los principalmente como instrumentos majoritários ou, antes, como incentivos para a busca do consenso? (LJPHART, 2003, p. 247).

Interessante destacar que, em um primeiro plano, Robert A. Dahl assevera reservar o termo *democracia* para aquele sistema político que tenha, como uma de suas características, a qualidade de ser inteiramente, ou quase inteiramente, responsivo a todos os seus cidadãos, cabendo pontuar, giro outro, que responsividade em âmbito democrático se afere na práxis quando os procedimentos democráticos conduzem a que o governo promova e implante políticas que expressem as preferências dos cidadãos, vale dizer, que sejam *respostas às preferências dos cidadãos* (DAHL, 2005, p. 26). Em segundo plano, todavia, também se denota que a existência da *lei* como expressão da vontade geral ou como instituto de caráter geral e abstrato não se encontra entre os 08 (oito) requisitos apresentados por Dahl para a existência e sustentação de um regime democrático (ou de uma poliarquia, como prefere o referido autor).<sup>9</sup>

Com efeito, a resposta (ou uma sinalização desta, ao menos) aos questionamentos supra deduzidos, em verdade, exigiria uma incursão intensa sobre os debates e estudos acerca da importância da Constituição para os regimes democráticos e dentro da formação dos Estados Democráticos de Direito, em especial neste início de Século XXI, o que, todavia, foge ao âmbito estrito desta investigação.

Entretanto, ao menos em um exame perfunctório, é possível apontar que a tese de que a Constituição pode servir como expressão da vontade geral e como vetor para o alcance do bem comum (ou do interesse público) apresenta argumentos mais robustos e consistentes do que a tese de que compete à *normatividade regular* (lei em sentido formal) tal papel, permitindo ao menos identificar uma vinculação concreta entre o conceito de vontade geral e a realidade empírica atual.<sup>10</sup>

## 2. REPRESENTATIVIDADE DEMOCRÁTICA E VONTADE GERAL

A questão da representatividade política não passou despercebida por Rousseau, sendo ferrenho opositor da possibilidade de delegar o poder emanado do pacto social (ao que chama de *soberania*), assinalando inclusive que o soberano, ser coletivo através do qual se dá o exercício da vontade geral, não pode ser representado a não ser por si mesmo.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> São os seguintes os requisitos dahlsianos: “1. Liberdade de formar e aderir a organizações; 2. Liberdade de expressão; 3. Direito de voto; 4. Elegibilidade para cargos públicos; 5. Direitos de líderes políticos disputarem apoio e votos; 6. Fontes alternativas de informação; 7. Eleições livres e idôneas; 8. Instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferência” (DAHL, 2005, p. 27).

<sup>10</sup> Aqui, evidentemente, procurando estabelecer uma diferenciação conceitual entre Constituição e lei, tanto material, quanto formalmente, bem como ainda no que tange à essência (ontológica) de ambas.

<sup>11</sup> “Uma outra instituição que merece muita atenção por parte de Rousseau é a da representação política. A força de suas expressões no capítulo VX do livro III do *Contrato* poderia dar a entender uma certa intransigência quanto a um mecanismo que ficaria consagrado pelas democracias modernas. No entanto, para permanecer coerente a seus

A despeito da posição defendida por Rousseau, e sem olvidar de que a representatividade do povo (detentor do poder em última instância), em um Parlamento para as deliberações políticas que afetam a Nação atravessa uma grave crise de legitimidade nos dias atuais, ainda hoje se procura desenvolver a ideia de vontade geral inserida em um contexto representativo-democrático, vale dizer, relacionando-a ao modelo de regime democrático<sup>12</sup>, ainda que necessário contextualizar as críticas de Rousseau relativas à impossibilidade, sob sua ótica, de se extrair a vontade geral através da atuação de representantes do povo escolhidos de forma legítima e democrática.

Como aponta Antônio Manuel Hespanha, ao tratar em paralelo a lei formal positivada e a democracia parlamentar, a partir da segunda metade do século XX, com a queda dos regimes totalitários e autoritários na Europa Ocidental, a crítica ao puro legalismo exacerbou-se ainda mais, em virtude de que se atribuiu a uma identificação entre direito e lei construída pelos estados totalitários, para os quais o direito posto era manifestação do poder, a maior parte da responsabilidade pelas atrocidades cometidas, posto que, independentemente do conteúdo, qualquer manifestação de vontade do legislador ou do soberano era reputada como direito legítimo. Nessa medida, registra Hespanha, também o princípio democrático foi colocado em questão, face ao imperativo de que o povo, então, pudesse se exprimir não pela forma caótica e manipulável do sufrágio, mas sim através de um método racional e regulado do direito do Estado, e que pudesse ainda ser enriquecido pela colaboração tecnicamente informada dos juristas e operadores do direito (HESPANHA, 2009, p. 325-327).

