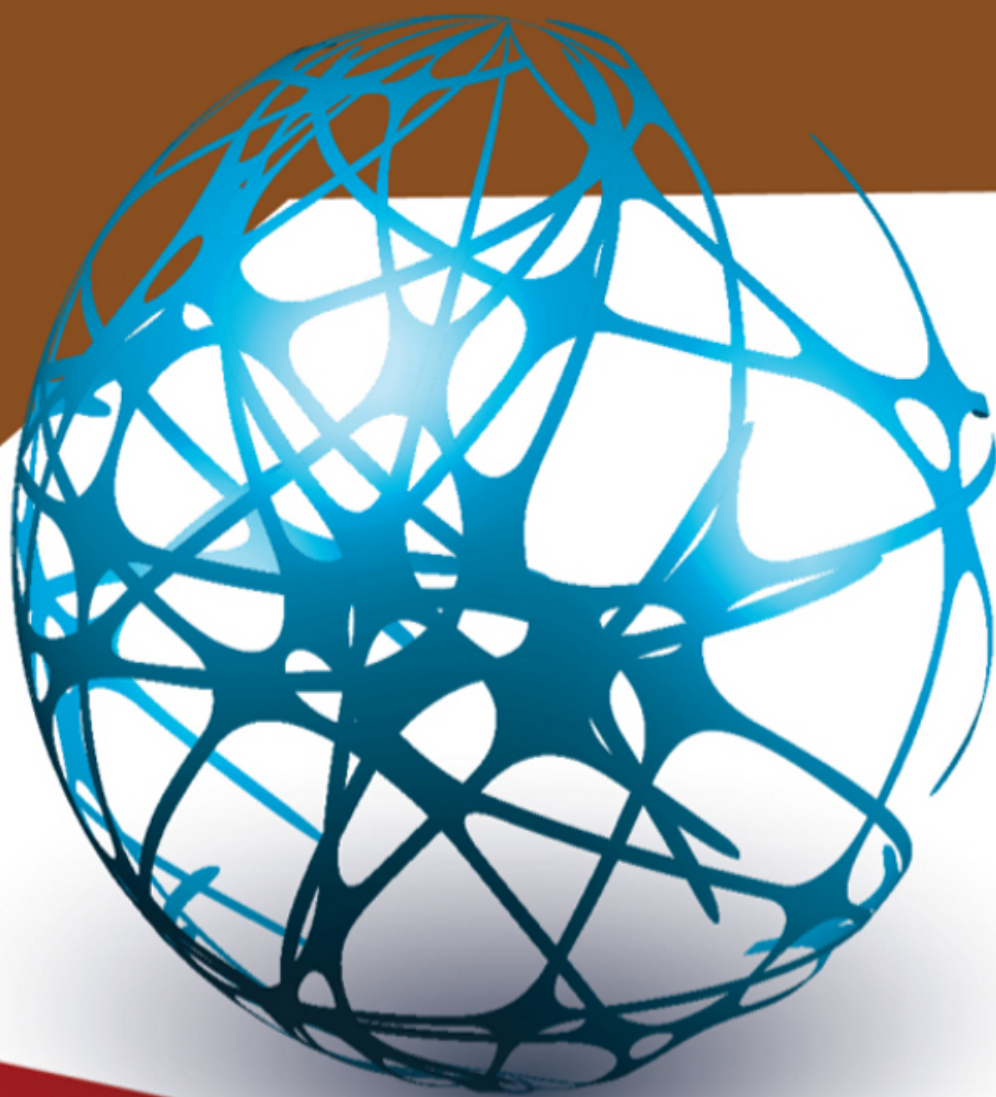


# SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS II



VI  
SIACRID

SIMPÓSIO  
INTERNACIONAL  
DE ANÁLISE  
CRÍTICA DO  
DIREITO



ORGS.

MÁRIO COIMBRA

SAMIA SAAD GALLOTTI BONAVIDES

©2016 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

**Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito**

Mário Coimbra & Samia Saad Gallotti Bonavides  
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves  
(Editor)

Vladimir Brega Filho  
Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

**Comissão Científica do VI SIACRID**

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP)  
Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Múrcia - Espanha)  
Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral (Toledo Prudente Centro Universitário e ITE/Bauru-SP)  
Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)  
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

---

Sistema Constitucional de Garantia de Direito II /  
Mário Coimbra & Samia Saad Gallotti Bonavides,  
organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2016.  
(Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica  
do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-44-9

1. Sistema Constitucional de Garantia de Direito II /  
Mário Coimbra & Samia Saad Gallotti Bonavides.

CDU-342

**Índice para catálogo sistemático**

1. Ciências Sociais. Direito. Direito Constitucional.

342

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

## SUMÁRIO

<b>O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS</b>	<b>5</b>
Beatriz Dias NASCIMENTO Marcelo Agamenon Goes de SOUZA	
<b>O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL NO BRASIL E AS POSSIBILIDADES DE AVANÇOS</b>	<b>25</b>
João Pedro Gindro BRAZ João Victor Mendes de OLIVEIRA	
<b>O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A CONSAGRAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</b>	<b>46</b>
Caroline SCHNEIDER Ellen Carina Mattias SARTORI	
<b>O LOBO E A CIVITAS: CAPTURA DA VIDA E ABANDONO DO SUJEITO DE DIREITO EM TEMPOS DE BIOPODER</b>	<b>70</b>
Caio Henrique Lopes RAMIRO	
<b>O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E A POSSIBILIDADE DE UMA POSTERIOR DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE</b>	<b>113</b>
Irene DORNELLES João Sullivan Silva da LUZ	
<b>O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO PROFERIDO EM GRAU DE APELAÇÃO, SUJEITO A RECURSO: VIOLAÇÃO OU APLICAÇÃO DA LEI PENAL?</b>	<b>129</b>
Fábio Borba ANDRÉ	
<b>O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A QUESTÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS</b>	<b>144</b>
Nayara Maria Silverio da Costa DALLEFI Ana Cristina Lemos ROQUE	
<b>O RECONHECIMENTO DA HOMOAFETIVIDADE COMO UM DIREITO HUMANO NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO</b>	<b>160</b>
Marco Antonio TURATTI JUNIOR	
<b>O SIGILO DOS DADOS ARMAZENADOS EM DISPOSITIVOS INFORMÁTICOS VERSUS A PROVA PERICIAL</b>	<b>176</b>
Bruna de Oliveira da Silva Guesso SCARMANHÃ	

Mario FURLANETO NETO

<b>O TERCEIRO SETOR NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PERSPECTIVAS E AVANÇOS</b>	<b>191</b>
Patrícia Naomi ASAKURA Bruna IMAZU	
<b>OS PERIGOS DA LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL POR MEIO DA JUSTIÇA UTILITÁRIA</b>	<b>210</b>
Giovane Moraes PORTO	
<b>OS PRIMEIROS ANOS DE WEIMAR: A GERAÇÃO DE CARL SCHMITT</b>	<b>226</b>
Fernanda Ewelyn BELTRAM	
<b>PARIDADE, IGUALDADE E ALTERIDADE COMO GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA</b>	<b>239</b>
Gustavo GOTTARDI André Murilo Parente NOGUEIRA	
<b>REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD): FRENTE AOS PRINCÍPIOS PENAS CONSTITUCIONAIS</b>	<b>261</b>
Márcia Cortez CHANQUINI Glauco Roberto Marques MOREIRA	
<b>SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS COMO LIMITE DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b>	<b>283</b>
Rogério Piccino BRAGA Ricardo Augusto BRAGIOLA	

# O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Beatriz Dias NASCIMENTO<sup>1</sup>

Marcelo Agamenon Goes de SOUZA<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente estudo trata de uma das áreas novas do Direito, qual seja, o Direito Processual Constitucional, o qual engloba tanto o direito constitucional quanto o direito processual em sua constituição. Ademais, é possível notar que se trata de um assunto essencialmente novo, e por isso está acarretando discussões entre os doutrinadores a respeito de seu objeto e matéria. Em seguida, detalhamos as partes mais importantes do direito constitucional e que atuam diretamente no DPC, e como ele trabalha junto com a democracia. Por fim, conseguimos demonstrar que seu objetivo principal é assegurar os direitos e garantias fundamentais além de manter a supremacia do texto constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Processual. Direito Constitucional. Constituição Federal. Direitos e garantias fundamentais.

## ABSTRACT

El presente estudio se refiere a la una de las áreas nuevas del Derecho: el Derecho Procesal Constitucional, lo qual engloba el derecho constitucional y el derecho procesal en tuya constitución. Por otra parte, observamos que se trata esencialmente de un sujeto nuevo, y esto está llevando discusiones entre los eruditos en cuanto a su objeto y sujeto. Luego detalle las partes más importantes del derecho constitucional y que hacen parte directamente del DPC, y como él trabaja junto con la democracia. Por último, demuestra que su objetivo principal es asegurar los derechos y garantías fundamentales, además de mantener la supremacia del la Constitución.

**KEY-WORDS:** Derecho Procesal. Derecho Constitucional. Constitución Federal. Derechos y garantías fundamentales.

## INTRODUÇÃO

- 1 Possui graduação em Engenharia pelo Centro Universitário Instituto Mauá de Tecnologia. Atualmente é Estagiária Voluntária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Tem experiência na área de Direito.
- 2 Possui graduação em CIÊNCIAS JURÍDICAS - DIREITO pela ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL TOLEDO, MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL - INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO DE BAURU e MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL PENAL pela Universidade do Oeste Paulista UNOESTE. Atualmente é professor da ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL TOLEDO na disciplina de Direito Constitucional e Prática Jurídica Penal onde também é professor Orientador de Monografia na Graduação e Pós-Graduação em Direito. É professor consultor AD HOC junto ao Conselho da Justiça Federal (Centro de Estudos Judiciários) em Brasília - DF para publicação de artigos na Revista CEJ. É Professor avaliador de monografia no curso de Pós-Graduação no Curso do Professor Damásio de Jesus realizado via satélite. Foi Professor da Universidade do Oeste Paulista - UNOESTE e da Escola Superior de Advocacia - ESA de Presidente Prudente. Ex-Assessor Especial Para Assuntos Jurídicos da Câmara Municipal de Presidente Prudente (2008/2010) . É Advogado da AGAMENON ADVOCACIA E CONSULTORIA. Tem experiência na área de direitos fundamentais, crimes tributários, defesa consumidor e contratos de postos de combustíveis. (ma-agamenon@uol.com.br e Twitter: @MAGAMENON)

Sabemos que o mundo do Direito é composto por diversas áreas, todas com suas respectivas competências e adornos individuais. Aqui abordaremos uma delas: o Direito Processual Constitucional, o qual é interiormente formado por duas áreas extremamente importantes para o Direito – o direito constitucional e o direito processual. Dessa forma, vamos demonstrar as peculiaridades do Direito Processual Constitucional, afirmando que ele é um dos mecanismos utilizados para consagrar os direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica-nacional.

Em um primeiro momento o conceituaremos e em seguida trataremos de seu objeto e de seu conteúdo; parte onde perceberemos que existe uma grande divergência doutrinária, pois se trata de um assunto novo para o mundo jurídico. Logo em seguida, abordamos a questão do direito constitucional, detalhando os pontos mais relevantes desta área e que consequentemente fazem parte do Direito Processual Constitucional, isto porque, ele tenta efetivar que a supremacia da Constituição prevaleça em todas as situações.

Além disso, notaremos que o DPC influencia diretamente na democracia, pois através dele os cidadãos dos Estados conseguem fazer valer seus direitos previstos tanto na Lei Fundamental quanto nos tratados internacionais ratificados pelos países mundo afora. Também, será perceptível a expansão de tal do Direito, especialmente na América Latina e como ele em relação ao seu próprio conteúdo vinculou-se aos parâmetros do SIDH.

Seguindo esta linha de raciocínio, chegaremos ao ponto ápice do trabalho, onde conseguiremos afirmar e demonstrar que o Direito Processual Constitucional realmente atua como um verdadeiro garantidor dos direitos e garantias fundamentais, conhecidos internacionalmente, como Direitos Humanos.

## **DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL**

Analizando a sociedade aos nossos olhos, notamos que a maioria dos homens vive em conflito, isto é, estão sempre almejando consolidar seus interesses. Para isso temos o conhecido Direito Processual, o qual pretende solucionar o conflito existente entre as partes através de mecanismos próprios de cada ramo do Direito. Por exemplo, o Direito Processual Civil, o qual confere ao juiz as regras e os princípios que tratam da jurisdição civil, isto é da aplicação da lei aos casos concretos para que o Estado-juiz resolva o conflito de interesses, por outro lado temos o Direito Processual Penal, que dispõe sobre a maneira que o juiz aplicará a pena ao ofensor da lei penal (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, 2016, p.25).

Desta forma percebemos que em cada área do Direito existe um sistema de como proceder em face dos casos que surgem no Judiciário. Entretanto, não podemos deixar de mencionar que os Direitos Processuais existentes na esfera jurídica brasileira são subordinados a um “maior”, isto é, ao conhecido Direito Processual Constitucional.

### **Conceito**

O Direito Processual Constitucional é o conjunto de normas destinadas a regular o exercício da jurisdição constitucional, ou seja, a aplicação das normas constitucionais dando, assim, eficácia aos direitos e garantias fundamentais, de acordo com o Professor Msc. Victor Condorelli dos Santos (2013). E também, como diria Renzo Provinciali (1959) “o Direito Processual Constitucional compreende todos os princípios de institutos constitucionais do Direito Processual”.

Isto é, o Direito Processual Constitucional abarca os demais Direitos Processuais da órbita jurídica de cada país, e, por conseguinte também os seus princípios já que se trata da Lei Maior quando se fala em Direito Processual. Nas palavras de Pablo Darío Villalba Bernié (VELANDIA CANOSA, 2015, p. 178) “o Direito Processual Constitucional não pode escapar das dimensões nacionais onde está inserido, devendo se acomodar as realidades internas de cada país”.

Acontece que o Direito Processual Constitucional está inteiramente vinculado à Constituição Federal, e esta, dentro do ordenamento jurídico da maioria dos Estados espalhados mundo afora, nada mais é que a Lei Fundamental a qual as demais normas infraconstitucionais estão completamente atreladas. Portanto, o Direito Processual Constitucional em sua essência busca efetivar os preceitos estabelecidos na Carta Magna influenciando-a por meio do processo.

### **OBJETO DA CIÊNCIA**

Temos o conhecimento que o objeto de toda ciência possui uma relação direta com o conteúdo da mesma, por isso é conveniente expor o objeto do Direito Processual Constitucional de forma clara, com um sentido amplo e aberto dispõe Pablo Dario Villalba Bernié (VELANDIA CANOSA, 2015, p.153).

Seguindo essa exposição, conforme posicionamento de Adolfo Rivas o objeto jurídico (2011, p.15) “representa cada uma das formações capazes de ser e ter entidades no

mundo do direito, deste modo é identificado e analisado na sua própria individualidade. O objeto na realidade é um ente material ou ideal”.

O objeto do Direito Processual Constitucional, de acordo com o doutrinador Pablo Darío Villalba Bernié, parte da ideia do Controle de Constitucionalidade, colocando a supremacia constitucional à frente, como também a magistratura constitucional e o sistema de resolução de conflitos proveniente da matéria constitucional (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.153).

Ademais esclarece que por um lado o Direito Processual Constitucional tem como objetivo o estudo dos processos de conteúdo constitucional, e neste assunto vincula-se com o Direito Constitucional; e por outro possui uma identificação com o direito processual, a ter como premissa a análise dos procedimentos de resolução de conflitos em torno do âmbito constitucional (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.153).

Compreendem os processos constitucionais típicos, a magistratura constitucional, o controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade quando a ordem internacional é rompida, o acesso à justiça, a tutela jurídica efetiva, as garantias constitucionais, os princípios processuais- constitucionais a serem aplicados, a interpretação da Constituição como os demais elementos que compõem a relação Processo-Constituição e seus derivados (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.153).

Assim, afirma que podemos notar que o objeto do Direito Processual Constitucional é um dos mais diversos, próprio de uma ciência autônoma que não fica reduzida apenas a uma matéria, já que envolve matéria processual ou constitucional (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.154).

Assim, o doutrinador Pablo Darío Villalba Bernié, diz que primeiramente “o objetivo da ciência tem que ser ampla e aberta, atentando para a intromissão que é exercida pelo o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e abrindo sulcos tanto na área processual como na constitucional”. Desta forma não podemos afirmar que o objeto da disciplina está ancorado apenas no âmbito interno dos países, ao contrário também sofre influência da ordem internacional no âmbito interno, onde o controle de convencionalidade adquire grande relevância a partir dos passos da Corte IDH, figura integrante do Direito Processual Constitucional (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.154).

## **CONTEÚDO DA MATÉRIA**



Um dos temas a ser esclarecidos dentro do Direito Processual Constitucional, é aquele que compreende o conteúdo da disciplina. Como se trata de uma matéria em construção, seu marco inicial é o controle de constitucionalidade e os modelos processuais para o doutrinador Pablo Darío Villalba Bernié (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.154).

Conquanto, no interior da matéria abordada notamos que seus limites e fronteiras não são completamente definidos. Além disso, a respeito do seu objeto e conteúdo, desconhece-se a existência de posições uniformes, pois alguns doutrinadores abordam uma visão mais restrita e outros uma visão mais ampla, porém a maioria busca dar contornos precisos e certos sobre a matéria (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.154).

Destarte, percebemos que o tema não tem sido pacífico dentro da doutrina, expondo-se várias teses que serão vistas posteriormente. Por fim manifestaremos nossa postura concreta sobre o conteúdo da disciplina.

### **Posições Distintas**

Na doutrina do Direito Processual Constitucional notamos divergências a respeito do conteúdo desta área do Direito. Alguns seguem uma teoria mais singela sem muitos contornos, enquanto outros possuem uma visão mais ampla, no sentido de incluir mais detalhes dentro da matéria do DPC. Por conseguinte, avaliaremos as posições de cada grupo de doutrinadores, e perceberemos que o assunto levará certo tempo para ser pacificado dentro do meio jurídico.

### ***Tese restrita***

Assim, o doutrinador Pablo Darío Villalba Bernié afirma que temos aqueles que consideram como conteúdo de Direito Processual Constitucional, uma tese reduzida substanciada em uma versão mínima e restrita, que tem como centro de estudo a jurisdição constitucional, integrada por dois aspectos: a) a magistratura constitucional; e b) os processos constitucionais propriamente ditos. Esta é a posição adotada por Sagüés e Manili (2006, p.21/ VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.154/155).

Quando nos referimos à magistratura constitucional, o estudo é focado nos órgãos que exercem a proteção, seja a Corte Suprema de Justiça como também os tribunais interiores. Neste caso devemos consultar as distintas organizações jurídico-político de cada Estado

(VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.155).

Agora quando nos referimos aos processos constitucionais, à matéria abarca cada um dos procedimentos de proteção encarregado de tutelar o princípio da supremacia da Lei Fundamental, a ação de inconstitucionalidade, o habeas corpus, o habeas data, as ações populares legisladas, entre outros, de conteúdo constitucional sem se importar a quem, especificadamente, se dirigem (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.155).