Sob essa mirada, o objetivo aqui (sem pretensões de inovar ou criticar a obra rousseauiana ou de seus seguidores) é tentar buscar algo ao menos conceitualmente próximo da chamada *vontade geral*, e, nisto imbricado, qual sua verdadeira expressão após três séculos do início do debate acerca de sua existência e importância.<sup>13</sup>

---

princípios, sempre na exigência de legitimidade da ação política, Rousseau não admite a representação ao nível da soberania. Uma vontade não se representa. ‘No momento em que um povo se dá representantes, não é mais livre, não mais existe’. O exercício da vontade geral através de representantes significa uma sobreposição de vontades. Ninguém pode querer por um outro. Quando isto ocorre, a vontade de quem a delegou não mais existe ou não mais está sendo levada em consideração. Donde se segue que a soberania é inalienável. Mas Rousseau reconheceria a necessidade de representantes a nível de governo. E, se já era necessária uma grande vigilância em relação ao executivo, por sua tendência a agir contra a autoridade soberana, não se deve descuidar dos representantes, cuja tendência é de agirem em nome de si mesmos e não em nome daqueles que representam. Para não se perpetuarem em suas funções, seria conveniente que fossem trocados com certa frequência”. (NASCIMENTO, 2006, p. 197-198).

<sup>12</sup> Por exemplo, Rawls (2002, p. 319): “Uma quinta ideia do bem que se encontra na teoria da justiça como equidade é a do bem representado por uma sociedade política, mais precisamente, do bem que os cidadãos efetivam ao mesmo tempo enquanto apoiam um regime constitucional justo e o administram”.

<sup>13</sup> “Graças à sua teoria da vontade geral, Rousseau é considerado como um dos precursores da democracia ao privilegiar a politização dos indivíduos por meio da igualdade de participação direta no poder soberano em prol do bem comum da comunidade, refletindo assim o exercício da vontade geral como condição imprescindível para a legitimidade de qualquer poder civil” (PINTO, 2005, p. 96).

Considerando o acima exposto, reforçando-se a tese de que a *Constituição* pode servir como expressão da vontade geral e como vetor para o alcance do bem comum (ou do interesse público), e não a simples *lei formal positivada*, poder-se-ia identificar, em um patamar primeiro, como verdadeiros representantes do detentor do poder povo, os integrantes/componentes/delegados (aqui a denominação é o menos importante) da Assembleia Nacional Constituinte.

Em verdade, portanto, em um primeiro plano, os membros da Assembleia Nacional Constituinte, já que responsáveis pela elaboração do texto da Constituição, e sendo esta em tese expressão da vontade geral justamente por sua precípua função de *constituir* o Estado, poderiam ser identificados como autênticos representantes do povo, categoria esta detentora do poder em última análise, visto que sua função é a de construir, através da Constituição, um novo Estado e, em certa medida, uma nova nação.<sup>14</sup>

Em termos de acomodação ideológica dos conceitos, e procurando uma melhor definição destes, afigura-se de certo modo crível que se possa identificar a *Constituição* (e não a *lei*) como expressão da vontade geral rousseauiana (nos dias atuais, e não à época do *Contrato Social*), bem como os membros da Assembleia (Nacional) Constituinte (e não os membros de atual composição do Parlamento), em tese, reuniriam características para ostentar, a despeito do posicionamento do próprio Rousseau sobre o tema, a condição de representante do povo, de quem *emana todo o poder*, conforme estampa, do mesmo modo que textos constitucionais estrangeiros, o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

Tal aproximação com pretensão de conclusão, todavia, não está isenta de ser posta em dúvida.

---

<sup>14</sup> “Uma introdução necessária a essa questão é se as Assembleias Constituintes poderiam elas próprias estar sujeitas a restrições que limitassem seus poderes de restrição ou de auto-restrição. Essa questão surge pelo simples fato de que em geral as Assembleias Constituintes não são autocriadas. A decisão de convocar uma Assembleia Constituinte deve ser tomada por uma autoridade externa. Nos Estados Unidos, foi tomada pelo Congresso Continental; na França, em 1789, pelo rei; na França, em 1848 e 1946, pelo governo provisório; no Japão e na Alemanha Ocidental após a Segunda Guerra Mundial, pelo poder de ocupação; na Polônia, Hungria e Bulgária depois de 1989, pela chamadas Mesas-Redondas entre o velho Regime e a oposição. Embora uma Assembleia autoconvocada possa parecer uma impossibilidade lógica, o Parlamento de Frankfurt de 1848 se encaixa nessa descrição, até certo ponto. Em 5 de março de 1848, cinquenta e um líderes autoneomeados da população se reuniram em Heidelberg para discutir o futuro da Alemanha, ‘sem a legitimação do Estado, sem a autorização explícita de ninguém, sem um procedimento de seleção regular, com o poder outorgado somente por sua própria vontade política. Formaram o ‘Vorparlament’ que se reuniu em Frankfurt em 31 de março. Esse grupo, por sua vez, votou por eleições para uma Assembleia constituinte e montou um comitê para ajudar a administrá-la. Essa Assembleia se reuniu em 18 de maio. Uma vez tomada a decisão de convocar uma Assembleia Constituinte, os delegados devem ser eleitos ou selecionados. Nesse caso, também, há a necessidade de uma autoridade exterior. Os delegados não podem selecionar a si próprios. Mais uma vez, há um espectro considerável de variações nos procedimentos de escolha. Nos Estados Unidos, eles foram selecionados pelas Assembleias Legislativas dos estados, exceto o da Carolina do Sul, onde a Assembleia Legislativa autorizou o governador a escolher os delegados. Na França de 1789, eles foram escolhidos pelos três estados. Na França e na Alemanha em 1848, foram eleitos diretamente por sufrágio universal. Essa tem sido a regra na elaboração da maioria das Constituições do século XX, com exceção das Assembleias eleitas indiretamente que elaboraram a Constituição indiana de 1948 e a Constituição alemã de 1949” (ELSTER, 2009, p. 139-140 – grifo nosso).

Com efeito, faz-se então possível vislumbrar, desta forma, um nexo jurídico-político entre representação democrática e vontade geral, tendo por base a Constituição e a Assembleia Constituinte. Contudo, tal ponderação suscita, imediatamente, questionamentos do tipo: E aqueles que exercem o “poder constituinte derivado”? Seriam também representantes do detentor do poder neste ínterim, mesmo que estes e os membros do Parlamento Nacional, em última análise, sejam as mesmas pessoas?

Questionamentos de extrema pertinência e que, em verdade, demandam um trabalho separado somente para eles, visto que fogem ao exame proposto nesta investigação.

Retomando o ponto investigado, é de se reconhecer que, obviamente, tal dado não serve para explicar qual o vínculo entre vontade geral e bem comum, ou mesmo se realmente existe tal vínculo, sendo imperioso também tratar a questão tendo por base uma tentativa de aproximação entre as ideias de bem comum e vontade geral.

### **3 O CONCEITO DE BEM COMUM SOB A PERSPECTIVA DO PENSAMENTO DE JAN-JACQUES ROUSSEAU: A QUESTÃO POSTA NA MODERNIDADE**

A aproximação entre os conceitos de *bem comum* e *vontade geral* é inegável. Mesmo a partir de Rousseau, possível é concluir que do exercício da vontade geral de forma legítima pelo poder soberano outro resultado não se alcança senão o próprio bem comum, mesmo que, no extremo, pense-se tal realidade a partir da sociedade complexa de nossos dias.

Vontade geral e interesse comum são termos que remetem um ao outro. Em especial, não é possível haver a primeira se não existe já, ainda que apenas parcialmente articulado, o segundo. Efetivamente, um dos interesses do esforço de descobrir qual é a vontade geral está em que isso é uma maneira de tentarmos justamente articular o interesse comum – e, com isso, enxergar mais nitidamente os laços que nos unem em uma comunidade política (REIS, 2010, p. 13).

Implicando-se mutuamente, em teoria, impõe-se que se busquem respostas válidas para se atestar se é factível alcançar o bem comum através de instrumentos que, em última análise, expressariam o resultado da vontade geral.

Esse debate acaba por se estabelecer no âmbito de uma questão que afeta a vontade geral em si: nesta ótica, o bem comum poderia ser teoricamente compreendido como aquele que atende ao interesse da maioria que delibera e expressa a vontade geral em um regime democrático, ou deveria o bem comum também abarcar e respeitar minorias que não corresponderiam aos anseios de uma vontade geral dentro da democracia?

Paulo Bonavides, comentando sobre a realidade brasileira, atesta com

precisão que a representação majoritária produz a tendência de ignorar, afastar ou mesmo eliminar do processo político decisório de divisão de bens e oportunidades toda e qualquer minoria econômica ou política, visando estabelecer uma homogeneidade superficial ou mesmo imposta ao corpo social, tomado em sua universalidade, que, a despeito de escondê-las, não as anula ou as integra, circunstância que, então, vem a gerar grande parte dos mais profundos dissídios sociais brasileiros. Adverte, ainda, que esta tendência, no Brasil, acaba por produzir desequilíbrios materiais gravíssimos, a impedir o surgimento e solidificação de uma verdadeira democracia social (BONAVIDES, 2010, p. 460).

Giro outro, deixando a esfera da (eventual) representação política, e partindo para o âmbito das decisões políticas e sociais feitas pelo cidadão no cotidiano social, configurando, portanto, perspectiva diversa mais ligada à práxis cotidiana, John Rawls, ao abordar a questão do bem comum sob a ótica da sua obra “Teoria da Justiça”, sustenta que o desejo de todos em alcançar o bem comum e, de outra parte, agir da forma justa, acaba por exigir que todos os demais também o façam, e este poderia ser um marco fundamental para a construção do bem comum a partir do instrumento da vontade geral.