Sagüés faz referência sobre esta posição nos seguintes termos (2006, p. 21/VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.155):

**A versão mínima do direito processual constitucional o entende como uma disciplina eminentemente processual, e a circunscreve em dois temas essenciais: a magistratura constitucional e os processos constitucionais que talvez pudessem ser sintetizados em um só: a jurisdição constitucional. Para esta concepção o direito processual constitucional se ocupa dos órgãos e dos processos que priorizam a supremacia da constituição. A questão parece simples, no entanto, sabemos que não é.**

Para afirmar mais adiante, que o debate em questão não está resolvido, sustenta, Sagües que, “em definitiva, embora temos aderido a tese restritiva do direito processual constitucional, devemos reconhecer que muitos pesquisadores seguem na concepção mais ampla, e que o assunto em questão não está pacificado no momento” (2006, p.22/VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.155).

Portanto, o Direito Processual Constitucional se ocupa dos órgãos e dos processos que tutelam a supremacia da Constituição (VELANDIA, CANOSA, 2014, p.68), englobando aquilo que é matéria estritamente constitucional (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.155).

### ***Tese intermediária***

Outros como García Belaunde (2012, p.167/171), tentam dar ao Direito Processual Constitucional um contorno mais expansivo, ao sustentar que o estudo é centrado na jurisdição constitucional, nos processos constitucionais e na magistratura constitucional, agregando a interpretação constitucional e adequando-a conforme o país onde será implantado, além de colocá-lo como disciplina autônoma (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.155/156).

Essa tese também traz dois problemas essenciais: a magistratura constitucional perguntando-se se ela existe ou não; e, os processos constitucionais, notando uma grande variedade no âmbito latino-americano. Similarmente, se refere a uma “parte positiva”, que

estuda a realidade de cada país (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.156).

Finalmente, conforme o professor peruano García Belaunde, aponta o doutrinador Pablo Darío Villalba Bernié, devemos dar atenção aos processos internacionais, manifestando que o Direito Processual Constitucional está localizado dentro do interior de um Estado, portanto não se projeta no mundo internacional. De modo que o mundo supranacional está fora do conteúdo do Direito Processual Constitucional, quando afirma que “... o DPC com esse nome, só pode existir a nível doméstico, isto é, em nível do ordenamento nacional de cada país” (2012, p.173/ VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.156).

Podemos apreciar que os argumentos dessa teoria não possuem muito variedade com a tese anterior (Sagüés), embora tente forçar as estruturas aumentando os limites da ciência, conclui o pesquisador (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.156).

### ***Tese ampla***

Em uma posição mais ampla, surge a análise de Fix-Zamudio (2002), a esclarecer que o DPC compreende o estudo dos instrumentos particularmente processuais os quais são voltados para a defesa da ordem constitucional. Neste sentido manifesta-se da seguinte forma: a) uma jurisdição constitucional de liberdade reguladora das garantias jurisdicionais de proteção dos direitos fundamentais; b) uma jurisdição constitucional orgânica; e c) também uma jurisdição constitucional supranacional, que regula a proteção dos direitos humanos (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.156).

Essa teoria deriva da vertente doutrinária apontada por Cappelletti (1984, p.599), o qual foi o primeiro autor a estudar profundamente o tema. Nesta mesma linha segue o professor colombiano Ernesto Rey Cantor (2009), como também o mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2013), que agrega como conteúdo o estudo dos Estados Federais e em especial o Direito Processual Supranacional (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.156/157).

### ***Tese amplíssima***

Reforçando essa posição de amplitude no conteúdo, Gozáini (2006, p.12) assume que o DPC se ocupa da magistratura constitucional, como do sistema processual específico, preocupando-se em estabelecer que a supremacia constitucional caminhe com as variantes do controle de constitucionalidade difuso ou concentrado (VELANDIA CANOSA, Eduardo

Andrés, 2015, p.157).

Neste seguimento Juan Carlos Hitters acrescenta que o DPC engloba o processo constitucional, sendo seu objeto a matéria constitucional, acrescentando o devido processo legal, as garantias das partes, além das distintas categorias de jurisdição (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.157).

Na mesma linha posiciona-se Velandia Canosa (2014, p.73), ao sustentar que o DPC implica em estudar a defesa do princípio da supremacia da Constituição dentro do sistema das fontes do direito, abarcando a proteção dos Direitos Humanos consagrados na Constituição ou nos tratados sobre Direitos Humanos como resultado do bloco de constitucionalidade. A partir da relevância do bloco de constitucionalidade compreende o estudo dos processos constitucionais criados pela Constituição ou pela Convenção de Direitos Humanos, como também estuda o órgão jurisdicional encarregado de conhecer os procedimentos desses processos (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.157).

Canosa se desprende daquela natureza mista outorgada ao Direito Processual Constitucional, e alega que este é composto da seguinte maneira: a) a dogmática do Direito Processo Constitucional; b) a jurisdição constitucional; c) os processos constitucionais, onde diferencia os processos constitucionais de natureza objetiva, processos constitucionais de natureza subjetiva e o direito processual constitucional transnacional; d) o acesso à jurisdição constitucional. A característica essencial desta visão do professor colombiano, é a grande amplitude que impõe ao categorizar o direito processual constitucional transnacional, permitindo o estudo de todo o acesso ao sistema interamericano como também do procedimento internacional, dispõe Pablo Darío Villalba Bernié (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.157).

### ***Posição de Pablo Darío Villalba Bernié***

Para Bernié devemos seguir os posicionamentos da tese amplíssima, isto é, da ideia que o conteúdo do DPC deve abordar temas básicos como: a magistratura constitucional e os processos constitucionais, em explicitação de um sistema processual que dá respostas à imperiosa supremacia constitucional e a defesa integral da Constituição. Embora não deva ficar afincada nessas noções, porque além dessas, abarca a jurisdição constitucional transnacional e incorpora em seu interior os processos quase-jurisdicionais, por exemplo, o julgamento político (“juicio politico”) (VELANDIA CANOSA, 2015, p.158).

Seguindo esta vertente, chegamos à conclusão que essa é a melhor tese a ser adotada, isto porque, quando nos referimos aos direitos e garantias fundamentais necessariamente estamos nos voltando tanto para a Constituição Federal quanto para os tratados internacionais que abrangem dispositivos referentes a estes direitos fundamentais, portanto, nada mais justo, do que acompanhar a tese que aborda os controles de constitucionalidade e de convencionalidade como matéria do DPC.

## **DIREITO CONSTITUCIONAL**

### **Definição**

O direito constitucional é o ramo do direito público interno que estuda a Constituição, ou seja, a lei fundamental de organização do Estado, bem como seus limites, seguindo o pensamento de Rodrigo César Rebello Pinho (2012, p.25):

a) forma de Estado (unitário ou federal); b) forma de governo (Monarquia ou República); c) sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo); d) modo de aquisição, exercício e perda do poder político; e) órgãos de atuação do Estado (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário); f) principais postulados da ordem econômica e social; e g) limites à atuação do Estado (direitos fundamentais da pessoa humana) (2012, p.25).

Resumindo, chegamos à conclusão que o Direito Constitucional abarca a Constituição por inteiro sempre a analisando e assegurando a manutenção de seus limites.

### **Natureza Jurídica**

Em meras palavras, o doutrinador Rodrigo César Rebello Pinho diz que o direito constitucional é o cerne do direito público interno. Direito público porque se refere a questões ligadas aos interesses imediatos do Estado. Interno porque as normas concernem apenas ao direito de um único Estado (PINHO REBELLO, Rodrigo César, 2012, p.25).

Ademais, afirma que o direito constitucional ocupa uma posição de superioridade em relação às demais matérias jurídicas, pois os princípios fundamentais dos outros ramos jurídicos estão todos inseridos na Constituição (PINHO REBELLO, Rodrigo César, 2012, p.25).

### **Origem**

A ideia de limitação dos poderes do Estado surgiu na Inglaterra, com a celebração de pactos que limitavam o poder do monarca, como a famosa Magna Carta, em 1215, entre o Rei

João Sem Terra e os barões, e a Petition of Rights, imposta em 1628, ao Rei Carlos I. Em troca da conservação do poder, os reis reconheciam o direito de seus súditos, afirma o doutrinador Rodrigo César Rebello Pinho (2012, p.25/26).

Em 1689 no Reino Unido foi criada pelo Parlamento inglês a Declaração dos Direitos dos Cidadãos conhecida popularmente como Bill of Rights, onde encontramos uma lista de direitos considerados importantes ou essenciais a um grupo de pessoas. Aqui observamos também, certas limitações que foram estabelecidas ao monarca, neste caso o Parlamento demarcou regras a serem obedecidas pelo Príncipe William de Orange.

As primeiras Constituições surgiram em decorrência das grandes revoluções democrático-burguesas do final do século XVIII, a Revolução Americana de 1776, com a independência das treze colônias britânicas situadas na América do Norte, e a Revolução Francesa de 1789, que pôs fim ao Ancien Régime. A primeira Constituição escrita foi a do Estado da Virgínia, em 1776, elaborada antes da declaração da independência americana. Em seguida foram proclamadas a dos Estados Unidos da América, em 1787, e a francesa em 1791 (PINHO REBELLO, Rodrigo César, 2012, p.26).

Depois daquelas revoluções, com a consequente promulgação dessas Constituições, o constitucionalismo, como movimento revolucionário alcançou os demais países, inclusive o Brasil, finaliza o doutrinador Rodrigo César Rebello Pinho (2012, p.26).

## **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

### **Conceito**

A Constituição, para o professor Ricardo Cunha Chimenti, é “em seu sentido jurídico material, é o conjunto de normas fundamentais que rege a organização de um Estado, regulando a relação do governo com o povo, disciplinando as funções estatais, estabelecendo direitos e deveres recíprocos da população e norteando a posição de uma nação em relação a outras” (2005, p.23).

Já o doutrinador Carl Schmitt analisa e afirma que a Constituição em seu sentido político é “como a decisão política fundamental (linha decisionista) que trata da participação do povo no governo, da estrutura e órgãos do Estado, dos seus Poderes e dos direitos e garantias individuais, dentre outras questões de alta relevância” (1982, p.47-48). Seguindo esse conceito político, Constituição não se confunde com leis constitucionais, sendo esta última denominação reservada àqueles dispositivos que, embora inseridos em uma lei maior,

não expressam decisões políticas de um Estado, posiciona o professor Ricardo Cunha Chimenti, após concordar com Carl Schmitt (2005, p.23).

### ***Supremacia da Lei Fundamental***

A Constituição é a lei maior do país, o vértice do sistema jurídico. Nela estão contidas as normas fundamentais do Estado, estando todos sujeitos ao seu império, inclusive os membros do governo, ademais confere às autoridades governantes, que só podem exercer seu poderio dentro dos limites por Ela traçados, alega Rodrigo César Rebello Pinho (2012, p.33).

Por fim concluiu que a supremacia da Constituição decorre de sua própria origem, pois é “prole” de um poder constituinte originário, de natureza absoluta, bem como do seu caráter de rigidez, sobrepondo-se as normas constitucionais em relação a todas as demais normas jurídicas (PINHO REBELLO, Rodrigo César, 2012, p.33).

### **Controle de Constitucionalidade**

Controle de constitucionalidade é a verificação da adequação vertical que deve existir entre as normas infraconstitucionais e a Constituição. É sempre uma averiguação entre um ato legislativo, normativo e a Constituição. Todo ato legislativo, normativo que dispor contra a Constituição é considerado inconstitucional, seguindo o pensamento do doutrinador Rodrigo César Rebello Pinho (2012, p.52).

O fundamento do controle de constitucionalidade encontra-se na ideia de supremacia da Constituição escrita, da existência de uma lei maior que seja superior a todas as demais normas jurídicas existentes no país (PINHO REBELLO, Rodrigo César, 2012, p.52).

Ademais, afirma que a supremacia decorre da própria rigidez das Constituições escritas. Por exigir a norma constitucional um procedimento especial (no Brasil trata-se do processo de emenda constitucional – PEC) de alteração mais rigoroso que o das normas infraconstitucionais (processo de lei ordinária – PLO também no Brasil), todos os demais atos legislativos e normativos são hierarquicamente inferiores. E consequentemente, os que estiverem em desacordo com a Lei Fundamental deverão ser declarados inconstitucionais (PINHO REBELLO, Rodrigo César, 2012, p.52).

Por fim expõe que existem duas premissas que são indispensáveis para a atuação do controle de constitucionalidade: 1º) a presença de uma Constituição rígida, onde as normas

constitucionais sejam superiores as demais; e 2º) existência de um órgão que assegure efetivamente a supremacia do texto constitucional” (PINHO REBELLO, Rodrigo César, 2012, p.52).

### ***Origem do controle de constitucionalidade***

Para o doutrinador Rodrigo César Rebello Pinho, a origem do mecanismo de verificação da constitucionalidade das normas infraconstitucionais pelo Poder Judiciário é obra do constitucionalismo norte-americano. Vários precedentes judiciais levaram a criação do mecanismo de verificação e adequação vertical das leis com o texto constitucional, até o acontecimento do famoso caso *Marbury v. Madison*, conduzido pelo Presidente da Suprema Corte norte-americana John Marshall em 1803. Este caso foi consolidado na doutrina norte-americana como exemplo da superioridade do texto constitucional perante os outros. O Brasil, incorporou o controle judicial da constitucionalidade em seu ordenamento a partir da Constituição Republicana de 1891 (2012, p.52/53).

Contudo, diferentemente dos EUA, na Europa, a partir do século XX, com fundamento nas ideias de Hans Kelsen, criou-se outro modelo para garantir a supremacia constitucional. Foi o chamado: controle de constitucionalidade em abstrato, também chamado de sistema austríaco. Este deve ser exercido por um órgão de fora do Poder Judiciário, um Tribunal ou uma Corte Constitucional, os quais examinarão a lei em tese com os efeitos erga omnes. No Brasil, essa forma de controle foi introduzida em 1965, com a Emenda Constitucional nº 16 à Constituição da época vigente, isto é, a de 1946, afirma o autor Rodrigo César Rebello Pinho (2012, p.53).

### ***Controle de convencionalidade***

Para Francisco Antonio Acevedo Moreli, é possível afirmar que Controle de Convencionalidade é a revisão realizada pelos órgãos jurisdicionais internos de um Estado signatário ou não da Convenção Americana de Direitos Humanos, isto é, se o Estado cumpriu ou não com o estabelecido no Pacto de San José da Costa Rica, assim como com suas recomendações e com a interpretação realizada pela Corte Interamericana a respeito da Convenção (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2016, p.461).

Em um primeiro momento diz que parece extremamente fácil à implementação deste controle, por conseguinte não é exatamente como aparenta ser, isto porque, como devemos ampliar a margem de gestão da Convenção na legislação nacional, ou seja, introduzir o texto



da Convenção ao direito interno, da maneira com que possa ser cumprida, uma vez concretizado determinado dispositivo deve seguir o texto da Convenção, e em seguida carecemos de exercer o controle sobre qualquer atividade realizada pelo Estado parte, especialmente àquelas voltadas para os Direitos Humanos, observando se obedeceu ou não com o estabelecido pelo Pacto, configurando o denominado controle de convencionalidade (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2016, p.461).

Ademais dispõe que a Convenção Americana de Direitos Humanos é a base mais sólida do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por isso crê que a CIDH tenha baseado a teoria do controle de convencionalidade entorno da Convenção, buscando a inaplicabilidade de normas que sejam contrárias ao Pacto de San José da Costa Rica e demonstrando a importância dos Direitos Humanos, situação que muitos países ainda não foi concretizada (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2016, p.461).

Nas palavras do Professor Jorge Alejandro Amaya o Controle de Convencionalidade é (VELANDIA CANOSA, 2016, p.462):

**Trata-se do controle da supremacia da CADH sobre as normas de direito interno e, segundo a interpretação e alcance que lhe demos, pode ser tanto um simples e inofensivo jogo de palavras, como um perigoso abandono de nossa soberania dentro da ordem judicial.**

Agora Sagües define como (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2016, p.462): “uma ferramenta para o respeito, a garantia e a efetivação dos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, além de ter utilidade para a prática e imediata elaboração de um *ius commune* (direito comum) na região”

Através dessas conceituações, o doutrinador Francisco Antonio Acevedo Moreli afirma no momento de colocar em prática os procedimentos processuais que regem o controle de convencionalidade não são tão simples assim (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2016, p.462).

## **Direitos e Garantias fundamentais**

Direitos fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana, para Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Jr., trata-se de “uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões”. E ainda afirmam que “os Direitos Fundamentais passam a assumir uma dimensão institucional, na medida que pontuam a forma de ser e atuar do Estado que os reconhece” (2014, p.153).

Os direitos fundamentais apresentam as seguintes características: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade para o professor José Afonso da Silva (2011, p.181).

No ordenamento brasileiro encontramos-nos em nossa Constituição, mais especificadamente o Título II (art. 5º ao art.17 da CF.88), o qual é dedicado aos direitos e garantias fundamentais. “Este é dividido em cinco capítulos: I – “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”; II – “ Dos Direitos Sociais”; III – “ Da Nacionalidade”; IV – “Dos Direitos Políticos”; e V – “Dos Partidos Políticos”(PINHO REBELLO, Rodrigo César, 2012, p.96).

Analizando minuciosamente, observamos que dentro da sistemática adotada pela Constituição Federal brasileira, o termo “direitos fundamentais” é gênero, abrangendo as seguintes espécies: direitos individuais, coletivos, sociais, nacionais e políticos. (PINHO REBELLO, 2012, Rodrigo César, p.96).

Por conseguinte, nossa Constituição Cidadã de 1988 inovou em diversos aspectos considerando as anteriores. “Foi a primeira a fixar direitos fundamentais antes da organização do próprio Estado, demonstrando a importância deles na nova ordem democrática estabelecida no país após longos anos de autoritarismo, além disso, tutelou novas formas de interesses, os denominados direitos coletivos e difusos, e também, impôs deveres ao lado dos direitos individuais e coletivos”, alega o doutrinador Rodrigo César Rebello Pinho (2012, p.96).

### ***Tratados internacionais de direitos humanos no âmbito brasileiro***

No tocante aos tratados internacionais devemos nos atentar para as suas peculiaridades; isto é, analisar a espécie de tratado. Em nosso ordenamento jurídico temos a presença de duas espécies de tratados internacionais: os tratados de direitos humanos, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, e os tratados que não tratam dos direitos humanos.

Verificando o art.5º da Constituição Federal de 1988, em seu parágrafo 2º, notamos que este dispositivo possui:

**“um caráter eminentemente aberto (norma de *fattispecie* aberta), pois dá margem à entrada ao rol dos direitos e garantias consagrados na Constituição, de outros direitos e garantias provenientes de tratados, revelando o caráter não fechado e não taxativo do elenco constitucional dos direitos fundamentais. Assim, o seguinte dispositivo admiti que os tratados de proteção aos direitos humanos ingressem ao organograma brasileiro no nível das normas constitucionais, e não no âmbito da legislação ordinária. Por conseguinte, tais tratados internacionais recebem o status de “normas materialmente constitucionais”, define o professor Valerio de Oliveira Mazzuoli (2001, p.60).**

Por outro lado, também afirma que “os tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos, não tem natureza de norma constitucional; terão sim, natureza de norma infraconstitucional, ou seja, apresentam a mesma hierarquia jurídica das leis federais, conforme o art.102, III, “b” da Carta Magna de 1988” (2001, p.60/61).

Seguindo esse panorama, Valerio de Oliveira Mazzuoli ainda alega que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, passam a ser incorporados automaticamente em nossa hierarquia jurídica, pelo que prevê o parágrafo 1º do art.5º da nossa Carta: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isto porque os TDH possuem normas que dispõem sobre direitos e garantias fundamentais (2001, p.61).

Devemos ressaltar que isso ocorre dentro da nossa pirâmide hierárquica, e por isso, quando algum dispositivo desses tratados é violado, o Direito Processual Constitucional, deve também assegurar que os direitos e garantias fundamentais previstos nessas espécies normativas sejam mantidos e consagrados dentro da esfera jurídica brasileira, pois se enquadram como normas “materialmente” constitucionais. Assim, conseguimos demonstrar que os direitos e garantias fundamentais não apenas elencados em nosso texto constitucional, como também nos tratados internacionais que versam sobre esses mesmos direitos precisam receber uma “proteção” processual jurídica.

## **A DEMOCRACIA E O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL**

Uma aproximação certa do relacionamento entre Constituição e democracia, demonstra que ambos os conceitos possuem o mesmo objetivo, em especial se a Constituição Política de um Estado opta por um modelo democrático de organização social, dispõe Pablo Darío Villalba Bernié (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.175).

Claro que essas afirmações leva-nos a encontrar um primeiro problema que implica entender o conceito de democracia e o de Constituição, ambos com peculiaridades próprias de acordo com a sociedade que fará a interpretação. Por um lado, a flexível ideia democrática de um governo para o povo e pelo povo demonstra a imposição de tantas variações que é complicado expressar um significado preciso, pois admiti organizações distintas. No mesmo sentido, quando falamos de Constituição, apresenta as mesmas características, representando a forma de estruturar uma sociedade determinada, e como nem em todos os países são iguais cada um apresentará uma Carta Magna referente à situação presente em seu território (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.176).

Basicamente a ideia a ser ressaltada, é que a Constituição nada mais é que o suporte da democracia, e vice-versa; “A Democracia é o sustento da Constituição”, afirma Pablo Darío Villalba Bernié (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.176).

Quando nos referimos ao DPC, uma disciplina íntima ao Direito Constitucional, todas as instituições, normas e procedimentos possuem uma estreita vinculação com o sistema democrático e com sua evolução (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.176).

A democracia “cresce” em um Estado de Direito, que propõe a existência de um marco jurídico de consagração dos direitos de conteúdo Constitucional, os quais devem ser tutelados efetivamente por serem próprios do homem (“princípio pro homine”). É no interior dessa tutela que surge a necessidade do Direito Processual, o qual fica encarregado de formular a técnica, os mecanismos para a proteção destes direitos violados, estabelecendo os procedimentos necessários para garantir o cumprimento desses direitos. Porém, especificadamente falando, quando nos referimos ao DPC, estudamos a proteção relacionada aos direitos violados na ordem constitucional, alega o doutrinador Pablo Darío Villalba Bernié mais uma vez (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.176).

Seguindo essa sequência, o pensador conclui com notoriedade que o DPC é uma ciência a serviço da democracia, e ao proteger os direitos essenciais conclamados na esfera constitucional seu compromisso é cada vez maior (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.176).

Conforme o justifica, Pablo Darío Villalba Bernié afirma que ao entender que os limites do conteúdo do DPC foi ampliado consideravelmente, abarcando uma integralidade de circunstâncias até então não previstas, como por exemplo, a incorporação do julgamento político como integrante do rol dos procedimentos que compreendem a matéria, notamos uma ideia de compromisso com o marco democrático (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.176).

Também, segue o posicionamento de que aqueles que participam das decisões políticas em qualquer democracia constitucional, devem equiparar-se com os juízes que na maioria das vezes colocam limites, pois eles precisam assegurar que a Constituição imponha freios ao poder político arbitrário. Tarefa não tão facilmente executada, como realça a realidade política que tem vivido os países latino-americanos majoritariamente em suas curtas e fragmentadas democracias (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.176/177).

Ademais, os presentes limites apresentados, no fim, serão mínimos, levando em consideração que as barreiras impostas ao poder político por um lado são necessárias, mas por outro transformam o sistema em o menos democrático possível, conclui Pablo Darío Villalba Bernié (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.177).

## **O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E SUA EXPANSÃO**

Nos últimos tempos, o Direito Processual Constitucional vem apresentando um enorme desenvolvimento, sendo óbvio que nas últimas décadas tem crescido em um ritmo constante, principalmente na América Latina. Em testemunha disso, encontramos a introdução de estudos específicos sobre ele tanto na graduação como na pós-graduação das diferentes universidades. Tem se consolidado com mais força no Peru, em razão do Código Processual Constitucional que mereceu um estudo especial naquele país, como também na Colômbia, Argentina, Brasil, México, Costa Rica e Bolívia (que em 2012 aprovou um Código sobre a matéria), afirma Pablo Darío Villalba Bernié (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p. 177/178).

### **Sistema Interamericano de Direitos Humanos**

Analisando o âmbito de atuação do Direito Processual Constitucional, adotamos o ponto de vista, que ele deve ajustar-se aos limites de cada país. Por essa razão já não compreende mais dizer que a matéria essencial do DPC está atrelada apenas entre o Direito

Constitucional e o Direito Processual, sendo que deve compreender também todo o aspecto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que se integra plenamente na ordem processual constitucional dos países que são signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH) ou Pacto de San José da Costa Rica (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.178).

Destarte, o Direito Processual Constitucional além de habituar-se aos limites do Direito Constitucional e Processual determinados pelo ordenamento de cada país, precisa ser ajustado as fronteiras estabelecidas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, conclui Pablo Darío Villalba Bernié (VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, 2015, p.178).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após toda a análise doutrinária jurisdicional feita anteriormente, conseguiremos afirmar que o Direito Processual Constitucional é um mecanismo de averiguação e consolidação da supremacia constitucional. Isto é, ele prega que a Lei Fundamental seja a Lei Maior em todas as situações conflitantes. Por isso, afirmaremos que necessariamente tanto o controle de constitucionalidade como o controle de convencionalidade fazem parte do seu conteúdo. Em palavras mais simples, adotamos a tese amplíssima.

Além disso, notamos que o Direito Processual Constitucional também possui vinculação com o âmbito internacional, isto porque, não podemos esquecer da interferência que os tratados internacionais ratificados trazem para o ordenamento jurídico de cada Estado individualmente.

Desta forma, vale afirmar que tanto a Constituição Federal quanto os tratados internacionais trazem para os países, mais especificadamente, para seus ordenamentos, direitos e garantias fundamentais, os quais, consequentemente, devem ser assegurados através de seus órgãos jurisdicionais, já que são direitos inerentes a todos os seres humanos.

Por conseguinte, o Direito Processual Constitucional atua como um dos meios para atestar que os direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos sejam salvaguardados dentro de cada país, e para isso, ele utiliza dos procedimentos específicos, isto é, das regras processuais concernentes com a sua competência. Ademais, assevera que nenhum dispositivo supere os dogmas e normas estabelecidas pelo texto constitucional supremo.

Assim, podemos afirmar que o Direito Processual Constitucional trata-se de uma das garantias da Constituição e dos tratados internacionais que adentram o cenário interno de cada

Estado, pois, através dele, muitos países conseguem efetivar a supremacia de sua Lei Fundamental e, conseqüentemente, conseguem, por meio do mesmo artifício, assegurar que os direitos e garantias fundamentais (direitos humanos) de todos os cidadãos sejam consagrados em seus territórios nacionais.

## REFERÊNCIAS

AMAYA, Jorge Alejandro, La Jurisdicción Constitucional, control de constitucionalidade y convencionalidad, La Ley Paraguay S.A.; Asunción-Paraguay, 2014.

ARAUJO, Luiz Alberto David, Curso de direito constitucional / Luiz Alberto David Araújo, Vidal Serrano Nunes Júnior. – 18. ed. rev., atual. até a EC 76 de 28 de novembro de 2013. – São Paulo : Editora Verbatim, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro, Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional, p. 599, publ. Em Tribunales Constitucionales Europeos y derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, Año 1984.

CHIMENTI, Ricardo Cunha, Apontamentos de direito constitucional. 4.ed., São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

DA SILVA, José Afonso, Curso de direito constitucional positivo. 34ª edição. rev. atual. até a Emenda Constitucional n.67 de 22.12.2010. São Paulo : Malheiros Editores, 2011.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, Introducción al Derecho Procesal Constitucional, Editorial Fundap, Querétaro, México, Año 2002.

FERRER MC-GREGOR, Eduardo, Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional, Edit. Marcial Pons, Madrid, España, Año 2013.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, El Derecho Procesal Constitucional en Perspectiva, Edit. Investigaciones Jurídicas S.A., Primera Edición, San José da Costa Rica, Agosto 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, Novo curso de direito processual civil, volume 1 : teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte) / Marcus Vinicius Rios Gonçalves. – 13. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, El Derecho Procesal Transnacional. Dimensiones y alcances. Edit. Rubinza Culzoni, Santa Fe, Argentina.

\_\_\_\_\_, Introducción al Derecho Procesal Constitucional, Edit. Rubinza Culzoni, Santa Fe, Argentina, año 2006.

REY CANTOR, Ernesto, Prólogo de la obra Teoría Constitucional del Proceso, Eduardo Velandia Canosa, p. XXIII y XXIV, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, Colômbia, Año 2009.

RIVAS, Adolfo, Alcance y contenido del derecho procesal constitucional, publ. Em En torno al derecho procesal constitucional un debate abierto y no concluído, Coordinador Domingo García Belaunde, Editorial Porrúa, México, Año 2011.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, El Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Año 2006.

\_\_\_\_\_. Compendio de Derecho Procesal Constitucional, Edit. Astrea, Buenos Aires, Año 2009.

SANTOS, Prof. Msc. Vitor Condorelli dos. Material didático-pedagógico. Disciplina de Direito Processual Constitucional. Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – Curso de Bacharelado em Direito. Aracaju, 2013.

SCHMITT, Carl, Teoría de la Constitución. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

PINHO, Rodrigo César Rebello, Teoria geral da constituição e direitos fundamentais, 12ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

PROVINCIALI, Renzo, Norme di diritto processuale nella costituzione. Milano: Giuffrè, 1959.

MANILI, Pablo, Introducción al derecho procesal constitucional, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, Año 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Direito Internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira, 1ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, Contenidos del Derecho Procesal Constitucional, publ. Em Derecho Procesal Constitucional: Garantías fundamentales, Constitución y Proceso, Directores: Pablo Villalba Bernié y Javier Rojas Wiemann, Editorial Hesaká, Encarnación, Paraguay, Año 2014.

\_\_\_\_\_. Derecho Procesal Constitucional. Bogotá: VC Editores Ltda, 2015.

\_\_\_\_\_. Derecho Procesal Constitucional. Garantía Jurisdiccional del Medio Ambiente en el Derecho Comparado. Bogotá: VC Editores Ltda: Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja: Universidad La Gran Colombia, Seccional Armenia: Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional: Asociación Mundial de Justicia Constitucional: Ediciones Nueva Jurídica, 2016.



# O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL NO BRASIL E AS POSSIBILIDADES DE AVANÇOS

João Pedro Gindro BRAZ<sup>1</sup>  
João Victor Mendes de OLIVEIRA<sup>2</sup>

## RESUMO

Este presente artigo tem como finalidade a reflexão do período histórico evolutivo do constitucionalismo e suas conquistas, incluindo no direito processual constitucional e direito constitucional processual, que ganham destaque com o controle de convencionalidade e a supra-legalidade dos tratados de direitos humanos. Neste sentido explorar fatos e documentos que contribuíram para o progresso das constituições e a sua formação com a natureza de força normativa, sendo que posterior a esse triunfo, procurar esclarecer o conteúdo da disciplina do direito processual constitucional. Este possui papel fundamental na prevalência do princípio da supremacia constitucional, que figura como essencial na proteção da Constituição, mas na efetivação de direitos por meio do Sistema Interamericano da OEA. Além do mais, tratar das correntes do direito processual constitucional e sua aplicação, trasladando os limites nacionais e efetivando de forma mais abrangente a proteção dos direitos humanos e fundamentais decorrentes do bloco de constitucionalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismo. Supremacia Constitucional. Estado Legislativo. Constituição. Direito Processual Constitucional.

## ABSTRACT

Este artículo tiene como finalidad la reflexión del período histórico evolutivo del constitucionalismo y sus conquistas, incluyendo el derecho procesal constitucional y el derecho constitucional procesal, que ganan evidencia con el control de convencionalidad y la supra-legalidad de los tratados de derechos humanos. En este sentido explorar hechos y documentos que han contribuido para el progreso de las constituciones y su formación con la naturaleza de fuerza normativa, ya que posterior a ese triunfo, buscar aclarar el contenido de la disciplina del derecho procesal constitucional. Este tiene ubicación fundamental en el predominio del principio de la supremacía constitucional, que figura como esencial en la protección de la Constitución, pero la efectividad de los derechos por medio del Sistema Interamericano de la OEA. Además de eso, tratar de las visiones del derecho procesal constitucional y su aplicación, cambiando los límites nacionales y efectivando de forma más abrangente la protección de los derechos humanos y fundamentales resultante del bloque de constitucionalidad.

**KEY-WORDS:** Constitucionalismo. Supremacía Constitucional. Estado Legislativo. Constitución. Derecho Procesal Constitucional.

- 
- 1 Cursando Direito no Centro Universitário Toledo em Presidente Prudente/SP e membro do Grupo de Pesquisa Estado e Sociedade da mesma instituição. Estagiário no Escritório de Aplicação de Assuntos Jurídicos que compõe o Núcleo de Prática Jurídica da Toledo, conjuntamente com o Juizado Especial Cível - JEC e o Fórum Simulado.
  - 2 Especializando em Direito Processual Civil (Novo CPC) e graduado em Direito pelo Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Atualmente é estagiário docente do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente e tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito.

## **INTRODUÇÃO**

O artigo foi uma apreciação acadêmica que usou a pesquisa bibliográfica para construir a evolução do constitucionalismo, que é crucial para compreender as atuais Constituições e suas forças normativas, além dos direitos que foram sendo conquistados ao curso da história. Para tanto, usando do método histórico e dedutivo, fizemos algumas abordagens para alcançar o fim desejado de revelar a importância do direito processual constitucional e do direito constitucional processual dentro da chamada supra-legalidade dos tratados de direitos humanos.

A razão pela qual se optou pelo tema é a de ser primordial para valorização de uma Constituição, que é o documento norteador de uma sociedade democrática de Direito como o nosso país, que agora ganha o controle de convencionalidade com as decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De tal modo, abordou-se uma visão jurídica referente a proteção e o controle de convencionalidade na prevalência das normas que garantam direitos vindos dos tratados internacionais aos indivíduos.

Desde modo, no primeiro capítulo abordaram-se considerações peculiares de cada período evolutivo do constitucionalismo e suas definições necessárias, seguindo o método histórico e dedutivo. No segundo capítulo, utilizando-se os mesmos métodos tratou-se da importância desta disciplina que ainda é pouco discutida na doutrina, que é o direito processual constitucional, assim como suas características preponderantes e diferenças com o direito constitucional processual. Por fim, o terceiro capítulo deu-se à conclusão, ressaltando a importância da discussão doutrinária diante do controle de convencionalidade, como forma de efetivação de direitos e garantias individuais diante da ineficácia do Estado.

## **PANORAMA EVOLUTIVO DO CONSTITUCIONALISMO**

Ao voltarmos nossos olhares ao largo da história veremos contínuas lutas sociais e revoluções ao decurso dos séculos que causaram fissuras nos paradigmas atuais e que caminharam objetivando alcançar o reconhecimento da existência de certos direitos, os quais Norberto Bobbio na sua obra “A era dos direitos” chamou de “gerações”, enquanto outros autores mais corretamente denominam “dimensões”. Para isso, inicialmente, houve a necessidade da derrubada de déspotas, monarcas, reis e príncipes na dimensão denominada de

liberdade que nasceu com as revoluções dos Estados Unidos da América do Norte e da França, no século XVIII.

O Estado de Direito trilhou caminhos árduos, passando por um período pré-constitucional, onde havia outorgas como forais, cartas de franquia e até documentos dos reis, como os “bills” da Inglaterra, em especial a Magna Carta Libertatum, de 1215.

O que prevalecia naquele momento era a boa vontade dos monarcas absolutistas e as regras eram emanadas e aprovadas por si próprios, em uma espécie de “outorga”, um poder de concedido as vezes com algumas interferências de setores da sociedade, como os barões ingleses.

Justamente a respeito dos dificultosos caminhos traçados e das duras conquistas do Estado de Direito, Norberto Bobbio<sup>3</sup> traz a seguinte reflexão:

Desde seu primeiro aparecimento no pensamento político dos séculos XVII e XVIII, a doutrina dos direitos do homem já evoluiu muito, ainda que entre contradições, refutações, limitações. Embora a meta final de uma sociedade de livres e iguais, que reproduza na realidade o hipotético estado de natureza, precisamente por ser utópica, não tenha sido alcançada, foram percorridas várias etapas, das quais não se poderá facilmente voltar atrás.

Ao emergir, contudo, o Estado Legislativo de Direito, com a aparição das constituições modernas, podemos dar alusão a uma norma que concentrava direitos em um documento escrito, que também plasmava a devida estruturação do Estado e a separação dos três Poderes. No entanto, as Constituições modernas, deflagradas com a constituição americana, 1787, posterior a Carta do Bom Povo da Virginia, se tornaram meras Cartas Política, sem força normativa. A lei era a fonte basilar do Direito no período do Estado Liberal de Direito.

Devido a imprescindível carência de leis para dar aplicabilidade e garantia as normas previstas na Constituição, elas possuíam um alto grau de força e importância, mas havia muita desigualdade entre burgueses e proletários, em especial na Europa durante a Revolução Industrial.

Surge uma reação não apenas com a Constituição do México, de 1917, mas também com a Constituição de Weimar, 1919, que trouxe direitos sociais. No entanto, a constituição alemã foi sendo deturpada pelo regime nazista comandada Adolf Hitler, principalmente pela sua fragilidade que estava na flexibilidade dessa “lei maior germânica”. Mas, surgem uma nova etapa com direitos de igualdade.

Agora, posterior à Segunda Guerra Mundial, encontramos uma nova fase o

---

3 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 62.

constitucionalismo, o Estado Constitucional, em que a lei não se faz única e bastante fonte do direito, mas a força que ganha os princípios, valores, jurisprudência e a prevalência do princípio da supremacia constitucional. Além disso, os tratados internacionais de direitos humanos da Organização das Nações Unidas faz surgir os direitos de fraternidade ou solidariedade.

A esse respeito fazemos menção aos dizeres do professor colombiano Eduardo Andrés Velandia Canosa<sup>4</sup>:

En el Estado legislativo de derecho la Constitución era considerada únicamente como una Carta Política y la ley como la fuente principal de derecho, pero sin un control que verificara su lealtad a la Constitución. En el Estado Constitucional de derecho, no se abandona el principio de legalidad, pero se concluye que en la ley no se agotan las fuentes de derecho, lo que implica que en aquellos casos donde no se ha concretado el sentido de la Constitución por el legislador [...]<sup>5</sup>

No cenário do Estado Constitucional, as Constituições possuem normatividade jurídica e sua supremacia deve ser garantida pelo judiciário, seja mediante controle difuso ou concentrado, e também por meio do parlamento ao elaborar normas que deem aplicabilidade a dispositivos constitucionais que careçam de regulação, como as normas de aplicabilidade contida e limitada.