Nessa medida, sobre o exercício político das minorias no âmbito do corpo social, Rawls (e também Ronald Dworkin) pensa, em oposição ao utilitarismo igualitário, que o conjunto de direitos teria como finalidade funcionar como limite destinado justamente a impedir que alguma minoria pudesse sofrer desvantagens na distribuição de bens e oportunidades ante a circunstância de uma maioria de indivíduos que imagina e sustenta que aquele grupo minoritário, por sua condição, seria merecedor de benefícios menores do que os recebidos pela maioria do agrupamento social (GARGARELLA, 2008, p. 10). Se o contratualismo ocupa um lugar muito significativo na teoria da justiça de John Rawls, tal característica o aproxima de Rousseau e das discussões sobre a relação bem comum-vontade geral, ainda que sobre uma base epistemológica diversa. Rawls sustenta a existência de um *contrato hipotético*, o que permite pensar a vontade geral em uma perspectiva idealizada do contratualismo, conferindo assim à vontade geral também um caráter idealizador, e, nesta medida, possível ainda a discussão entre os indivíduos como forma de construir (e não somente “encontrar”) possibilidades e respostas aos enfrentamentos sociais, tendo como norte o maior ganho individual permitido (tendo o direito como limitador) para todos os integrantes da sociedade.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> “No entanto, não está claro que a posição de Rawls acabe sendo afetada por objeções como as apresentadas, sobre a relevância dos contratos hipotéticos e a possibilidade de derivar deles obrigações exigíveis na vida real. Rawls não se interessa em defender a exigibilidade dos arranjos institucionais que derivariam da posição teórica que ele propõe. Se Rawls desenvolve sua própria concepção em termos de um contrato hipotético, isso se deve ao valor desse recurso teórico como meio para pôr à prova a correção de algumas intuições morais: o contrato tem sentido fundamentalmente porque reflete nosso status moral igual, a ideia de que, de um ponto de vista moral, o destino de cada um tem a mesma importância – a ideia de que todos nos equivalemos. O contrato em questão, sem soma, serve para moldarmos a ideia de que nenhuma pessoa está, de modo inerente, subordinada às demais. Esse contrato hipotético, então, vem negar, e não refletir – como parece ocorrer nos contratos hobbesianos –, nossa desigual

Por conta disso, então, é possível afirmar que:

Rawls demonstra, na parte final de *Uma Teoria de Justiça*, que, por meio da construção de uma justiça como equidade na sociedade, atinge-se a estabilidade social plena por meio do reconhecimento mútuo calcado nas disposições humanas de ordem psicológica, da tolerância e do reconhecimento público de um senso de justiça, que conduz os cidadãos à defesa de instituições justas. Assim, todos estes fatores elevam as pessoas à estabilização de uma sociedade que visa o bem comum, fazendo com que a sociedade natural conviva com a sociedade erguida pelo contrato social, objetivo máximo da teoria da justiça de Rawls (FELDENS, 2010, p. 67-68).

A opção por entender o *bem comum* por meio da teoria de justiça rawlsiana (contrato hipotético fundamentando em uma igualdade moral dos indivíduos, posição original de igualdade, véu da ignorância, dentre outros conceitos), talvez permita vislumbrar uma ideia de vontade geral a partir da construção teórica de um estado de equidade na sociedade que possa ser justificado a despeito dos inúmeros desníveis existentes nos mais diferentes agrupamentos sociais ao redor do mundo<sup>16</sup>, que tornaria todos iguais dentro da posição original e permitiria o desenvolvimento de relações sociais mais estáveis e com maior grau de confiança do cidadão no próprio organismo social.

Todavia, tal teoria deixa de explicar, por exemplo, se o alcance do bem comum é unívoco ou plural, vale dizer, se ainda continua atendendo na prática aos interesses dos (reais) detentores do poder (especialmente político e econômico), ou se, ao contrário, permite espaço às minorias para que integrem de modo efetivo a *sociedade multicultural* dos dias atuais. Esse desafio que se escancara na pós-modernidade com o aprofundamento de sociedades cada vez mais plurais eleva a complexidade da transposição das ideias rousseauianas de vontade geral para a atualidade, e, paradoxalmente, pode confirmar ou desmentir a construção do pensamento de que a Constituição, em última análise, possa ser reconhecida como expressão teórica e empírica da vontade geral.

## CONCLUSÃO

Evidentemente, a investigação levada a efeito aqui traz muito mais perguntas do que respostas à busca por definições sobre a vontade geral, principalmente sobre se é possível transportar as ideias de Rousseau para um contexto pós-moderno estabelecido neste início de século XXI.

---

capacidade de negociação. Portanto, o contratualismo hobbesiano e o rawlsiano surgem comprometidos como uma ideia diferente de igualdade: a igualdade que interessa a Rawls não tem a ver com o igual poder físico (capaz de nos forçar a firmar um contrato mutuamente benéfico), mas com nosso igual status moral, que nos força, em todo caso, a desenvolver uma preocupação com a imparcialidade – pelo fato de se considerarem imparcialmente as preferências e interesses de cada um” (GARGARELLA, 2008, p. 19).

<sup>16</sup> E que ganham especial relevância nos países da periferia do capitalismo globalizado e globalizante.

A se manter a ideia original de Rousseau, de que a vontade geral emana diretamente do povo, que este não pode ter representantes e de que a soberania por conta disso deve ser reputada inalienável, inevitavelmente a ideia correlata será a de um Estado “reduzido, equilibrado e frugal no modo de vida”, o que em absoluto se coaduna com as sociedades transmodernas do Século XXI, mormente se a análise partir das ideias desenvolvidas por autores como Zygmunt Baumann, Slavoj Žižek e António Manuel Hespanha.

O objetivo, aqui, é transportar fundamentos ou conceitos da vontade geral como expressão do *bem comum* (ou interesse público, ou interesse geral) para o atual momento histórico, sem desnaturar suas características primordiais, ou ao menos tentando preservá-las ao máximo, sempre tentando vincular o debate a temas vitais à democracia, tais como representatividade democrática, bem comum e legitimidade das decisões políticas em um ambiente democrático.