Além disso, não poderíamos deixar de fazer citação, encontramos a relevância dos documentos internacionais e regionais de proteção e promoção dos direitos humanos, como os primordiais tratados: Declaração Universal da ONU, 1948, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969, entre outros. Os tratados internacionais declararam um avanço singular na declaração de direitos e uma ampliação ao bloco de constitucionalidade.

## **ESTADO ABSOLUTISTA**

Há etapas que se mostraram necessárias para demonstrar a evolução rumo ao constitucionalismo. Nesta fase conhecida por absolutismo, dá nosso ponto inicial rumo às declarações de direitos e ao Estado Constitucional.

Antes de levantarmos menção sobre o absolutismo, faremos alusão ao Estado Nacional, que antecedeu ao termo Absolutista ao qual Nicolau Maquiavel se referiu na obra.

---

4 VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. Derecho Procesal Constitucional. Bogotá: VC Editores Ltda, 2015, p. 35-36.

5 Tradução própria: “No Estado Legislativo de Direito a Constituição era considerada unicamente como uma Carta Política e a lei como a fonte principal do direito, mas sem um controle que verificava sua lealdade a Constituição. No Estado Constitucional de direito, no se abandona o princípio da legalidade, mas se conclui que na lei não se esgotam as fontes do direito, o que implica que naqueles casos onde não se há concretizado o sentido da Constituição pelo legislador...”.

Os Estados Nacionais foram formados com a baixa da idade média, período em que a Europa viveu em seus séculos XI a XIV. Este Estado se formou dado a insuficiência da Igreja Católica em galgar a possibilidade de unificar o velho continente e dominá-lo, sujeitando os povos aos seus interesses e poderio. Não obstante, a Europa passou sim pelo período de unicidade, mas não sobre os ditames da Igreja, mas sim em torno de grandes líderes que se destoavam.

Os líderes regionais passaram a perder seu domínio. Os burgueses desempenharam papel imprescindível nesse descolamento rumo aos grandes líderes, já que os líderes regionais atuavam como óbices ao desenvolvimento do comércio e das atividades financeiras, já eles próprios regulavam as taxas e regulamentações.

E sobre esse debandado rumo à procura de um grande líder, que se fortalecia politicamente e cada vez mais se tornava independente da igreja, o professor Velandia Canosa<sup>6</sup> também nos abrilhanta com o relato da existência desse grande pilar político e do conceito de nação:

Es asi como el Estado Nacional “emerge en el siglo XII en Europa como una nueva forma de organización política”, a partir de que el Rey Felipe II dejó de llamarse Rey de los Francos, para empezar a llamarse Rey de Francia. Cambio trascendental, toda vez que a partir de entonces surge la noción de nación, en la cual el pueblo se ubica en un territorio con un gobernante. Con posteridad surgen símbolos que así los identifican como la frontera y la bandera<sup>7</sup>

Assim caminhou toda a Europa na formação dos Estados modernos como conhecemos atualmente. Um dos principais e que merece destaque em nosso cenário nacional é a formação do Estado de Portugal, 1140, que se deu mediante a reconquista cristã da Península Ibérica, que consistiu no trabalho de retirada dos muçulmanos daquela região e que possibilitou o desenho das fronteiras lusas e a erigiu, posteriormente, desbravadora dos mares.

Destarte, no século XVI Nicolau Maquiavel deu um novo nome ao modelo de Estado, o qual intitula de Estado Absolutista. Este foi o nome que ele faria referência ao sistema político, administrativo e normativo que predominou na Europa, tendo seu auge no século XVII (CANOSA, 2015, p. 36).

A Europa expressava, segundo Max Möller<sup>8</sup>, o desejo de unificação de seus Estados.

6 VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. Derecho Procesal Constitucional. Bogotá: VC Editores Ltda, 2015, p. 36.

7 Tradução própria: “É assim como o Estado Nacional “emerge no século XII na Europa como uma nova forma de organização política”, a partir de que o Rei Felipe II deixou de se chamar Rei dos Francos, para começar a se chamar Rei da França. Mudança transcendental, toda vez que a partir de então surgiu a noção de nação, na qual o povo se localizava em um território com um governante. Posteriormente surgem os símbolos que assim os identificam como as fronteiras e as bandeiras”

8 MÖLLER, Max. Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo

A respeito disso ele preceitua:

A partir do século XVII, a oficialização das fontes do direito atua como forma de unificar os sistemas jurídicos, acompanhando a tentativa de unificação de vários Estados na Europa Continental. A unificação do direito serviria também como instrumento de unificação política.<sup>9</sup>

Deste modo surge o absolutismo, em que o poder do rei era de forma indiscriminada. Este paradigma se perfila na concentração em um indivíduo as atribuições a que carece um Estado, como a de administração, a de legislar e também a de julgar, sendo elas mediante o bom prazer do monarca. Não obstante, é por isso que o Rei Luiz XIV, o rei Sol, disse a celebre frase “L'État c'est moi”, cuja tradução é O Estado sou eu, já que todo o poder estatal estava concentrado em sua pessoa.

O cenário narrado acima, passando de um Estado Nacional ao Estado Absolutista, considerado por Nicolau Maquiavel como nova realidade organizacional, resultou pequenos avanços rumo à declaração de direitos, mas alguns documentos se mostraram essenciais e deflagraram a busca por reconhecimento de alguns direitos fundamentais. A Inglaterra foi um país que expressou os maiores avanços no sentido de declaração de direitos e suas garantias.

A evolução em buscas da declaração dos direitos era evidente. Iniciava-se o progresso rumo à conquista de firmar direitos. Direitos foram obtidos, ainda que utópico seja o estado ideal (BOBBIO, 1992, p. 92).

É impossível falar de declarações de direitos fundamentais e omitir a análise a respeito da Magna Carta. Ela foi assinada em 1215, mas é longe de ser uma carta de natureza constitucional. Ela visava limitar os poderes do rei, João Sem Terra. Ele se submetia as disposições contidas na carta por ele assinada. Contudo, segundo José Afonso da Silva<sup>10</sup>, ainda que ela fosse um símbolo, cita Albert Noblet, o qual se dirige a Carta Magna sendo que ela estaria:

[...] longe de ser a Carta das liberdades nacionais, é, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres. Ora, os homens livres, nesse tempo, ainda eram tão poucos que podiam contar-se, e nada de novo se fazia a favor dos que não eram livres.

---

contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 75.

9 Max menciona o a transição do direito natural, iusnaturalismo ao positivismo, e classifica tal passagem como uma transição cultural. Esse processo de formalizar o direito era não impresso de forma imposta, as, segundo ele, consistia em um processo gradual. Sendo que a parti disso seria construída uma realidade jurídica em que o direito passaria a ser uma produção do Estado. A esse respeito ele cita Hobbes e a influência de seu pensamento na redução das fontes do direito ao Estado. (Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo, cit., p. 75).

10 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005.

Porém ela traçava os caminhos a serem seguidos pelos demais documentos que viriam posteriormente e que visariam a declaração de novos direitos e garantias. A Magna Carta se tornou um símbolo na luta contra o poder arbitrário do rei, ainda que fosse para uma seleta classe da sociedade inglesa. Não obstante, para Ignacio Burgoa<sup>11</sup> ela corresponde ao surgimento dos direitos fundamentais que foram incorporados em um documento com valor jurídico, já que nela se consagraram importantes direitos.

Consagrou-se nesse importante documento direitos como o da proporcionalidade da pena, o da anterioridade tributária e a de um julgamento por juiz natural.

Ela serviu como precedente as Constituições que conhecemos atualmente. Serviu de base política de direitos na Inglaterra, consubstanciando nesse documento um valor jurídico e que o rei não mais poderia agir e tornar tudo segunda a sua imagem e semelhança.

Porém, evidente era o avanço com a presença de alguns documentos que previam direitos, ainda que de caráter tênue. Houve no país inglês os avanços rumo as mais contundentes declarações de direitos, já que possuíam um Parlamento atuante. Podemos citar a *Petition of Right*, como o próprio nome verte, era um documento encaminhado pelo Parlamento ao monarca fundamentando um pedido de direitos aos súditos (SILVA, 2005, p. 152).

Ainda nesse sentido, o antecessor de nosso habeas corpus, o Habeas Corpus Act visou à luta pelas liberdades em solo inglês. Era mais um dos direitos retirado do poderio dos monarcas, a de priva arbitrariamente a liberdade dos súditos. Há também, o conhecido *Bill of Right*, de 1688, tendo Locke motivador ideológico, limitando os poderes da monarquia, sendo aceita por eles a carta de direitos (SILVA, 2005, p. 153).

Neste mesmo sentido, encontramos outros documentos mais espalhados pela Europa, como o francês *Edito de Nantes*, o histórico documento assinado em 1598 e o *Corpo de Liberdade* da colônia do Massachusetts (CANOSA, 2015, p. 37).

Mesmo que o Estado absolutista se mostre distante do Estado ideal de direitos, ele permitiu que avanços fossem realizados e lutas iniciadas. Portanto, como fruto do incômodo que o absolutismo trazia aos povos, nasce um novo paradigma constitucional limitando a arbitrariedade dos déspotas mediante documentos forjados de conquistas e traduzidos em direitos.

---

11 BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. México: Porrúa, 2005, p. 60.

## ESTADO LEGISLATIVO DE DIREITO

O Estado Legislativo de Direito, ou Estado moderno, possui seu início conjuntamente com as primeiras Constituições do século XVIII. Sendo que nos Estados Unidos, 1787, temos a primeira Constituição escrita, inaugurando também pela primeira vez a separação dos Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário (CANOSA, 2015, p. 38).

Era um novo paradigma surgindo e rompendo com o anterior. Havia agora um documento escrito, chamado de Constituição, o qual influenciou, a partir dali, as constituições que iriam surgir, como as nossas constituições brasileiras. Miguel Reale<sup>12</sup> faz questão de mencionar isso, traçando um paralelo com a solitária Constituição inglesa, não baseada em um documento único escrito, mas aos costumes. Deste modo, temos “no Brasil um sistema de Direito Constitucional escrito, ao contrário, por exemplo, da Grã-Bretanha, cujo Direito Constitucional é fundamentalmente costumeiro”.<sup>13</sup>

Vale frisar que as constituições modernas se tornaram Cartas Políticas, não possuindo força normativa como as atuais constituições, as advindas posterior a Segunda Guerra Mundial. A esse mencionado modelo de constituição, tomamos as palavras de Dieter Grimm que explica a organização:

[...] la constitución moderna fijaba en un documento con forma jurídica, con pretensión sistemática y exhaustiva, la exigencia de cómo debía organizarse y ejercerse el poder estatal; de este modo, el ejercicio del poder del Estado. Ya no se refería a la situación jurídicamente creada, sino a la norma creadora de aquélla: la constitución se erigió así en concepto normativo. En este nuevo sentido, en modo alguno podía decirse que todos los Estados tuvieran una. La existencia de un documento constitucional, que contuviera los derechos fundamentales y la representación popular, se convirtió en la característica distintiva para clasificar el poder estatal y la pregunta sobre si sólo podría pretender legitimidad un Estado constitucional entendido en este sentido dominó lo largo de todo el siglo XIX.<sup>14</sup>

Ainda segundo Grimm<sup>15</sup>, o termo constituição, anterior às revoluções que

12 REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 342-343.

13 Miguel Reale ainda aduz um relevante traço da Constituição brasileira, a de que ela inovou, substituindo o início de seu texto constitucional para estabelecer os direitos e garantias individuais, contrario ao que ocorria antes, onde o texto inicial correspondia a disciplina da organização do Estado. Segundo ele, isso vem demonstrar que o social prevalece sobre o estatal e que nossa Constituição Federal 1988 seguiu tais parâmetros (Lições Preliminares de Direito).

14 Tradução própria “[...] a constituição moderna se fixava em um documento com forma jurídica, com pretensão sistemática e abrangente, a exigência de como deveria se organizar e se exercer o poder estatal; deste modo, a constituição se fez uma com a lei que regulava a organização e o exercício do poder do Estado. Já não dizia respeito à situação juridicamente criada, senão a norma criadora daquela: a constituição assim surgiu como conceito normativo. Nesse novo sentido, de modo algum podia dizer que todos os Estados tiveram uma. A existência de um documento constitucional, que contivera direitos fundamentais e a representação popular, se converteu na característica diferenciadora para classificar o poder estatal e a pergunta sobre se somente poderia pretender legitimidade a um Estado constitucional entendido neste sentido dominou ao longo de todo o século XIX.”

15 GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2006, p. 49.



encadearam a elaboração das constituições modernas, tinha um significado a fim de designar um conjunto de leis, mas que não havia necessariamente o conteúdo de referência ao algum exercício do poder. Justamente sobre isso, ele menciona que todo Estado tinha uma constituição, contudo se prefigurava pelo simples conjunto de lei, contrário ao termo constituição utilizado para se referir aos documentos com força jurídica, que imprescindivelmente traria normas que regularia a organização e exercício do poder do Estado.

Neste sentido, equivocadamente seria crer no termo constituição a associando a um texto escrito que continha as normas de estruturação do Estado, a separação dos poderes e um conjunto de direitos, já que, apesar do êxito da revolução Francesa e Norte-americana, os alemães, na Europa, seguiam se remetendo a constituição<sup>16</sup> correspondente as normas promulgadas pelo imperador. Por outro lado, as normas que regulavam o exercício do poder, eram chamadas de leis fundamentais, sendo permissível a criação daquelas mediante estas (GRIMM, 2006, p. 108).

Porém, as constituições modernas rasgaram este conceito utilizado e inovaram no sentido de tornar o termo substanciado na existência de uma norma cuja composição era a da existência de uma carta de direitos, das normas de estruturação do Estado e da separação dos poderes. Alias, a Constituição Francesa de 1791 herdou da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (BOBBIO, 1992, p. 85)<sup>17</sup>, a divisão dos poderes e a presença de uma carta que assegure direitos, já que nela está plasmado as características essenciais de uma Constituição, como ressalta Eduardo Velandia Canosa (CANOSA, 2015, p. 39):

Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.<sup>18</sup>

As inspirações que resultaram na superação do Estado Absolutista e o florescimento do Estado Legislativo de Direito, foram decorrentes aos ideais liberais da época. Como filósofos que agiram por meio dos seus pensamentos influenciando os avanços da época, há

---

16 O termo constituição atinente a lei promulgada pelo imperador na Alemanha era o Konstitution (Constitucionalismo y Derechos Fundamentales. cit., p. 108.)

17 Bobbio esclarece ter sido a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão aprovada pela Assembleia Nacional no dia 26 de agosto de 1789. Ele nos traz a sua origem para aprovação em dois períodos, o primeiro do dia 1º ao dia 4 de agosto onde se analisou a utilidade ou não da existência de uma declaração que antecesse a Constituição. Vitoriosos os que creditavam essencial, entrou-se, portanto, no segundo período, de 20 a 26 de agosto foi discutido o texto da declaração e aprovado. (A era dos direitos, cit., p.85)

18 Para consultar a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, se sugere: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>

de ressaltar pilares como Thomas Hobbes.

Segundo os pensamentos hobbesianos, para construir uma sociedade e por fim ao poder absoluto, era preciso que cada indivíduo renunciasse uma parcela de seus direitos. Sendo eles livres e cedendo parte de sua liberdade, em função de um contrato social, encontrariam a coexistência na esperada sociedade, já que para ele o homem seria mal e careceria de alguém que lhe orientasse. Justamente a isso é que Hobbes propõe a solução. Para ele era preciso um soberano, não fundado no direito divino mas nos que a ele foram transferidos, para garantir o contrato social elaborado e da harmonia a vida em sociedade, garantindo a paz e evitando a violência entre indivíduos, os tornando iguais, eliminando qualquer distinção (CANOSA, 2015, p. 38).

Neste mesmo sentido de contrato social, podemos citar outros dois contratualistas que obtiveram fundamental importância na evolução do constitucionalismo e na busca pela conquista de direitos. São eles John Locke e Jean Jacques Rousseau. Para aquele a busca mediante um contrato social era o de garantir direitos como a vida, a propriedade e a liberdade por um governo. Seria um Estado com poder, mas funções limitadas, sendo que caso não cumprisse com seus deveres, poderia ser derrubado. Neste sentido de liberdade, Norberto Bobbio<sup>19</sup> preceitua a relevante influência de John Locke:

No estado de natureza de Locke, que foi o grande inspirador das Declarações de Direitos do Homem, os homens são todos iguais, onde por “igualdade” se entende que são iguais no gozo da liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que o outro. Esse tipo de liberdade é o que aparece enunciado, por exemplo, no art. 1º da Declaração Universal, na afirmação de que ‘todos os homens nascem iguais em liberdade e direitos’, afirmação cujo significado é que todos os homens nascem iguais na liberdade, no duplo sentido da expressão: “os homens têm igual direito à liberdade”, “os homens têm direito a uma igual liberdade”.

Para Rousseau, contrario a Hobbes, os indivíduos nascem bons, sendo que o meio os corrompe. Não obstante, sendo o homem livre, o que sustenta o pacto social é o fato de o Estado respeitar os direitos dos indivíduos (CANOSA, 2015, p. 38-39).

Desta maneira se organizaram as constituições modernas. Era um notável avanço, mas era meramente uma carta organizacional. Carecia de um controle aplicado às leis frente à constituição. Sem embargo, a democracia se irradiava, já que no Estado anterior, absolutista, era intangível.

## **ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO**

---

19 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 70.

Posterior ao Estado Legislativo de Direito, figura como avanço o Estado Constitucional, que veio florescer aos a Segunda Guerra Mundial e continua sendo aperfeiçoado com o direito processual constitucional e o direito constitucional processual. Mas, para essa apreciação acadêmica, é importante ressaltar que o constitucionalismo sempre foi marcado por alterações e aperfeiçoamento dos modelos.

É de se destacar que o fator o valor da interpretação constitucional passou da água para o vinho em decorrência das atrocidades nazistas, ou seja: nem tudo que é direito, é justo; logo, o regime hitlerista se mostrou tão forte e tão amparado pelo Direito, que houve a necessidade de analisar a ciência jurídica e principalmente a Constituição de outra forma.

Neste diapasão, Konrad Hesse em seu livro “A força normativa da Constituição” (1959, p. 29-30) expõe a necessidade de uma Constituição composta por regras e princípios; as regras como mandamentos normativos de fazer ou não fazer; já os princípios, sendo vetores que apontem a um estado ideal de coisas, ou ainda, conforme o direito alemão, o “estado espiritual”.

A importância dos princípios dá à Constituição o poder de se amoldar com o tempo. Assim, legislar por cláusulas abertas significa dar o poder dela se adaptar ao tempo, às mudanças, mas sua essência, seus valores fundamentais se manteriam intocáveis.

Como exemplo ilustrativo, temos o famigerado princípio do devido processo legal. Tal vetor existe desde à Magna Carta Libertatum de 1215 e hoje está presente em todas as Constituições garantistas. Só foi possível a prevalência desta norma por mais de 800 anos, pelo simples fato de seu conteúdo ter sido amoldado durante o curso da História. Em síntese, o legislador constitucional quando legisla por princípios, não define o que é um ou outro, simplesmente traça bases para que seu conteúdo seja escrito ao tempo, reafirmando ainda mais o papel do magistrado ao interpretar uma norma.

Este modelo constitucional surgiu em decorrência da fragilidade do positivismo jurídico, prova disso foi a Constituição alemã de 1919, usada por Adolf Hitler como fundamento para produzir o holocausto pelos nazistas. Mas, ressalte-se, que em termos de direitos sociais previstos na norma alemã, esses eram prerrogativas apenas dos alemães, ou seja, havia claramente, uma discriminação de etnias, em especial com os judeus.

Eros Grau<sup>20</sup> traz uma reflexão a respeito do positivismo jurídico trazido por Kelsen:

Com isso, Kelsen escapa do desafio de cogitar de um objeto ético, substituindo-o,

---

20 GRAU, Eros Roberto. O Direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Virtual Laser Editoração Eletrônica Ltda, 2005, p. 34.

desde a perspectiva que toma para o desenvolvimento da sua ciência do direito, por um objeto estético. Não exagero: é à consideração de relações formais, com sentido estético — abandonada qualquer meditação de ordem ética —, que se volta a análise das normas jurídicas, objeto da teoria pura do direito.

Nada obstante, na mudança de paradigma de Estado Legislativo de Direito para nosso atual momento jurídico, (Neo)Constitucionalismo, enriquecemos nosso modo de proclamar o Direito, não sendo mais a lei a única fonte do direito, mas alargamos nossos alcances da nascente do direito para campos como o dos princípios e valores, bem como para os tratados de direitos humanos.

Diverso do que ocorria no paradigma constitucional anterior, em que o juiz não possuía como fonte de direito as jurisprudências, já que ele era um mero aplicado da lei, ou traduzindo para a “boca da lei”<sup>21</sup>, sendo que o princípio que vigorava era o da legalidade. Havia uma violação aos ideais que as constituições modernas traziam; direitos estavam sendo claramente violentados e não protegidos de forma igualitária aos indivíduos.

No entanto, com o término da Segunda Guerra Mundial, o cenário muda. Não era mais um luta pelo reconhecimento de direitos, já que muitos deles tinham sido conquistados ao curso da história, mas era agora uma luta que garantisse a efetividade deles. Deste modo, as constituições neste momento passaram a ganhar força normativa. Surge como princípio a supremacia constitucional e primazia pelos direitos fundamentais.

Segundo a lição de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco<sup>22</sup>, o traço marcante da constitucionalização de direitos, no pós-guerras, está na mudança dos direitos humanos (de conteúdo jusnaturalistas e índole filosófica) para direitos fundamentais (positivados na ordem jurídica). Assim, como concluem os autores, “a característica da constitucionalização de direitos fundamentais(...) impõem-se a todos os poderes constituídos, até ao poder de reforma da Constituição”.

Sem embargo, agora os juízes possuem o dever de aplicar a norma constitucional, já que a norma máxima se fazia neste documento, pois nele estavam fundamentados os direitos conquistados, além dos instrumentos que davam garantias aos direitos ali consagrados.

Neste sentido, de ampliar a tutela dos direitos e evitar seu desrespeito, começaram a surgir documentos internacionais e regionais de proteção aos direitos e garantias, como a Declaração Universal da ONU de 1948 e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem do mesmo ano, atuando em esfera internacional e regional, continente americano,

21 Expressão trazida por Eduardo Andrés Velandia Canosa (Derecho Procesal Constitucional. cit., p. 40).

22 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 9ª Edição, p. 147

respectivamente.

Podemos chamar este momento de um neoconstitucionalismo, ainda que essa expressão não seja trazida nas constituições. Contudo, seria um nascimento do constitucionalismo que visa fortalecer os direitos fundamentais<sup>23</sup>.

A esse respeito Max Möller<sup>24</sup> afirma:

[...] cremos que o neoconstitucionalismo é muito melhor definido como um movimento próprio do constitucionalismo contemporâneo, que implica, fundamentalmente, a mudança de atitude dos operadores jurídicos, a qual determina consideráveis alterações na prática jurídica.

Há que se observar, nesta direção, que a teoria neoconstitucionalista entende ser papel da própria Constituição incorporar em seu bojo valores morais. E neste dizer, segundo a lição de Marcelo Novelino (2016, p. 63), “diante de argumentos justificadores, o juiz não só pode, como deve, dizer que uma lei extremamente injusta não é direito, a fim de evitar uma contradição performativa”.

Neste sentido, o positivismo jurídico por si só seria incapaz de esclarecer certos modelos de interpretação do constitucionalismo contemporâneo, demonstrando que precisa de novos estudos para apontar soluções. Evidencia-se que estas constituições se estruturam mediante princípios e regras, além de possuírem características importantes, como rigidez, diverso da Constituição Alemã utilizada por Hitler. Sendo assim, a alteração do texto constitucional, visto a sua importância e força jurídica como norma norteadora do direito, vem a ser um processo restrito e delicado.

Espelho dessa rigidez constitucional são as cláusulas pétreas, trazidas no artigo 60º da nossa atual Constituição Federal, 1988, que diz em seu § 4º:

“§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
I - a forma federativa de Estado;  
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;  
III - a separação dos Poderes;  
IV - os direitos e garantias individuais.”<sup>25</sup>

Essa rigidez é elemento fundamental na prevalência da supremacia constitucional. Unido a ela e visando o mesmo propósito, podemos mencionar a força vinculante da Constituição. A respeito dessa importante figura constante nas constituições contemporâneas, elencamos os preceitos de Max Möller<sup>26</sup>:

23 VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. Derecho Procesal Constitucional. Bogotá: VC Editores Ltda, 2015, p. 47.

24 MÖLLER, Max. Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

25 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

26 MÖLLER, Max. Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo

As normas constitucionais, mesmo as diretivas e programáticas, devem orientar a atuação de todos os poderes estatais, permitindo que, em alguns casos ou situações, possam ser aplicadas diretamente, tanto no aspecto negativo – controle de constitucionalidade de outras normas infraconstitucionais –, mas também de forma afirmativa, seja para orientar algum posicionamento interpretativo, seja para servir de fundamento para deferimento de uma prestação individual.

Neste sentido, tendo um constitucionalismo embasado em novas fontes do direito e dando a força normativa que a constituição carecia, nos sobrepuja um princípio chamado de supremacia constitucional. Igualmente torna essencial o estudo de uma disciplina que tutele a constituição, não somente mediante o controle de constitucionalidade, mas os processos cujo conteúdo seja a própria constituição, sendo um sistema de resolução de conflitos derivado da matéria constitucional. Há, fruto da norma jurídica constitucional, uma necessidade de proteção da sua supremacia e conteúdo.

## **DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL**

O Direito Processual Constitucional vem ganhando espaço e expressão nos últimos anos por doutrinadores colombianos, mexicanos e argentinos citados, bem como brasileiros como Antonio Augusto Cançado Trindade e Valério de Oliveira Mazzuoli. Ainda que seja uma matéria nova, tem objeto de estudo não muito conhecido, já que está em constante evolução e descobrimento, principalmente por conta das decisões do Supremo Tribunal Federal que invalidou uma norma do Código Civil com base na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

O doutrinador paraguaio Pablo Villalba Berni<sup>27</sup> cita o direito processual constitucional está sendo estudado doutrinariamente de forma mais especializada recentemente, mas que ganha importância devido ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, que conta com a Comissão IDH e a Corte IDH. Decorrente a isso, a matéria tem sido estudada de forma sistemática em países vizinhos, mas no Brasil ainda há falta de conhecimento sobre as temáticas ligadas ao controle de convencionalidade. Neste mesmo sentido, ele proclama a necessidade dos Estados, principalmente o Brasil, passarem a desenhar os contornos da matéria e suas fronteiras, para que o Direito Processual Constitucional possua uma eficaz recepção.

---

contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 34.

27 VILLALBA, Pablo. O autor declara ser o Direito Processual Constitucional um objeto que está em desenvolvimento ainda, desde modo é preciso, devido ao pouco conhecimento da matéria, começar a traçar os efeitos e posicionar o conteúdo dela. (Derecho Procesal Constitucional. cit., p. 152).

O Peru, segundo Anibal Quiroga León<sup>28</sup>, criou um instrumento importante chamado de Código de Direito Processual Constitucional.

### **Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual**

Antes de aprofundar nossos estudos ao Direito Processual Constitucional, nos faz oportuno trazer a distinção dele em relação ao Direito Constitucional Processual. Os dois são importantes, mas a doutrina reconhece as diferenças.

Paulo Roberto de Gouvêa Medina<sup>29</sup> traz exemplos a fim de demonstrar essas diferenças entre o direito processual constitucional e o direito constitucional processual, respectivamente:

Este teria por objeto o estudo dos princípios e institutos constitucionais do processo, cabendo àquele a matéria atinente à jurisdição constitucional, ou seja, o estudo das ações constitucionais destinadas à tutela de direitos fundamentais (mandado de segurança, habeas corpus, ação popular, habeas data e mandado de injunção) e do controle da constitucionalidade das leis e atos normativos.

Neste mesmo sentido, o colombiano e ex-juiz da Corte IDH, Ernesto Rey Cantor<sup>30</sup> afirma:

El Derecho Procesal Constitucional - es una rama del derecho procesal- que comprende un conjunto de "normas", "principios" y "valores" contenidos en la Constitución Política y en la ley que regulan los procesos constitucionales, cualesquiera que sean los órganos encargados de preservar con justicia y con efectividad la supremacía de la Constitución y la protección procesal de los derechos humanos.<sup>31</sup>

Por isso, pode-se entender que são conceitos diferentes e que o direito constitucional processual é um antecedente do direito processual constitucional, já que aquele se ocupa da parte geral dos estudos e este de matéria específica, constitucional mediante os processos dela decorrentes. Como ressalta Paulo Medina, os dois são importantes, mas com conteúdos diferentes, embora ambos sejam importantes para o controle de constitucionalidade e também para o controle de convencionalidade.

Deste modo, o direito processual constitucional possui neste paradigma atual do

---

28 QUIROGA LEON, Anibal. El derecho procesal constitucional peruano <in> Derecho Procesal Constitucional, Tomo II. Volumen I, p. 130.

29 MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Direito processual constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 4.

30 REY CANTOR, Ernesto. O autor se refere nesta passagem como Constituição Política aquela em virtude da doutrina espanhola, que se constitui de uma trindade formada por normas, princípios e valores. (El derecho procesal constitucional: un nuevo concepto cit., p. 13.)

31 Tradução própria: O Direito Processual Constitucional – é um ramo do direito processual – que compreende um conjunto de “normas”, “princípios” e “valores” contido em uma Constituição Política e na lei que regulam os processos constitucionais, qualquer que sejam os órgãos encarregados de preservar com justiça e com efetividade a supremacia da Constituição e a proteção processual dos direitos humanos.”

constitucionalismo, visando garantir o que foi conquistado ao largo dos anos mediante a consolidação de um documento que possui força normativa, a Constituição.

Assim, podemos concluir que o direito processual constitucional é uma ciência autônoma e que não se reduz somente no que se refere a processo, mas também ao direito constitucional, já que há uma mescla destes na busca de jurisdição efetiva.

### **Direito Processual Constitucional: Correntes e Avanços**

Para maior conhecimento da tão recente matéria, se faz relevante demonstrar distintas posições de alguns doutrinadores com respeito ao conteúdo que abarca a disciplina do Direito Processual Constitucional. Assim sendo, notaremos posicionamentos distintos, decorrentes do pouco conhecimento doutrinário da matéria, além de conteúdos abrangentes. Este tema ainda gera controversas doutrinárias e não é pacífico, apensar dos conceitos retrotranscritos aos quais adotamos nesta apreciação acadêmica.

Um primeiro posicionamento concentra no Direito Processual Constitucional um caráter pouco abrangente. É uma visão restrita da matéria ou do seu conteúdo. Nela concentra-se a magistratura constitucional e também os chamados processos constitucionais. A esse respeito, tomamos as palavras do argentino Néstor Sagüés<sup>32</sup> e o colombiano Eduardo Andrés Velandia Canosa e o paraguaio Pablo Villalba<sup>33</sup> para contribuir com a discussão sobre esta visão mais restrita do direito processual constitucional:

La versión mínima del derecho procesal constitucional lo entiende como una disciplina eminentemente procesal, y la circunscribe a dos temas esenciales: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales que tal vez se podría sintetizar en un solo: la jurisdicción constitucional. Para esta concepción el derecho procesal constitucional se ocupa de los órganos y de los procesos que custodian la supremacía de la constitución. La cuestión parece simple, pero a la postre no lo es.<sup>34</sup>

Portanto, esta inicial visão reduz o direito processual constitucional, como afirma Néstor Sagüés, ao entendimento dos processos constitucionais e da magistratura constitucional, isto é, os órgãos e juízes constitucionais, podendo ser as duas características da

---

32 SAGÜÉS, NÉSTOR P. Derecho procesal constitucional, Tomo I, p. 21. O autor afirma: "El Derecho Procesal Constitucional es, principalmente el derecho de la jurisdicción constitucional, y tiene dos áreas claves: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales". No mesmo sentido, Ernesto Rey Cantor (El derecho procesal constitucional: un nuevo concepto, p. 27).

33 VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. Derecho Procesal Constitucional. Bogotá: VC Editores Ltda, 2015, p. 155.

34 Tradução própria: A versão mínima do direito processual constitucional a entende como uma disciplina eminentemente processual, e a circunscreve em dois temas essenciais: a magistratura constitucional e os processos constitucionais que talvez poderia ser sintetizado em um só: a jurisdição constitucional. Para esta concepção o direito processual constitucional se ocupa dos órgãos e processos eu custodiam a supremacia da constituição. A questão parece simples, mas não é"



visão mais restrita, convertidas em uma única, a da jurisdição constitucional.

Destarte, um pouco mais ampla, encontramos uma visão intermediária e que possui importantes fundamentos para tal. Unindo as características anteriormente citadas, esta corrente um pouco mais ampla, contudo intermediária, anexa a interpretação constitucional como conteúdo do Direito Processual Constitucional. Neste sentido, os Estados devem adequar a matéria ao seu âmbito doméstico, restringindo as fronteiras deste. Além do mais, inaugura-se a menção de fusão do direito processual com o constitucional.

No sentido de tornar o direito processual constitucional restrito aos limites fronteiriços de cada país, García Belaunde<sup>35</sup> proclama que o Direito Processual Constitucional somente deve existir no nível do ordenamento nacional de cada país. Ele ainda vai além, dizendo que para que o Direito Processual Constitucional translade as fronteiras nacionais seria preciso uma constituição que se fizesse mundial ou regional.

Caminhando no sentido de ampliar cada vez mais o conteúdo do direito processual constitucional, encontramos duas correntes, a ampla e amplíssima. Nesta primeira compreendemos a existência de uma jurisdição constitucional da liberdade<sup>36</sup>, além de alcançar uma jurisdição supranacional, que protege os direitos humanos.

Por fim, a amplíssima, adotada em função da invasão dos documentos internacionais em âmbito nacional, cuja existência produziu uma aplicação no bloco de constitucionalidade dos países.

Sendo assim, não pode ficar presa nas fronteiras nacionais, incorporando uma jurisdição constitucional transnacional. Neste sentido tomamos as palavras de Pablo Villalba Bernié<sup>37</sup>, adepto da corrente mais ampla, para explicar o conteúdo mais abrangente do Direito Processual Constitucional:

Adscribimos a la idea de un contenido amplísimo, que merece explicitarse puntilosamente. Compartimos la idea que el contenido del DPC debe abordar temarios básicos como lo son la magistratura constitucional y los procesos constitucionales, en explicitación de un sistema procesal que da respuesta a la imperiosa supremacía constitucional y a la defensa integral de la Constitución. Aunque no debe quedar la incorporación de la jurisdicción constitucional transnacional, e incluso abrir la perspectiva de la incorporación de los procesos

---

35 VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. Derecho Procesal Constitucional. Bogotá: VC Editores Ltda, 2015, p. 156

36 Este é o pensamento de Cappelletti que se traduziu em dois momentos, sendo o primeiro nos instrumentos de proteção dos direitos de liberdade em âmbito nacional; já em um segundo momento, ele analisou tal fenômeno em uma manifestação supranacional, protegendo os direitos humanos consolidados em instrumentos internacionais. (Derecho procesal constitucional. cit., p. 117).

37 VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. Derecho Procesal Constitucional. Bogotá: VC Editores Ltda, 2015, p. 158.

Desta forma, concluímos que o direito processual constitucional é uma matéria ainda em construção e vivendo seu dinamismo. Como visto por meio da evolução histórica do constitucionalismo, os documentos internacionais vieram ganhando força e ampliando a margem de direitos existente.

Desde modo, ampliou-se o que chamamos de bloco de constitucionalidade, já que uma vez que um tratado ou documento internacional é assinado e ratificado por um Estado, no caso do Brasil, em virtude da EC nº45/04, que acrescentou ao artigo 5º da nossa CF-88 o §3º, dando aos tratados e convenções aprovados em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por votação de 3/5 dos votos dos respectivos membros, se tornaram equivalentes a emenda constitucional. Independente da controvérsia do tema, o rol de direitos é ampliado, garantindo aos cidadãos brasileiros uma maior proteção de seus direitos e liberdades.

Em seus estudos, Bernié<sup>39</sup> também afirma que é a tarefa do seu país zelar pelo bloco de constitucionalidade, ampliando as normas integrantes de seu corpus iuris commune, como traz o artigo 145º de sua Constituição Nacional. Portanto, defende o Sistema Interamericano de Direitos Humanos passou a integrar, desde 1993, com a entrada em vigência da Convenção Americana de Direitos Humanos, a ordem jurídica Paraguai. Deste modo o Direito Processual Constitucional passou a produzir efeitos transnacionais, privilegiando o acesso a justiça transnacional, o ingresso na ordem jurídica paraguaia de direitos e garantias, além da obrigatoriedade do controle de convencionalidade.

Ainda tratando dos países latino-americanos, vale ressaltar a Colômbia, ampliando também o alcance do seu direito processual constitucional. A esse respeito podem ser citados desde o pioneiro Ernesto Rey Cantor<sup>40</sup>, que ao comentar sobre a Constituição colombiana de 1991, já apontava a importância dos tratados, talvez devido a sua participação como juiz da Corte IDH e também como professor. Portanto, antes e depois da Constituição de 1991, o autor afirmou que o Estado social de direito visa garantir a efetividade dos princípios e

---

38 Tradução própria: “Atribuimos a ideia de um conteúdo amplíssimo, que merece ser explicado pontualmente. Compartilhamos a ideia que o conteúdo do DPC deve abordar temas básicos como são a magistratura constitucional e os processos constitucionais, em decorrência de um sistema processual de resposta a imperiosa supremacia constitucional e a defesa integral da Constituição. Ainda que não deva ficar fincada nessas noções, porque seu conteúdo se faz mais abrangente ainda desde a incorporação da jurisdição constitucional transnacional, e inclusive abre a perspectiva da incorporação dos processos quase jurisdicionais.”

39 VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. Derecho Procesal Constitucional. Bogotá: VC Editores Ltda, 2015, p.159.