A partir deste paradigma, tem-se como imprescindível a obrigação de fugir da armadilha de compreender que a vontade geral, como expressão do bem comum, pode partir justamente do Estado, do seu governante ou do soberano, convertendo-se em base não mais para um regime democrático, mas para o totalitarismo, com o risco de abrir espaço para que experiências traumáticas como a do nazismo e a do fascismo da primeira metade do século XX voltem a se apresentar como “alternativas” de estruturação de um Estado.

Nesta perspectiva, alternativas como a *Teoria da Justiça* de John Rawls, dentre outras, parecem apresentar um caminho mais confiável, legítimo e humano na compreensão da ideia contemporânea de vontade geral, ainda que com algumas obscuridades que, a princípio, necessitem ser superadas para que, efetivamente, possam permitir maior grau de confiança do cidadão no organismo social (considerado mesmo em sua organicidade), a despeito das dificuldades de uma melhor colocação e acomodamento dos grupos minoritários (minorias) dentro do complexo sistema social existente na atualidade deste limiar de século XXI, que tende ainda a tornar-se mais complexo, por exemplo, diante da realidade das *ciberdemocracias* descritas sobremaneira por Pierre Lévy (LÉVY, 2002).

Em tal contexto, ter a Constituição como referencial teórico e prático para o estabelecimento da vontade comum como escopo para se atingir o bem comum de um determinado corpo social mostra-se, ao menos em tese, como uma alternativa válida na busca de uma justificação teórico-filosófica que permita a discussão e o debate deste tão importante tema da obra de Jean-Jacques Rousseau para a realidade histórica do século XXI.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito, 2006.



ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. 3ª reimp. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Ed. USP, 2005.

ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Tradução de Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Ed. UNESP, 2009.

FELDENS, Guilherme de Oliveira. O consenso original em John Rawls: um idela moral para uma sociedade democrática. *Cadernos de Ética e Filosofia Política da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 17, p. 57-78, 2/2010. Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/df/cefp/Cefp17/feldens.pdf>>. Acesso em: 15 de maio de 2012.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

LÉVY, Pierre. *Ciberdemocracia*. Tradução de Alexandre Emilio. Lisboa: Piaget, 2002.

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

MARQUES, José Oscar de Almeida. *A questão da liberdade na filosofia política de Jean-Jacques Rousseau*. Texto apresentado no II Seminário Farias Brito, realizado pelo Centro de Filosofia Brasileira e o Programa de Pós-Graduação em Filosofia do IFCS-UFRJ, realizado em 23 e 24 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/~jmarques/pesq/Liberdade.pdf>>. Acesso em: 10 de agosto de 2013.

MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NASCIMENTO, Milton Meira do. *Os clássicos da política*. Organizador Francisco C. Weffort. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006. v. 1.

PINTO, Márcia Regina. A noção de vontade geral e seu papel no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau. *Cadernos de Ética e Filosofia Política da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 7, p. 83-97, 2005. Disponível em: <<http://www.ffmpeg.br/df/cefp/Cef17/pinto>>. Acesso em: 15 de maio de 2012.

PRZEWORSKI, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Tradução de Argelina Cheibub Figueiredo e Pedro Paulo Zahluth Bastos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REIS, Cláudio Araújo. *Vontade geral e decisão coletiva em Rousseau*. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/transformacao/article/viewFile/1030/929>>. Acesso em: 15 de maio de 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 5. ed. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?* 2. ed. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.

# DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS 2013

(julho/dezembro)

## ÁREA DE CONCENTRAÇÃO

*TEORIAS DA JUSTIÇA: JUSTIÇA E EXCLUSÃO*

## LINHAS DE PESQUISA

*FUNÇÃO POLÍTICA DO DIREITO*

*ESTADO E RESPONSABILIDADE: QUESTÕES CRÍTICAS*

***Adoção tardia e inclusão social: o direito fundamental à convivência familiar das crianças e inclusão em programa de acolhimento institucional***

Mestranda: Laiana Delakis Recanello

Data: 26/07/2013

Banca:

Dr. Gilberto Giacoia - Orientador

Dr. Antonio Carlos de Souza

Dr. José Roberto Anselmo

***Limites do controle de jurisdição constitucional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito Brasileiro***

Mestrando: Ivan Moizés Ilkiu

Data: 02/08/2013

Banca:

Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi - Orientador

Dr. Edinilson Donisete Machado

Dr. Fábio Alexandre Coelho

***Propriedade rural familiar, suas classes e o desafio da sustentabilidade***

Mestrando: Fabiano Alpheu Barone Barbosa

Data: 20/09/2013

Banca:

Dr. Mauricio Gonçalves Saliba - Orientador

Dr. Gelson Amaro de Souza

Dra. Raquel Cristina Ferraroni Sanches

***A função oculta da pena privativa de liberdade e do sistema prisional***

Mestranda: Fernanda de Matos Lima Madrid

Data: 20/09/2013

Banca:

Dr. Mauricio Gonçalves Saliba - Orientador

Dr. Gelson Amaro de Souza

Dra. Raquel Cristina Ferraroni Sanches

***Os direitos sexuais e reprodutivos da mulher e a atuação estatal: o respeito à diferença múltipla como fator orientador de políticas públicas de gênero***