40 CANTOR, Ernesto Rey. El Derecho Procesal Constitucional. Un nuevo concepto, p. 51.

direitos consagrados na Constituição, além das normas internacionais que versem sobre direitos humanos.

Todavia, tanto o Peru como a Bolívia inovaram elaborando um Código Processual Constitucional, o que vem produzindo efeitos e serve de exemplo aos demais países latino-americanos.

Portanto, um Direito Processual Constitucional forte, conhecido e cada vez mais amplo, gerará segurança jurídica e maior tranquilidade aos indivíduos, já que seus direitos se farão cada vez mais bem protegidos, além da própria Constituição, documento norteador das sociedades democráticas.

## CONCLUSÕES

Diante do panorama traçado ao decorrer da história e da evolução das constituições, marcadas por revoluções e rompimentos em paradigmas existentes. Essas lutas trouxeram conquistas, que não param para buscar o chamado progresso moral da humanidade na efetivação de direitos e garantias. Os direitos passaram a ser declarados e protegidos pelos Estados. A Constituição se tornou matéria essencial na garantia dos direitos e das liberdades individuais, mas agora há novos paradigmas como os tratados de direitos humanos e o Sistema Interamericano, composto pela Comissão e a Corte IDH.

Oportuno mencionar, que todos os documentos como as constituições são importantes, mas que há necessidade de novos avanços. Ainda que elas fossem, no passado, um documento com forma jurídica que estruturasse o Estado e trouxesse direitos, ainda era carente de força normativa, tornando-se dependente da elaboração e boa vontade dos legisladores em promulgar leis a fim de dar a ela validade. Não obstante, inexistia um controle das leis frente à Constituição. Prevalecia à lei como fonte do direito; imperava a máxima da “dura lex sed lex”.

Essa evolução vai passar por vários momentos em especial depois da Segunda Guerra Mundial, passaram a surgir as constituições contemporâneas dado o fracasso da mais bem elabora Constituição Alemã, revestida de positivismo. Com essa nova concepção constitucional, aflorou a força normativa dos documentos constitucionais. Era agora o princípio da supremacia constitucional que guiava os legisladores e aplicadores do direito, mas ainda são necessário novos avanços.

Destarte, longe estamos em um estado ideal de direitos e garantias, já que as lutas

persistem nesse sentido. Encontramos evoluções essenciais na proteção e declaração de direitos. Sendo assim surge o Direito Processual Constitucional, que visa assegurar essa supremacia constitucional e sua força normativa por meio de processos constitucionais e da aplicação e checagem das normas infraconstitucionais frente a constituição. Deste modo, é realizado um controle de constitucionalidade que exige do Poder Judiciário conhecimento das normas constitucionais visando sua prevalência.

Surge o controle de convencionalidade que visa alcançar a efetivação do direito, quando o Estado falha. Em virtude disso, surge à disciplina do direito processual constitucional, que ainda está se ampliando a cada dia. O motivo é a dinâmica e ainda em descoberta da possibilidade do controle de convencionalidade, que vincula não só o Judiciário brasileiro, mas abre as portas do Sistema Interamericano.

Surge para o Poder Público, um órgão para fiscalizar a efetivação de direitos e garantias. Dois órgãos que vão promover a checagem dos tratados e convenções de direitos humanos frente às normas infraconstitucionais e da própria constituição. Deste modo realiza-se um controle das normas internas frente as normas decorrentes dos documentos internacionais e regionais. Assim, prevalece àquela norma que melhor garanta direitos aos indivíduos, segundo o princípio *pro homini*.

Fica latente que protegendo a Constituição e os tratados de direitos humanos se protege também, por meio do aperfeiçoamento do direito processual constitucional, os direitos individuais. São valorizados os instrumentos constitucionais que asseguram a efetivação de tais direitos que são imprescindíveis na democracia. Com o chamado bloco de constitucionalidade cada vez mais amplo, por força de novos tratados de direitos humanos assinados, há avanços da defesa de direitos para além das fronteiras nacionais.

## **REFERÊNCIAS**

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BURGOA, Ignacio. El Juicio de Amparo. México: Porrúa, 2005.

CANTOR, Ernesto Rey. El Derecho Procesal Constitucional. Un nuevo concepto. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2010.

DIREITOS HUMANOS – Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789 Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> > Acesso em 30 de maio de 2016.

GRAU, Eros Roberto. O Direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Virtual Laser Editoração Eletrônica Ltda, 2005.

GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales. Madrid: Trotta, S.A, 2006.

HESSE, Konrad. A força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Mendes. 1991, Porto Alegre. SERGIO ANTONIO FABRIS

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Derecho Procesal Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 2008.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Direito processual constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional- 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

MÖLLER, Max. Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional-11ª Ed. Salvador: Rd Jus Podivm, 2016

QUIRINO, Célia Galvão, MONTES, Maria Lúcia. Constituições. São Paulo: Editora Ática, 1992.

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

SAGÜÉS, Néstor P. Derecho procesal constitucional, Tomo I e II, Buenos Aires: Astrea, 4ª edición, 2ª reimp. – 2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005.

VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. Derecho Procesal Constitucional. Bogotá: VC Editores Ltda, 2015.

# O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A CONSAGRAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Caroline SCHNEIDER<sup>1</sup>  
Ellen Carina Mattias SARTORI<sup>2</sup>

## RESUMO

A desconsideração da personalidade jurídica é prevista na legislação material, contudo, não havia a previsão, na lei processual, sobre qual procedimento deveria ser seguido. Tal omissão legislativa possibilitava decisões judiciais que acabavam por violar direitos fundamentais expressos na Constituição Federal. De forma inovadora, o novo Código de Processo Civil institui o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, em evidente contemplação ao princípio constitucional do contraditório, definindo regras que preveem um procedimento, com contraditório, defesa e produção de provas, prévios à decisão que desconsidera a personalidade da pessoa jurídica. O objeto do presente estudo, portanto, é analisar esse procedimento, cuja observância é indispensável para que se respeite o modelo constitucional do processo civil brasileiro e, por conseguinte, se assegure a legitimidade democrática da decisão judicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desconsideração da personalidade jurídica; Princípio do Contraditório; Novo Código de Processo Civil.

## ABSTRACT

The disregard of the legal entity is defined by material law; however, there were no definition in the procedural law about what procedure should be followed. Such legal omission afforded judicial decisions that violated fundamental rights expressed in the Federal Constitution. In an innovative way, the new Civil Procedure Code establishes the procedural incident of disregard of the legal entity, as an evident enshrinement of the constitutional adversarial principle, defining rules and proceedings, with adversarial, defense and production of evidences, before the judicial decision that's disregard the legal entity. The aim of the present study, therefore, is to analyses this procedure, whose observation is indispensable for the constitutional model of the brazilian civil procedure code to be respected, and ensure the democratic legitimacy of the judicial decision.

- 1 Mestre (Pós-Graduação Stricto Sensu) em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE). Especialista em Jurisdição Constitucional pelo Corso di Alta Formazione in Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale dei Diritti, ministrado na Università di Pisa, Dipartimento di Giurisprudenza. Pós-graduada "lato sensu" em tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos pela Universidade da Amazônia. Pós-graduada "lato sensu" em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura da Paraná, Núcleo Londrina. Professora de Processo Civil em vários cursos de Pós-Graduação "lato sensu". Coordenadora do Núcleo ESA da OAB/SP da Subseção de Ourinhos/SP. Advogada e Analista do Seguro Social com formação em Direito, na Agência da Previdência Social de Ourinhos/SP.
- 2 Mestre (Pós-Graduação Stricto Sensu) em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE) - Área de concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Pós-graduada lato sensu (Especialização) em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada do escritório Pontechelle Sociedade de Advogados em Bauru/SP. Professora de Direito Civil da Faculdade Itana de Botucatu (mantida pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru - ITE). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direitos e Garantias Fundamentais, Direito Civil, Direito do Consumidor e Direito Processual Civil.

**KEY-WORDS:** Disregard of the legal entity; Adversarial Principle; New Civil Procedure Code.

## INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil entrou no panorama nacional com a finalidade não só de inovar, mas também de reforçar a máxima de que é por meio do processo civil que se tem a efetivação do direito material e assim, em última finalidade, a concretização da justiça.

Desse modo, a Lei 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, cuidou de tratar do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, regulamentando as regras materiais já existentes no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e em outros diplomas legais pátrios. Até então, a desconconsideração da personalidade jurídica, apesar de prevista em regras materiais, não possuía um procedimento específico.

Conforme preconiza a Exposição de Motivos do novo Código, a necessidade evidente de harmonizar a lei processual em relação à Constituição Federal da República de 1988 fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual.

Assim, em consagração ao princípio constitucional do contraditório, foram instituídas regras que preveem um procedimento, com contraditório, defesa e produção de provas, prévio à decisão que desconsidere a personalidade da pessoa jurídica. Para tanto, o novo CPC passa a prever o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Trata-se de espécie de intervenção de terceiro, pois se provoca o ingresso de terceiro em juízo (para o qual se busca dirigir a responsabilidade patrimonial), em sua versão tradicional ou inversa.

O novo CPC, portanto, não cuida das hipóteses de desconconsideração da personalidade jurídica, que continuam sendo definidas em lei específica. A novidade está no procedimento que deverá ser seguido para a aplicação da sanção de desconconsideração da personalidade jurídica no processo, em evidente contemplação ao princípio constitucional do contraditório. O estudo desse procedimento, portanto, é o objeto do presente estudo.

Considerando o objetivo pretendido, primeiramente, imperioso analisar, ainda que brevemente, o conceito de desconconsideração da personalidade jurídica e sua previsão no direito material brasileiro. Para uma eficiente compreensão do tema, faz-se também necessária a apreciação da consagração do princípio do contraditório no Novo Código de Processo Civil,

que vem a assegurar o pleno respeito ao devido processo legal no que diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica.

Por fim, o estudo procura ponderar sobre esse procedimento – que não estava previsto expressamente na legislação processual anterior – e como os sócios (ou a sociedade, no caso de desconsideração inversa) serão chamados a participar, em contraditório, do processo de formação da decisão que define sua responsabilidade patrimonial.

No aspecto metodológico, será utilizado o método de orientação de conhecimento dedutivo, pois, partindo-se das premissas que serão analisadas, chega-se à conclusão do trabalho. Quanto à natureza e ao objetivo, trata-se de uma pesquisa teórica, exploratória e explicativa, que busca o aprofundamento do conhecimento sobre o tema. Em relação à fonte de dados, pesquisa é bibliográfica, sendo utilizada a documentação indireta, empregando-se a legislação e obras doutrinárias presentes em livros, artigos em periódicos impressos e no meio eletrônico.

## **DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

A pessoa jurídica é titular de direitos e obrigações. O instituto da pessoa jurídica é uma técnica de separação patrimonial desenvolvida pelo direito, para distinguir a pessoa jurídica da pessoa dos membros que a compõem. Segundo Coelho (2012, p. 211-212), os membros dela não são os titulares dos direitos e obrigações imputados à pessoa jurídica. Tais direitos e obrigações formam um patrimônio distinto. A pessoa jurídica é, portanto, uma técnica de separação patrimonial em que se atribui personalidade própria ao patrimônio segregado.

Tal realidade, afirma Tartuce (2015), pode ser retirada do art. 45 do Código Civil de 2002, ao dispor que começa a existência legal das pessoas jurídicas de Direito Privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro.

Como decorrência dessa técnica da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, as obrigações desta não são, em princípio, imputáveis aos seus membros (os associados da associação, sócios da sociedade ou instituidor da fundação), que não respondem, em regra, pelas obrigações da pessoa jurídica, porque são sujeitos de direito distintos, autônomos, inconfundíveis (COELHO, 2012, p. 220).

Mas, justamente devido a essa possibilidade de exclusão da responsabilidade dos seus membros, sócios ou administradores, o princípio da autonomia patrimonial da pessoa



jurídica, por vezes, foi manipulado para a realização de fraudes, provocando reações na doutrina e na jurisprudência. Visando a coibir tais abusos, surgiu no Direito Comparado a figura da “teoria da desconsideração da personalidade jurídica” ou “teoria da penetração” (disregard of the legal entity ou disregard doctrine).

Através dessa “teoria”, são alcançados pessoas e bens que se escondem dentro de uma pessoa jurídica para fins ilícitos ou abusivos, além dos limites do capital social (responsabilidade ultra vires). Pretende, assim, através de decisão judicial, o afastamento temporário da personalidade da pessoa jurídica, para permitir que o credor prejudicado satisfaça seu direito, atingindo o patrimônio pessoa do sócio ou administrador que cometeu o ato abusivo.

Dessa forma, os bens particulares dos sócios podem responder pelos danos causados a terceiros. Em suma, o escudo, no caso da pessoa jurídica, é retirado para atingir quem está atrás dele, o sócio ou administrador. Bens da empresa também poderão responder por dívidas dos sócios, por meio do que se denomina desconsideração inversa ou invertida [...] (TARTUCE, 2015).

A desconsideração inversa da personalidade jurídica, desse modo, caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social (MEDINA, 2015, p. 138), de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações dos seus membros, que a usaram indevidamente para encobertar seu patrimônio pessoal.

Admitindo essa possibilidade, na IV Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado n. 283 do CJF/STJ, determinando que “é cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012).

O caso inglês Salomon versus A. Salomon & Co. Ltd. é apontado como a “pedra fundamental” da doutrina da autonomia pessoa jurídica, sendo habitualmente citado como o leading case da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, embora apenas a primeira decisão da Corte de Apelação tenham realmente sido nesse sentido, pois a decisão final, dada pela House of Lords, reverteu a decisão e garantiu a autonomia da pessoa jurídica (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 514).

Aron Salomon era um fabricante de botas de couro e sapatos na segunda metade do Século XIX. Após anos de atividade como empresário individual, seus filhos mais velhos quiseram se associar à empresa. Constituíram então, em 1892, uma sociedade formada por

Aron, a esposa e os filhos, cujos sócios tinham responsabilidade limitada.

Contudo, a sociedade passou a enfrentar dificuldades financeiras e, na segunda metade de 1893, entrou em liquidação. A partir de então, passou-se a questionar a legalidade da sociedade e a possibilidade de imputação de responsabilidade pelo pagamento das dívidas da sociedade a Aron Solomon, sob o argumento de que a sociedade fora constituída com o intuito de fraudar credores. A decisão final proferida pela Câmara dos Lordes, no entanto, foi unânime em relação à legalidade da sociedade, sustentando firmemente a doutrina da autonomia da personalidade jurídica e da responsabilidade limitada (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 515).

Como se percebe, o debate acerca da desconsideração da personalidade jurídica é um debate sobre a limitação da responsabilidade, e não em relação à existência da personalidade jurídica em si. A limitação da responsabilidade não é elemento constitutivo da personalidade jurídica, que pode existir independentemente do alcance obrigacional da responsabilidade daqueles que a formam. "A responsabilidade limitada e a responsabilidade ilimitada não são determinantes para a existência da autonomia da pessoa jurídica. Apenas algumas delas são caracterizadas pela limitação da responsabilidade obrigacional das pessoas que as formam" (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 515).

Assim, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica emergiu como instrumento destinado a suprir o privilégio da limitação da responsabilidade em determinados contextos. Didier Junior (2015, p. 517) afirma que, de um modo quase uniforme, a doutrina vê a função social da propriedade como o fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica. A pessoa jurídica é, como dito, um instrumento técnico-jurídico desenvolvido para facilitar a organização da atividade econômica e, assim, para o exercício do direito de propriedade.

"A chamada função social da pessoa jurídica (função social da empresa) é corolário da função social da propriedade" (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 517). Sendo assim, o instituto está condicionado ao pressuposto do atingimento do fim jurídico a que se destina, sendo que qualquer desvio ou abuso deve dar margem à aplicação da sanção contida na desconsideração da personalidade jurídica.

O Código Civil Brasileiro de 2002 acolheu expressamente a desconsideração em seu art. 50 que diz que, em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o Juiz decidir, a requerimento da parte, ou do

Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (BRASIL, 2002).

Como a desconsideração da personalidade jurídica foi adotada pelo legislador da nova codificação privada, Tartuce (2015) entende que não é mais recomendável utilizar a expressão “teoria”, que constitui trabalho doutrinário, amparado pela jurisprudência.

Anteriormente ao Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 28, caput, já trazia a permissão sancionatória, prevendo que o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má-administração. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores (BRASIL, 1990).

O art. 4º da Lei de Crimes Ambientais (BRASIL, 1998) e, mais recentemente, a Lei Anticorrupção (BRASIL, 2013), também trazem modalidades de desconsideração da personalidade jurídica, esta última, inclusive, criou uma nova modalidade de desconsideração administrativa (art. 14), sem a necessidade de intervenção ou decisão judicial (TARTUCE, 2015).

Importante ressaltar que a desconsideração da personalidade jurídica não se confunde com a sua despersonificação, que é medida sancionatória mais grave, pois resulta no cancelamento do registro e na extinção da pessoa jurídica. A despersonificação da pessoa jurídica é possível em situações graves, por exemplo, quando a pessoa jurídica se transmuta em organização criminosa. Destaque-se que a despersonificação da pessoa jurídica está tratada, em termos gerais, no art. 51 do Código Civil.

Ainda é relevante assinalar o entendimento doutrinário consolidado no Enunciado 284 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (2012), o qual diz que a desconsideração da pessoa jurídica pode ser aplicada para pessoas jurídicas em geral, inclusive as de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não econômicos, embora, na prática, seja especialmente aplicada para sociedades empresárias.

A doutrina aponta a existência de duas grandes teorias fundamentais acerca da

desconsideração da personalidade jurídica. A primeira delas é a “teoria maior”, adotada pelo art. 50 do Código Civil de 2002, em que a comprovação da fraude e do abuso por parte dos sócios constitui requisito para que o juiz possa ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas (GONÇALVES, 2013, p. 232). Assim, os pressupostos escolhidos pelo Código Civil para a desconsideração da pessoa jurídica são o desvio de finalidade e a confusão patrimonial (COELHO, 2012, p. 222).

Relativamente ao Código de Defesa do Consumidor, pelo que consta do § 5º do art. 28, foi supostamente adotada a teoria menor, bastando o mero prejuízo à parte, para que a desconsideração seja deferida (TARTUCE, 2012, p. 232).

Insta consignar que, em todos os casos, a aplicação da sanção da desconsideração prescinde da demonstração da insolvência da pessoa jurídica (TARTUCE, 2015), conforme entendimento sedimentado no Enunciado n. 281 do Conselho da Justiça Federal (2012), aprovado na IV Jornada de Direito Civil. Nessa mesma Jornada, também foi aprovado o Enunciado 282, segundo o qual o encerramento irregular da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar o abuso da personalidade jurídica.

Ainda naquele mesmo evento, foi aprovado o Enunciado n. 285 do CJP/STJ (2012), estabelecendo que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor. “Como não poderia ser diferente, pode uma empresa credora também fazer uso do instituto contra uma empresa devedora, presentes os requisitos do art. 50 da codificação privada” (TARTUCE, 2015).

Ocorre que, muito embora exista a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica há muito tempo na legislação material, não havia a previsão legal sobre como a desconsideração se daria no processo. Tal omissão legislativa gerava uma série de dúvidas e decisões conflitantes que, muitas vezes, acabavam por violar direitos fundamentais processuais.