Mestranda: Mayara Alice Souza Pegorer

Data: 28/09/2013

Banca:

Dr. Gilberto Giacoia - Orientador

Dr. Fernando de Brito Alves

Dra. Eva Alterman Blay

***Processo judicial previdenciário e colaboração processual***

Mestrando: Nathan Barros Osipe

Data: 25/10/2013

Banca:

Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi – Orientador

Dr. Fernando de Brito Alves

Dr. Nelson Finotti Silva

***Direito e dever fundamental social à saúde: a responsabilidade objetiva do estado na efetivação da saúde e na inclusão social***

Mestranda: Daniela Martins Madrid

Data: 09/11/2013

Banca:

Dr. Gelson Amaro de Souza – Orientador

Dr. Renato Bernardi

Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

***O planejamento estratégico no poder judiciário e o aperfeiçoamento na prestação jurisdicional***

Mestranda: Tatiane de Abreu Fuin

Data: 09/11/2013

Banca:

Dra. Hildegard Taggesell Giotri – Orientadora

Dr. Renato Bernardi

Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

***Um novo olhar sobre Kelsen: relendo a teoria do direito e a origem das leis a partir de conceitos psicanalíticos, com vista à concepção de uma teoria e justiça pura***

Mestranda: Thaís Savedra de Andrade

Data: 11/11/2013

Banca

Dr. Antonio Carlos de Souza – Orientador

Dr. Fernando de Brito Alves

Dr. Ricardo Pinha Alonso

***Previdência Social: trabalhadores excluídos da proteção previdenciária***

Mestrando: Sérgio Mastellini

Data: 18/11/2013

Banca:

Dr. Gelson Amaro de Souza - Orientador

Dr. Renato Bernardi

Dr. Sergio Seiji Shimura

***Simplificação processual como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa***

Mestrando: Levi Rosa Tomé

Data: 18/11/2013

Banca:

Dr. Vladimir Brega Filho - Orientador

Dr. Fernando de Brito Alves

Dr. Sergio Seiji Shimura

***O papel das agências reguladoras na concretização do direito à digna existência***

Mestrando: Marcelo Rodrigues da Silva

Data: 12/12/2013

Banca:

Dr. Paulo Henrique de Souza Freitas - Orientador

Dr. Mauricio Gonçalves Saliba

Dr. Sérgio Tibiriça Amaral

***Responsabilidade Internacional das corporações por ofensa aos direitos humanos***

Mestrando: Guilherme Sampieri Santinho

Data: 12/12/2013

Banca:

Dr. Paulo Henrique de Souza Freitas - Orientador

Dr. Antonio Carlos de Souza

Dr. Sérgio Tibiriça Amaral

***Políticas Públicas e Processo: o ativismo judicial na efetivação de direitos sociais***

Mestranda: Natacha Ferreira Nagao Pires

Data: 20/12/2013

Banca:

Dr. Valter Foletto Santin - Orientador

Dr. Vladimir Brega Filho

Dr. Wilson Donizeti Liberati

## AUTORES QUE PUBLICARAM NESTE NÚMERO

### *MÉRCIA MIRANDA VASCONCELLOS CUNHA*

Doutoranda em Direito das Relações Sociais na UFPR, membro do NEFIL/UFPR, Procuradora do Estado do Paraná, coordenadora do curso de Direito – FANORPI. E-mail: merciamva@yahoo.com.br

### *AMANDA MERLINI DUTRA*

Acadêmica do Curso de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail: amanda@hotmail.com

### *MAYARA ALICE SOUZA PEGORER*

Advogada. Professora universitária. Mestranda em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Bolsista da CAPES. E-mail: mayarapegorer@hotmail.com

### *ALINE MARIA HAGERS BOZO*

Especialista em Direito Criminal pela UNICURITIBA e Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Bolsista CAPES. E-mail: alinehagers@yahoo.com.br

### *ALVACIR ALFREDO NICZ*

Professor Titular de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Professor Associado (aposentado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Decano da Escola de Direito da PUCPR. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito Da Universidade de São Paulo - USP. E-mail: alinehagers@yahoo.com.br

### *VLADIMIR BREGA FILHO*

Professor Adjunto. Coordenador do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Sociais Aplicadas - Campus Jacarezinho - UENP. Doutor em Direito (PUC/SP). Promotor de Justiça. E-mail: bregafilho@uol.com.br

### *THIAGO PENZIN ALVES MARTINS*

Mestrando em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e graduando em História pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bolsista do CNPQ. E-mail: thiago.penzin@gmail.com

*MAKENA MARCHESI*

Mestranda em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Ministério Público e defesa da ordem jurídica pela Escola Superior do Ministério Público do Espírito Santo. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Analista judiciário do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. E-mail: [makmarchesi@hotmail.com](mailto:makmarchesi@hotmail.com)

*LEONARDO ALVARENGA DA FONSECA*

Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-graduado pela Universidade Federal do Espírito Santo e pela FADISP - Faculdade Autônoma de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Juiz de Direito do Estado do Espírito Santo. E-mail- [leon-alva@hotmail.com](mailto:leon-alva@hotmail.com)

*FERNANDO HENRIQUE ROSSI*

Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Advogado militante com atuação em Direito do Consumidor. E-mail: [frossi.adv@gmail.com](mailto:frossi.adv@gmail.com)