## **O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A CONSAGRAÇÃO AO CONTRADITÓRIO**

De forma inovadora, o novo diploma processual institui o procedimento que deverá ser seguido quando da desconsideração da personalidade jurídica, seja na sua forma direta seja na sua forma “inversa”, e sua maior preocupação está na oportunização do contraditório, e isto tem razão de ser.

Durante a vigência do Código de 1973, embora não houvesse um procedimento específico para a realização da desconconsideração, era esta realizada com base no art. 154, que estabelecia “os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial”. Dispositivo consagrado no art. 188 do Código de 2015.

Por esse princípio da liberdade das formas processuais, o fato da lei processual não estabelecer um mecanismo para a efetivação de um direito material não significa que o mesmo não deva ser aplicado, apenas que deva ser realizado de forma livre respeitando as diretrizes do ordenamento jurídico. E essa aplicação nunca foi negada pelos Tribunais desde que a desconconsideração da personalidade foi estatuída no Código de Defesa do Consumidor em 1990, art. 28.

Quando do estabelecimento da desconconsideração da personalidade jurídica no diploma consumerista, em 1990, ainda vigorava na ordem jurídica brasileira, embora já perdendo força, o positivismo jurídico, para o qual a lei vinha em primeiro lugar, sendo o monopólio de dizer o direito do legislador, cabendo ao Judiciário apenas a tarefa de subsumir o caso concreto ao texto normativo. Ao Judiciário não era permitida qualquer atuação fora do estabelecido pelo legislador, embora o princípio do contraditório esteja instituído desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LV, não era aplicado em sua eficácia plena. Considerava-se, neste momento, a Constituição Federal uma mera Carta política.

Em 2002, quando estabelecido pelo Código Civil, no art. 50, apesar de já no período pós-positivista, não houve mudança na atuação dos Tribunais, que em sua maioria, apenas permitiam o contraditório “ciência” após a prolação da decisão quando à desconconsideração.

No presente caso, parte da decisão rebatida merece ser reformada, eis que é desnecessária a citação dos sócios diante da decisão que descon siderou a personalidade jurídica da empresa. Cumpre salientar que, além de não haver qualquer previsão legal de tal obrigatoriedade, a empresa executada teve, até o presente momento, a oportunidade de tomar conhecimento de todo o processo, o que afasta qualquer alegação de afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório. (BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, 2014).

A prévia citação dos sócios é desnecessária à descon sideração da personalidade jurídica da empresa, a sua falta não sendo causa de nulidade processual, já que se trata de mero incidente processual, bem como ante a possibilidade de esvaziamento do instituto, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná, 2015).

Constata-se que, naquele momento, a preocupação com o contraditório era apenas

em sua faceta da ciência, que se trata da dimensão formal do contraditório. Como estabelece Didier (2016, p.81), este aspecto do contraditório trata-se da garantia de participação caracterizada pela audiência, pela comunicação, pela ciência dos atos processuais. O mero “fale o autor”, “fale o réu”, já teria suficientemente respeitado o princípio constitucional do contraditório.

No entanto, não é mais o positivismo a teoria explicativa do direito. Desde a promulgação da Constituição de 1988, caminhamos *pari passu* com a ordem jurídica mundial do Pós-Guerra que elencou a Constituição, seus valores e princípios, como norma Suprema da ordem jurídica nacional.

A partir do momento que a Constituição Federal passa a ser a protagonista da ordem jurídica, há uma mudança de cento e oitenta graus na interpretação e na aplicação do texto normativo. Nessa toada, os mecanismos e institutos do Código de Processo Civil, devem ser executados em sintonia com os ditames constitucionais e serem por estes guiados, e isso vem muito bem definido pelo art. 1º do novo estatuto processual.

Portanto, haverá uma mudança significativa no procedimento da desconSIDERAÇÃO instituído pelo novo Código e no procedimento até então aplicado pelos Tribunais, e tudo isso vem ao encontro do novo processo civil sedimentado nos princípios constitucionais, mais precisamente nos direitos fundamentais e no valor justiça.

Assim, a previsão do incidente é claramente um reflexo da constitucionalização do Processo Civil e do escopo do novo Código de atender as disposições constitucionais, principalmente ao art. 5º, LV, que garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, e fazer do processo um sistema interacional e dialético.

Jurisdição e processo são dois institutos indissociáveis. O direito à jurisdição é, também, o direito ao processo, como meio indispensável à realização da Justiça. A Constituição, por isso, assegura aos cidadãos o direito ao processo como uma das garantias individuais (art. 5º, inc. XXXV). A justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil, das quais não é dado ao Estado declinar perante nenhuma causa (Constituição Federal, art. 5º, incs. LIV e LV) (THEODORO JUNIOR, 2014, p. 77).

É no conjunto dessas normas do direito processual que se consagram os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses e ao juiz os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes. (THEODORO JUNIOR, 2014, p. 77).

A garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais como a garantia do juiz natural (CF, art. 5o, inc. XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5o, inc. LIII), a garantia de acesso à Justiça (CF, art. 5o, inc. XXXV), de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5o, inc. LV) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, inc. IX).

Faz-se, modernamente, uma assimilação da ideia de devido processo legal à de processo justo. A par da regularidade formal, o processo deve adequar-se a realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material. Vislumbra-se, nessa perspectiva, o aspecto substancial na garantia do devido processo legal.

Nessa moderna concepção do processo justo, entram preocupações que não se restringem aos aspectos formais ou procedimentais ligados à garantia de contraditório e ampla defesa. Integram-na, também, escopos de ordem substancial, quando se exige do juiz que não seja apenas a “boca da lei” a repetir na sentença a literalidade dos enunciados das normas ditadas pelo legislador. Na interpretação e aplicação do direito positivo, ao julgar a causa, cabe-lhe, sem dúvida, uma tarefa integrativa, de complementar a obra do legislador, servindo-se de critérios éticos e consuetudinários, para que o resultado final do processo seja realmente justo, no plano substancial. É assim que o processo será, efetivamente, um instrumento de justiça (THEODORO JUNIOR, 2014, p. 78).

Uma vez que o atual Estado Democrático de Direito se assenta sobre os direitos fundamentais, que não apenas são reconhecidos e declarados, mas cuja realização se torna missão estatal, ao processo se reconhece o papel básico de instrumento de efetivação da própria ordem constitucional. Nesta função, o processo, mais do que garantia da efetividade dos direitos substanciais, apresenta-se como meio de concretizar, dialética e racionalmente, os preceitos e princípios constitucionais. Desta maneira, o debate, em que se enseja o contraditório e a ampla defesa, conduz, pelo provimento jurisdicional, à complementação e aperfeiçoamento da obra normativa do legislador. O juiz, enfim, não repete o discurso do legislador. Faz nele integrar os direitos fundamentais, não só na interpretação da lei comum, como na sua aplicação ao quadro fático, e, ainda, de maneira direta, faz atuar e prevalecer a supremacia da Constituição. O devido processo legal, portanto, pressupõe não apenas a aplicação adequada do direito positivo, já que lhe toca, antes de tudo, realizar a vontade soberana das regras e dos princípios constitucionais. A regra infraconstitucional somente será aplicada se se mostrar fiel à Constituição. Do contrário, será recusada. E, mesmo quando a lide for resolvida mediante observância da lei comum, o seu sentido haverá de ser definido segundo a conformidade com a Constituição. (THEODORO JUNIOR, 2014, p. 78).

Por ampla defesa, deve-se entender o conteúdo necessário para que o réu possa se opor ao pedido de tutela jurisdicional do direito e à utilização do meio executivo inadequado ou excessivamente gravoso. A jurisdição, para responder ao direito de ação, deve necessariamente atender ao direito de defesa, pois o poder, para ser exercido de forma legítima, depende da participação dos sujeitos que podem ser atingidos pelos efeitos da decisão. E a participação das partes interessadas na formação da decisão que conferem legitimidade ao exercício da jurisdição, porquanto não há sentido em se impor uma decisão definitiva ao réu sem dar a ele o direito de se defender (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 347).

Logo, o direito de defesa é o direito de efetivamente poder negar a tutela do direito, o qual apenas poderá ser limitado em hipóteses excepcionais, racionalmente justificadas pela necessidade de efetiva tutela jurisdicional do direito. Nesse sentido, o direito de defesa também consiste no direito de exercer as posições jurídicas inerentes ao processo justo e com isso influir sobre o convencimento do juiz, através de alegações, requerimentos de provas, participação na sua produção, consideração sobre seus resultados, etc. Essa simetria decorre do direito fundamental à igualdade e à paridade de armas no processo civil (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 348).

Destarte, do direito de defesa decorre o direito ao procedimento adequado, no sentido de procedimento capaz de permitir efetiva negação do pedido tutelado. De tal modo, o direito de defesa não se exaure na contestação, constituindo-se na possibilidade de o réu efetivamente agir e reagir em juízo para que seja negada a tutela do direito e para que sua esfera jurídica, no caso do reconhecimento do direito, não seja invadida de maneira indevida. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 349).

Já o contraditório é a expressão técnico-jurídica do princípio da participação, isto é, do princípio que afirma que todo poder, para ser legítimo, deve estar aberto à participação, pois todo poder, nas democracias, é legitimado pela participação. Logo, a legitimidade do poder jurisdicional depende da participação de ambas as partes (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 354). Nesse sentido, é possível dizer que o contraditório exterioriza a defesa, ou que a defesa é o fundamento do contraditório.

Tradicionalmente, a doutrina distinguia ambas as garantias, embora reconhecesse que entre elas havia forte conexão, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório. Não há contraditório sem defesa, igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório. O



contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório. Convém lembrar, ainda, que a ampla defesa é um direito fundamental de ambas as partes, consistindo no conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório (MENDONÇA JUNIOR, 2001, p. 55-57). A defesa, portanto, para ser exercitada, requer a efetivação do contraditório.

Mas hoje, ao princípio, deve ser reconhecida dimensão mais ampla. Modernamente, entende-se que somente se considerará atendido o princípio se propiciada às partes a participação real e efetiva na realização dos atos preparatórios da decisão judicial [...]. Assim, o princípio do contraditório concretiza-se através da participação das partes no processo, e do diálogo que deve ter o órgão jurisdicional com as partes. (MEDINA, 2015, p.29).

Com o pós-positivismo o princípio do contraditório, balizado pelos ditames constitucionais fortalecidos, ganhou um conteúdo, ou seja, não basta a mera ciência às partes, estas devem participar do processo com a possibilidade de influenciar a decisão judicial.

Segundo Didier Junior (2016, p. 81), o princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação e possibilidade de influência na decisão. A garantia da participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. “Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema” (DIDIER, 2016, p. 82).

Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do ‘poder de influência’. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional. Essa dimensão substancial do contraditório impede a prolação de decisão surpresa; toda decisão submetida a julgamento deve passar antes pelo contraditório. (DIDIER, 2016, p. 82).

A importância do enfoque substancial do contraditório está em consonância com o art. 7º do novo Código de Processo, que assegura às partes paridade de tratamento, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Segundo Silva e Roberto (2014, p. 183), esse contraditório efetivo seria preenchido com alguns elementos essenciais, quais sejam: a cognição (ciência), a participação (oportunidade), a isonomia (paridade), e o poder de influenciar.

O princípio do contraditório implica, não só a garantia de ser ouvido, mas também o poder de influência na decisão judicial. Isto é, a acepção substancial deste princípio garante que o juiz, ao indeferir os pedidos das partes, exponha argumentos ou fatos para tanto, possibilitando que as partes possam ter conhecimento das razões de sua decisão. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 2015).

E é nessa nova toada da ordem jurídica que o legislador entendeu “por bem” instituir

um procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica, respeitando-se obrigatoriamente o contraditório em sua dimensão formal – ao citar o sócio/pessoa jurídica para ter ciência da instauração do incidente -, e respeitando o contraditório em sua dimensão substancial – ao permitir que o citado se manifeste e requeira provas, antes da decisão do incidente.

Conforme Didier Junior (2015, p. 86), muito embora a doutrina, tradicionalmente, fizesse a distinção entre os conceitos de contraditório e ampla defesa; atualmente, tendo em vista o desenvolvimento da dimensão substancial do princípio do contraditório, pode-se dizer que eles se fundiram, formando uma amálgama de um único direito fundamental. A ampla defesa corresponde ao aspecto substancial do princípio do contraditório.

Deste enfoque substancial do contraditório, em seu elemento da influência, flui o princípio da não surpresa, expresso no art. 10 do novo diploma processual, segundo qual “o juiz não pode decidir [...] com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado as partes oportunidade de se manifestar” (BRASIL, 2015).

No caso da desconsideração, o juiz não pode tornar o sócio, ou a pessoa jurídica, réu no processo, sem que tenha dado a esses a possibilidade de descaracterizar os motivos matérias que levariam a sua inclusão, motivos esses elencados no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 50 do Código Civil, inclusive com a possibilidade de produção probatória.

Mesmo em se tratando de temas a respeito dos quais deva o juiz manifestar-se ex officio, deve o órgão jurisdicional, atento ao princípio do contraditório, ouvir a parte interessada, evitando-se, com isso, a prolatação de “decisão surpresa” para a parte, o que não se coadunaria com o princípio do contraditório e com o escopo do novo Código de harmonizar as regras processuais com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito (MEDINA, 2015, p. 30).

Não há, portanto, como não concluir que a interpretação conjunta do contraditório influência e do princípio da não surpresa, já ensejariam ao Estado-juiz a obrigatoriedade de oportunizar à parte manifestar-se e requerer provas, porém o legislador achou por necessária sua previsão expressa, fortalecendo com isso os ditames constitucionais na ordem jurídica processual.

## **DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

O incidente – que não estava previsto expressamente na legislação processual anterior – portanto, vem assegurar o pleno respeito ao contraditório e ao devido processo legal no que diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica. É que, sem a realização desse incidente, o que se via era a apreensão de bens de sócios (ou da sociedade, no caso de desconsideração inversa) sem que fossem eles chamados a participar, em contraditório, do processo de formação da decisão que define sua responsabilidade patrimonial (WAMBIER, 2015, p. 372).

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, ao tempo da legislação processual anterior, admitia a desconsideração da personalidade jurídica sem prévia citação daqueles que seriam atingidos pelos efeitos da decisão, diferindo-se o contraditório (STJ, REsp 1266666/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.08.2011). Este entendimento, porém, contraria frontalmente o modelo constitucional de processo brasileiro, já que admite a produção de uma decisão que afeta diretamente os interesses de alguém sem que lhe seja assegurada a possibilidade de participar com influência na formação do aludido pronunciamento judicial (o que só seria admitido, em caráter absolutamente excepcional, nas hipóteses em que se profere decisão concessiva de tutela de urgência, e mesmo assim somente nos casos nos quais não se pode aguardar pelo pronunciamento prévio do demandado). Ora, se ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, então é absolutamente essencial que se permita àquele que está na iminência de ser privado de um bem que seja chamado a debater no processo se é ou não legítimo que seu patrimônio seja alcançado por força da desconsideração da personalidade jurídica. (WAMBIER, 2015, p. 372-373).

Passa-se, então, a analisar o tratamento do referido incidente no novo Código de Processo Civil, o qual está disciplinado no Título III, que trata da intervenção de terceiros no processo, no seu Capítulo IV (arts. 133 a 137).

O artigo 133, caput, do novo Código de Processo Civil, a priori, já determina que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

Assim, fica afastada, segundo Tartuce (2015), a possibilidade de conhecimento de ofício, pelo juiz, da desconsideração da personalidade jurídica. Tal disposição está em harmonia com o art. 50 do Código Civil, que também diz que o pedido deverá ser feito pela parte ou pelo Ministério Público.

Interessa também notar, ainda em relação ao artigo 133, que enuncia seu § 2º que o incidente de desconsideração é aplicável às hipóteses de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

O regramento estabelecido neste capítulo não se aplica apenas aos casos em que se pretenda desconsiderar a separação entre a personalidade da sociedade e a do sócio

para alcançar os bens deste para garantir o pagamento de dívidas daquela. Também o contrário é possível, buscando-se a desconsideração para viabilizar a extensão da responsabilidade patrimonial de modo a viabilizar que se alcancem os bens da sociedade para garantir o pagamento das dívidas do sócio (WAMBIER, 2015, p. 375).

Em qualquer dos casos, o requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para a desconsideração da personalidade jurídicas previstos nas leis materiais (art. 133, §1º e 134, §4º).

Sendo o Código de Processo Civil o natural repositório das normas gerais do direito processual civil, andou bem o texto legal em evitar que para ele se trouxessem disposições que, na verdade, dizem respeito a outras áreas do conhecimento jurídico. É que os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica devem ser estabelecidos pelo Direito Material, e não pelo Direito Processual, cabendo a este, tão somente, regular o procedimento necessário para que se possa verificar – após amplo contraditório – se é ou não o caso de desconsiderar-se a personalidade jurídica, tendo-a por ineficaz. (WAMBIER, 2015, p. 373-374).

Assim, nas causas que versem sobre relações de consumo incidirá o disposto no art. 28 do CDC, por força do qual a desconsideração é cabível quando se verificar, em detrimento do consumidor, abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou do contrato social (WAMBIER, 2015, p. 374). Já nas causas em que a relação jurídica subjacente ao processo for regida pelo Código Civil, aplicar-se-á o art. 50 deste diploma, por força do qual a desconsideração da personalidade jurídica é cabível quando houver abuso da personalidade jurídica, caracterizado por desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Nas causas regidas pelo Direito Ambiental, do mesmo modo, incidirá a norma extraída do art. 4.º da Lei 9.605/1998, o mesmo pode ser dito a respeito de causas diversas, como as trabalhistas ou aquelas em que se discute matéria tributária, entre muitas outras. Portanto, os requisitos da desconsideração variarão conforme a natureza da causa, nos termos da legislação material própria.

Ao Código de Processo Civil incumbe, tão somente, regular o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (o qual será sempre o mesmo, qualquer que seja a natureza da relação jurídica de direito substancial deduzida no processo). Respeita-se, assim, o fato de que os diversos ramos do Direito Material estabelecem requisitos distintos para que se desconsidere a personalidade jurídica, cabendo verificar, em cada caso concreto, qual o ramo do Direito Material que rege a causa. (WAMBIER, 2015, p. 374).

O incidente caberá em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento da sentença e na execução de título extrajudicial (art. 134, caput, do Novo Código). “Assim, não é possível desconsiderar a personalidade jurídica sem a observância desse procedimento” (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 519).

Por conseguinte, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica pode instaurar-se em qualquer tipo de processo, cognitivo ou executivo, seja qual for o procedimento observado, comum ou especial. Pode, ainda, instaurar-se em qualquer fase do desenvolvimento processual, inclusive no cumprimento de sentença. É possível, inclusive, que o incidente se instaure perante os tribunais, seja nos processos de competência originária, seja em grau de recurso, como se extrai do disposto no parágrafo único do art. 136.