*VINICIUS DE AGUIAR*

Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – Centro de Ciências Sociais Aplicadas – campus de Jacarezinho/PR. E-mail: [vnsaguiar@hotmail.com](mailto:vnsaguiar@hotmail.com)

*TEREZA CRISTINA SORICE BARACHO THIBAU*

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1994). Professora associada da Universidade Federal de Minas Gerais. Vice Diretora da Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da UFMG. E-mail: [alana.oliver@yahoo.com.br](mailto:alana.oliver@yahoo.com.br)

*ALANA LÚCIO DE OLIVEIRA*

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho (2004). Procuradora do Estado de Minas Gerais. E-mail: [alana.oliver@yahoo.com.br](mailto:alana.oliver@yahoo.com.br)

*FÁBIO MARTINS BONILHA CURI*

Mestre em Direito pela Uninove - área de concentração: Empresa, sustentabilidade e funcionalização do Direito. (2013), Especialista em Direito Constitucional (2011) Graduado em direito pela Universidade Estadual Paulista - UNESP (2006). E-mail: [fmbcuri@gmail.com](mailto:fmbcuri@gmail.com)



*LEANDRO GARCIA ALGARTE ASSUNÇÃO*

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Membro do Ministério Público do Paraná. E-mail: lg\_assuncao@hotmail.com



# NORMAS PARA A APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS

## 1) Informações gerais:

A revista *Argumenta*, de periodicidade semestral, destina-se à publicação de textos originais de Ciência Jurídica, Ciências Sociais Aplicadas, e Ciências Humanas, que estejam dentro de suas linhas editoriais, com o propósito de difundir, em nível nacional e internacional, as reflexões dos pesquisadores de temas relacionados com a Justiça e a Exclusão Social.

O Conselho Editorial recomenda que os trabalhos que lhe forem encaminhados sejam inéditos ou apresentados em eventos científicos, como seminários, congressos, encontros, simpósios. Preferencialmente serão publicados artigos, resenhas de obras recentes (publicadas nos dois últimos anos), e resumos de dissertações e teses.

Os autores cedem os direitos autorais dos artigos publicados para o Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Os dados e conceitos emitidos, bem como a exatidão das referências são de inteira responsabilidade dos autores.

As colaborações deverão seguir rigorosamente as normas abaixo.

São publicados textos em Português, Inglês e Espanhol.

Os autores receberão dois exemplares da revista, a título de direitos autorais.

As submissões devem ser feitas exclusivamente por via eletrônica, pelo e-mail: [argumenta@uenp.edu.br](mailto:argumenta@uenp.edu.br).

## 2) Preparação dos originais:

Os trabalhos, que não devem exceder a 30 laudas, redigidos em papel formato A4 (21 cm por 29,7 cm), redigido preferencialmente em MS-Word 7.0 (95), MS-Word 97 ou versão superior para Windows (PC), com fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento simples, alinhamento justificado, e margens de 1,5 cm (superior e inferior) e de 2,0 cm (esquerda e direita). O cabeçalho deverá ter 1,5 cm e o rodapé 1,0 cm, os parágrafos devem ser de 1,25 cm, bem como as citações com recuo especial.

Os trabalhos devem obedecer à seguinte seqüência: título (caixa alta, em negrito, centralizado); autor (*em itálico*, alinhado à direita, apenas o sobrenome em maiúscula, seguido da primeira nota que se referirá à qualificação acadêmica e profissional do autor, colocada em nota de rodapé; resumo seguido de *abstract* (em fonte 10, com no máximo 100 palavras, versão em inglês ou espanhol); palavras-chave seguidas de keywords (em fonte 10, com até 5 palavras, versão em inglês ou espanhol, os títulos dos tópicos devem ser em negrito); texto (subtítulos sem

adentramento, distinguidos por números arábicos, em negrito, apenas a primeira letra maiúscula); Referências bibliográficas (sem adentramento, em negrito). Evitar o uso de negrito no corpo do texto, utilizando-o apenas nos tópicos indicados.

Evitar também excesso de notas de rodapé, priorizando a identificação parentética das fontes no próprio texto (Ex.: PASOLD, 1999, p. 23).

Observar as normas da ABNT (NBR-6023).

### 3) Normas específicas:

**Citação no texto:** de preferência, parentética (entre parênteses, citar sobrenome do autor, ano de publicação e número da página transcrita); se tiver mais de três linhas, redigi-la com o mesmo recuo dos parágrafos;

**Referências bibliográficas:** apresentar em ordem alfabética, iniciando pelo sobrenome do autor, com destaque gráfico (em caixa alta), Nome do autor. *O título principal em itálico*. Número da edição. Cidade: Editora, ano de publicação. As linhas seguintes à primeira não devem ser redigidas com deslocamento. Obedecer normas da ABNT para todo tipo de fonte bibliográfica.

### 4) Processo de Seleção dos Artigos

Todo artigo será submetido a dois pareceristas por meio do sistema *double blind per review*, sendo um Conselheiro Editorial, e outro Conselheiro Técnico-Científico. Os pareceristas não conhecerão a autoria dos artigos submetidos. Caso o texto obtenha dois pareceres favoráveis será encaminhado para o banco de artigos aprovados e publicado nas edições subseqüentes da revista.

Caso haja pareceres divergentes, ou sugestões de modificação do texto, caberá recurso ao Conselho Editorial, sendo que o Editor Chefe designará relator, que fará parecer definitivo sobre o mérito acadêmico científico do artigo.

Os originais não serão devolvidos em nenhuma hipótese.

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP**  
**CAMPUS DE JACAREZINHO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**  
**Programa de Mestrado em Ciência Jurídica**

Avenida Manoel Ribas, 711 – Centro – Caixa postal 103

Jacarezinho – PR – CEP 86400-000 – BRASIL

Tel.: +55 (43) 3525-0862 e + 55 (43) 3525-8953

Site: <http://www.uenp.edu.br>

[www.uenp.edu.br/mestrado/direito](http://www.uenp.edu.br/mestrado/direito) – e-mail: [mestrado.ccsa@uenp.edu.br](mailto:mestrado.ccsa@uenp.edu.br)

**Revista Argumenta**  
**[argumenta@uenp.edu.br](mailto:argumenta@uenp.edu.br)**

# RULES FOR SUBMISSION

## 1) General Information:

The Journal *Argumenta* is intended to publish the original texts of Juridical Science, Applied Social Sciences and Humanities, which are within their editorial lines, with the purpose to disseminate, at national and international reflections by researchers of issues related to Justice and Social Exclusion.

The Editorial Board recommends that the texts that have been sent be unpublished or presented at scientific meetings, seminars, congresses, conferences, symposia. Preferably publish articles, reviews of recent works (published in the last two years), and abstracts of dissertations and theses.

The authors transferring copyright of published articles for the Masters Program in Juridical Science at the State University of Northern Paraná.

The data and concepts presented, as well as the accuracy of the references are the sole responsibility of the authors.

The collaborations should strictly follow the rules below.

Texts are submitted in portuguese, english and spanish.

Authors will receive two copies of the magazine, under copyright.

Manuscripts may be submitted electronically or via regular mail, though electronic submissions are strongly encouraged and greatly appreciated. Manuscripts submitted via e-mail should take the form of attachments formatted in Microsoft Word and should be e-mailed to Journal *Argumenta*, at [argumenta@uenp.edu.br](mailto:argumenta@uenp.edu.br).

## 2) Preparation of documents:

The work, which should not exceed 30 pages, written on paper format A4, preferably written in MS-Word 7.0 (95), MS-Word 97 or later for Windows (PC) in Times New Roman, size 12, single spaced, justified, and 1.5 cm margins (top and bottom) and 2.0 cm (left and right). The header should be 1.5 cm and 1.0 cm bottom, paragraphs should be 1.25 cm, and quotes with special retreat.

Entries must have the following sequence: title (all caps, bold, centered), author (in italics, left aligned, just a last name in capital letters, followed by the first note will refer to the academic and professional qualifications of the author, placed in a footnote, summary followed by abstract (in font 10, with a maximum of 100 words in English or Spanish version) keywords followed by keywords (in font 10, with up to five words, in English or Spanish version, the Titles should be in bold) text (captions without getting through, distinguished by Arabic numerals, bold, only first letter capitalized) References (without getting through, in bold). Avoid the use of bold in the text, using it only in the subjects shown.

Also avoid excessive footnotes, parenthetical prioritizing the identification of the sources in the text (eg PASOLD, 1999, p. 23). Observe the ABNT (NBR-6023).

### 3) Specific rules:

**Citation in text:** preferably parenthetical (in parentheses, cite the author's surname, year of publication and page number of transcript), if more than three lines, I wrote it with the same indentation of paragraphs;

**References:** in alphabetical order, starting with the author's name, especially graphic (in capitals), author's name. The main title in italics. Issue number. City: Publisher, year of publication. The following lines should not be the first written with displacement. Obey ABNT for all types of source.

### 4) Selection Process for Articles

Every article will have two referees through the system per review double blind, and an Editorial Board, and other Scientific-Technical Advisor. The referees not know the authorship of articles submitted.

If the text gets two favorable opinions will be forwarded to the bank of articles adopted and published in subsequent editions of the magazine.

If there are divergent opinions or suggestions for modification of the text may be appealed to the Editorial Board, and appoint the Chief Editor rapporteur, who will make final opinion on the academic merit of the scientific article.

The originals will not be returned under any circumstances.

## STATE UNIVERSITY OF NORTHERN PARANA - UENP

*Campus Jacarezinho*

**CENTRE OF APPLIED SOCIAL SCIENCES**

**Master's Program in Juridical Science**

Avenida Manoel Ribas, 711 – Centro – Caixa postal 103

Jacarezinho – PR – CEP 86400-000 – BRASIL

Tel.: +55 (43) 3525-0862 e + 55 (43) 3525-8953

Site: <http://www.uenp.edu.br>

[www.uenp.edu.br/mestrado/direito](http://www.uenp.edu.br/mestrado/direito) – e-mail: [mestrado.ccsa@uenp.edu.br](mailto:mestrado.ccsa@uenp.edu.br)

**Revista Argumenta**

**[argumenta@uenp.edu.br](mailto:argumenta@uenp.edu.br)**