Caso o incidente se instaure no curso de um processo cognitivo (ou na fase de conhecimento de um processo “sincrético”), e vindo a ser proferida decisão que desconside a personalidade jurídica, o sócio (ou a sociedade, no caso de desconconsideração inversa) passará a integrar o processo como demandado. Consequência disso é que a sentença poderá afirmar sua condição de responsável pela obrigação, o que tornará possível fazer com que a execução atinja seu patrimônio, nos termos do art. 790, II. De outro lado, não tendo sido instaurado o incidente durante o processo de conhecimento, sempre será possível postular a desconconsideração da personalidade jurídica na fase de cumprimento da sentença. Neste caso, assim como ocorrerá quando o incidente for instaurado no curso de execução fundada em título extrajudicial, sendo proferida a decisão que desconside a personalidade jurídica, o sócio (ou a sociedade, no caso de desconconsideração inversa) assumirá a posição de executado, de modo que sobre seu patrimônio passará a ser possível incidir a atividade executiva. (WAMBIER, 2015, p. 376).

Não parece possível, porém, seja o incidente instaurado em grau de recurso especial ou extraordinário. É que a competência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é estabelecida exclusivamente por normas constitucionais (arts. 105 e 102 da CF/1988, respectivamente), e não há, entre elas, qualquer disposição que atribua a esses tribunais de superposição competência para conhecer originariamente deste incidente processual. Assim, em grau de recurso só será possível a instauração do incidente em grau recursal quando se esteja nas instâncias ordinárias, o que limita o cabimento do recurso, na hipótese, ao grau da apelação. Mas, é possível em recurso ordinário constitucional, caso em que será possível instaurá-lo perante o STJ ou o STF, sendo certo que essas Cortes também poderão processar o incidente nos processos de sua competência originária (WAMBIER, 2015, p. 382).

A instauração do incidente suspende o processo, quando feita no curso da ação (art. 134, §3º). No entanto, nem sempre haverá a instauração do incidente. Isto porque o mesmo art. 134, em seu §2º, dispensa a instauração do incidente se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. Nesse caso, obviamente, não haverá a suspensão do processo.

Ocorrendo esse requerimento originário, a demanda terá sido proposta em face do

indigitado devedor da obrigação (seja a sociedade, seja o sócio) e, também, em face de terceiro (o sócio ou a sociedade, conforme o caso) que, não obstante estranho à relação obrigacional deduzida no processo, pode ser considerado também responsável pelo pagamento. Formar-se-á, aí, então, um litisconsórcio passivo originário entre a sociedade e o sócio. E em razão desse litisconsórcio originário não haverá qualquer motivo para a instauração do incidente. “Afim, nesse feito a pretensão à desconsideração integrará o próprio objeto do processo, cabendo ao juiz, ao proferir decisão sobre o ponto, acolher ou rejeitar tal pretensão” (WAMBIER, 2015, p. 377).

Sendo originário o litisconsórcio entre sociedade e sócio, não haveria como tratar o indigitado responsável (não devedor), seja ele o sócio, seja a sociedade (no caso de desconsideração inversa), como terceiro, motivo pelo qual não haveria qualquer sentido em instaurar-se um incidente que tem por fim promover uma intervenção de terceiro. Ressalvado este caso, porém, a instauração do incidente é obrigatória para que se possa ampliar subjetivamente o processo e, com isso, legitimar-se a decisão que determina que a execução contra a sociedade atinja o patrimônio do sócio (ou vice-versa). (WAMBIER, 2015, p. 377).

O texto do dispositivo, assim, tem a vantagem de deixar claro que no caso de pretensão à desconsideração deduzida originariamente, na petição inicial, seu exame se dará juntamente com o das demais pretensões, sem necessidade de se resolver esta questão primeiro para que só depois seja possível tratar-se das demais questões suscitadas no processo.

O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do art. 134, §4º. Significa dizer que, na petição de requerimento de desconsideração da personalidade jurídica (seja inicial ou intermediária), incumbirá ao requerente apresentar elementos mínimos de prova de que estão presentes os requisitos para a desconsideração (os quais, como visto, serão os estabelecidos na lei material). É preciso, então, que sejam fornecidos elementos de prova que permitam ao juiz a formação de um juízo de probabilidade acerca da presença de tais requisitos.

Incumbirá ao juiz, pois, exercer cognição sumária, a fim de afirmar se é ou não provável a existência dos requisitos da desconsideração. Não estando presentes tais elementos, e não se podendo sequer afirmar que é provável o preenchimento dos requisitos da desconsideração, deverá o juiz indeferir liminarmente o incidente, não chegando o mesmo a instaurar-se (WAMBIER, 2015, p. 378).

Esta decisão de rejeição liminar, porém, não pode ser proferida sem que se observe, em relação ao requerente, o princípio do contraditório, cuja observância é indispensável para que se respeite o modelo constitucional do processo civil brasileiro e, por conseguinte, se

assegure a legitimidade democrática da decisão judicial. Desse modo, caso o juiz receba a petição de requerimento de desconconsideração da personalidade jurídica e não consiga, desde logo, formar esse juízo de probabilidade, deverá dar ao requerente oportunidade para manifestar-se especificamente sobre a possibilidade de vir o requerimento a ser liminarmente indeferido para, só depois, proferir sua decisão, nos termos dos arts. 9.º e 10 do CPC, dispositivos que reforçam a necessária observância do contraditório pleno e efetivo, a qual decorre logicamente do princípio constitucional do contraditório.

Nesse sentido, ao analisar a petição de requerimento de desconconsideração da personalidade jurídica, não encontrando o juiz elementos que lhe permitam formar juízo de probabilidade acerca da presença dos requisitos da desconconsideração, deverá dar vista ao requerente, para que este tenha a oportunidade de demonstrar que tais requisitos estão presentes. Após a manifestação do requerente, caberá ao juiz proferir decisão acerca da admissibilidade ou não do incidente. Desse modo, se terá pleno respeito ao princípio do contraditório, o qual é a nota essencial de caracterização do processo.

Importante que se diga que a petição de requerimento de instauração do incidente deverá conter, também, a indicação das provas que o requerente eventualmente pretenda produzir, caso suas alegações sobre fatos se tornem controvertidas após a manifestação do requerido. Tal exigência resulta do necessário tratamento isonômico entre as partes, já que o art. 135 estabelece análoga exigência para o requerido (WAMBIER, 2015, p. 379).

O art. 135 prevê que, instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Foi muito feliz o Código ao estabelecer a necessidade de citação do sócio (ou da sociedade, nos casos de desconconsideração inversa), o que afasta definitivamente entendimento jurisprudencial, que se consolidara ao tempo da legislação processual anterior, no sentido de que sua intimação seria suficiente para assegurar a observância do contraditório e da ampla defesa (como decidiu, por exemplo, o STJ na apreciação do REsp 1193789/SP, j. 25.06.2013, rel. Min. Raul Araújo). [...] É que só pela citação se adquire a posição de parte no processo [...]. (WAMBIER, 2015, p. 380).

Impõe-se, pois, a citação daquele cujo patrimônio se pretende, com a desconconsideração, alcançar, de forma a viabilizar sua efetiva participação, em contraditório, no procedimento de produção da decisão acerca da desconconsideração da personalidade jurídica. Sem esse pleno contraditório a decisão que se venha a produzir será ilegítima se examinada à luz do modelo constitucional de processo civil, o que implica dizer que a mesma será absolutamente nula. Assim, regularmente citado o requerido, terá ele o prazo de quinze dias

para se manifestar, apresentando sua defesa. Nesta manifestação, aliás, incumbirá ao requerido indicar as provas que pretende produzir no incidente.

Poderá, então, haver necessidade de instrução probatória, a qual se desenvolverá no próprio procedimento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Todos os meios de prova, típicos ou atípicos (desde que moralmente legítimos) poderão ser produzidos, já que a decisão acerca da desconconsideração deve basear-se em cognição exauriente (WAMBIER, 2015, p. 381).

Concluída a instrução, se esta for necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno. É o que diz o art. 136 do novo CPC.

Nesse tocante, é mister ressaltar que o artigo 203 do novo CPC traz mudanças significativas ao conceito de sentença e de decisão interlocutória, pois a sentença volta a ser entendida como o pronunciamento judicial que coloca fim ao processo ou a quaisquer de suas fases; enquanto que decisão interlocutória passa a ser os demais pronunciamentos decisórios sem a característica do encerramento de qualquer fase.

Sendo assim, se a decisão que desconsidere a personalidade jurídica for proferida no incidente, ou curso do processo, na hipótese do art. 134, §2º, o recurso cabível será o agravo de instrumento, conforme dispõe o art. 1.015, inciso VI do novo CPC.

Porém, forçoso concluir que, na hipótese do art. 134, §2º, a desconconsideração, ou não, da personalidade jurídica sobrevier apenas na sentença, considerada como a decisão que põe fim à fase cognitiva do procedimento comum ou extinguindo a execução, nos termos do artigo 203, §1º, então cabível será a apelação (MEDINA, 2015, p. 140). Tal situação poderia se dar, por exemplo, na hipótese de o juiz mandar citar o sócio, mas, ao final da instrução, reconhecer preliminar de ilegitimidade ad causam, não desconsidere a personalidade jurídica da empresa, portanto. Logo, deve-se estar atendo aos novos conceitos de sentença e de decisão interlocutória trazidos pelo novo CPC, que alteram profundamente o tratamento da matéria.

Instaurando-se o incidente originariamente perante um tribunal, incumbirá ao relator processá-lo e decidi-lo monocraticamente. Há, aliás, expressa disposição neste sentido (art. 932, VI). Caberá, ainda, ao relator, conduzir toda a instrução probatória (art. 932, I), não obstante seja possível a expedição de carta de ordem para que um juízo de primeira instância colha alguma prova (art. 69, IV, combinado com o art. 69, § 2.º, II, do CPC). Concluída a instrução probatória que se faça necessária, incumbirá ao relator decidir, monocraticamente, o



incidente de desconsideração da personalidade jurídica. De tal decisão caberá agravo interno, nos termos do disposto no parágrafo que ora se comenta, combinado com o art. 1.021 do CPC.

De qualquer modo, a decisão de mérito proferida no incidente (assim entendida a decisão que resolve o mérito próprio do incidente, isto é, que acolhe ou rejeita a pretensão de desconsideração da personalidade jurídica) fará coisa julgada material, tornando-se imutável e indiscutível. Após seu trânsito em julgado, só será possível desconstituí-la por meio de ação rescisória, nos casos previstos no art. 966 do CPC.

Procedente o incidente, o membro da pessoa jurídica passa a ser parte no processo, e não terceiro. Em relação aos sócios e administradores, Tartuce (2015) entende que o novo Código pecou por mencionar apenas os sócios e não os administradores da empresa, sendo viável fazer uma interpretação extensiva para também incluí-los.

Assim, os sócios passam a compor o polo passivo da demanda, devendo ser tratados como partes, e não como terceiros. Tal afirmação defere-se da leitura do art. 674 do Novo Código, porquanto define como legitimado para opor Embargos de terceiros quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte.

E, ainda, nesse mesmo sentido, o art. 790, inciso VII, enuncia que ficam sujeitos à execução os bens do responsável nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

Logo, havendo a desconsideração da personalidade jurídica, o membro ou a pessoa jurídica responsável passa a ser parte do processo, sendo que sua defesa deverá se dar dentro do procedimento instituído, já que o escopo da nova lei é justamente garantir-lhe o contraditório.

Insta ressaltar, ainda, que o art. 137, do novo CPC, determina que “acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente”. “Em suma, a opção legislativa é resolver a questão no plano da eficácia, e não da validade, como constava da parte final do art. 50 do Código Civil e do art. 28, caput, do Código de Defesa do Consumidor” (TARTUCE, 2015).

A decisão que acolhe a pretensão de desconsideração da personalidade jurídica produz dois efeitos processuais. O primeiro deles, mencionado pouco acima, é a extensão da responsabilidade patrimonial a um responsável não devedor (o sócio ou, nos casos de desconsideração inversa, a sociedade). O segundo efeito processual dessa decisão é a ineficácia, em relação ao requerente, de atos de alienação ou oneração de bens realizada pelo requerido, desde que presentes os demais requisitos para a configuração da fraude de execução (WAMBIER, 2015, p. 383).

Nesse sentido, o art. 792, §3º, do novo Código, dispõe que “nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar”. A citação referida no dispositivo é aquela prevista no art. 135 do CPC/2015: citado o sócio ou a pessoa jurídica para manifestar-se sobre o pedido de desconsideração, o ato de alienação ou oneração de bens poderá ser considerado em fraude à execução, observadas as demais condições previstas no artigo 792 do CPC/2015 (MEDINA, 2015, p. 702).

O artigo 795, do CPC/2015, também traz disposições de suma importância, reafirmando a autonomia da pessoa jurídica, pois, como regra, os bens dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, salvo por força de lei (MEDINA, 2015, p. 704). Logo, para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto nesse Código.

A decisão que acolhe o incidente decreta a desconsideração da personalidade jurídica e, pois, produz o efeito de permitir a extensão da responsabilidade patrimonial de modo a atingir os bens do sócio pelas dívidas da sociedade (ou, ao contrário, permite atingir os bens da sociedade pelas dívidas do sócio, nos casos de desconsideração inversa). Fica claro, assim, que, com a decisão que desconsidera a personalidade jurídica, haverá uma extensão da responsabilidade patrimonial aos demais responsáveis pelo cumprimento da obrigação, cujos patrimônios poderão ser alvo da execução (WAMBIER, 2015, p. 383).

Por fim, não obstante ser exemplo de intervenção de terceiro, admite-se a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Nesse sentido, o novo artigo 1.062 do CPC/2015 passa a prever expressamente que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos Juizados Especiais. “Como o incidente não traz grandes complexidades, não haveria qualquer óbice para a sua incidência nesses processos, constituindo-se em um importante mecanismo que afasta a má-fé e pune os maus sócios e administradores” (TARTUCE, 2015).

Tartuce (2015) tece uma pequena crítica ao Novo Codex, pelo fato de ter incluído expressamente no sistema a desconsideração inversa e não a “teoria de sucessão de empresas”, a qual constitui uma evolução da teoria da desconsideração, aplicável nos casos de abuso da personalidade jurídica em que for patente a ocorrência de fraude por meio de outra pessoa jurídica.

## CONCLUSÃO

Muito embora exista a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica há muito tempo na legislação material, não havia a previsão legal referente ao procedimento. Ao tempo da legislação processual anterior, admitia-se a desconsideração da personalidade jurídica até mesmo sem prévio contraditório daqueles que seriam atingidos pelos efeitos da decisão, o que contrariava frontalmente o modelo constitucional de processo brasileiro, já que se admitia a produção de uma decisão que afeta diretamente os interesses de alguém sem que lhe seja assegurada a possibilidade de participar com influência na formação do aludido pronunciamento judicial.

Como novidade, o novo diploma processual institui o procedimento que deverá ser seguido quando da desconsideração da personalidade jurídica, seja na sua forma direta seja na sua forma “inversa”.

A previsão do incidente de desconsideração da personalidade jurídica é claramente um reflexo da constitucionalização do processo civil e do escopo do novo Código de atender as disposições constitucionais, principalmente ao art. 5º, LV, que garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, e fazer do processo um sistema interacional e dialético.

O sócio (ou a sociedade, na forma “inversa”) além de citado, poderá exercer as posições jurídicas inerentes ao processo justo e, com isso, influir sobre o convencimento do juiz, através de alegações, requerimentos de provas, participação na sua produção, consideração sobre seus resultados, etc., propiciando sua participação real e o poder de influenciar a decisão do órgão jurisdicional, em consagração à dimensão substancial do contraditório.

A participação das partes interessadas na formação da decisão confere legitimidade ao exercício da jurisdição, porquanto não há sentido em se impor uma decisão definitiva à alguém sem dar a este o direito de participar e influenciar nessa decisão. Se ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, então é essencial que se permita àquele que está na iminência de ser privado de um bem que seja chamado a debater no processo se é ou não legítimo que seu patrimônio seja alcançado por força da desconsideração da personalidade jurídica.

Assim, não é possível desconsiderar a personalidade jurídica sem a observância desse procedimento, pois, uma vez que o atual Estado Democrático de Direito se assenta

sobre os direitos fundamentais, ao processo se reconhece o papel básico de instrumento de efetivação da própria ordem constitucional. Nesta função, o processo, mais do que garantia da efetividade dos direitos substanciais, apresenta-se como meio de concretizar, dialética e racionalmente, os preceitos e princípios constitucionais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)> . Acesso em: 19 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Comissão destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.025, de 2005, ao projeto de Lei 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei 5.869, de 1973). Disponível em: prop\_mostraintegra>. Acesso em: 26 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 12.846, de 01 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2130187-77.2014.8.26.0000, 32ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Ruy Coppola. Dje 21/08/2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal De Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento 1.223.754-6, 11 Vara Única do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Juiz de Direito substituto em 2º grau Francisco Eduardo Gonzaga de Oliveira. Dje 04/02/2015.

\_\_\_\_\_. Exposição de motivos do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 16ª Câmara Cível. Apelação 02498472820138190001 RJ 0249847-28.2013.8.19.0001. Rel. Lindolpho Moraes Marinho, Publ. 16/04/2015.

COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Civil. Parte Geral. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, e-book.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V. Enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-34jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2015, v.1.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 18 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2016, v.1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Parte Geral. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, e-book

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Teoria do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC de 1973. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, e-book.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Blecaute Oliveira; ROBERTO, Welton. O contraditório substancial no projeto do novo CPC. In: FREIRE, Alexandre, et al (Org). Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2014.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Lei de Introdução e Parte Geral. 10 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2014, v. 1, e-book

\_\_\_\_\_. Impactos do novo CPC no Direito Civil. São Paulo: Método, 2015, e-book.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 55 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 1, e-book.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. (Coords.). Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 1 ed. e-book baseada na 1 ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, e-book.

# O LOBO E A CIVITAS: CAPTURA DA VIDA E ABANDONO DO SUJEITO DE DIREITO EM TEMPOS DE BIOPODER

Caio Henrique Lopes RAMIRO<sup>1</sup>

## RESUMO

O objetivo principal deste trabalho é desenvolver uma reflexão a respeito das relações entre direitos humanos, soberania e vida. Para tanto, a fim de referenciar essa investigação nos valem os textos que Giorgio Agamben dedica ao tema e, partindo de um método hermenêutico, foram analisados os textos de bibliografia primária e, doravante, obras outras de interlocutores, bem como outros autores que se dedicaram ao problema em análise.

**PALAVRAS-CHAVE:** Abandono, biopoder, civitas, estado de exceção sujeito de direito.

## ABSTRACT

The main purpose of this work is to develop a reflection on the relations between human rights, sovereignty and life. The theoretical support consists of the works that Giorgio Agamben dedicated to the analysis of the problem in question and, from a hermeneutical method, the primary literature texts were analyzed and henceforth works other interlocutors, and other authors who have dedicated themselves to the problem in question.

**KEY-WORDS:** Abandonment, biopower, civitas, state of exception, subject of law.

## INTRODUÇÃO

De partida, importa considerar que o presente trabalho pretende uma reflexão a respeito da ideia de direitos humanos universais e, para tanto, seguindo as pistas do pensamento de Giorgio Agamben, em um primeiro momento revisitou-se a meditação político-jurídico da antiguidade romana, em especial o conceito de cidadania, a fim de posteriormente se pensar o mitologema de fundação da cidade moderna – o fundamento do contrato-, e do famoso sintagma hobbesiano do homo homini lúpus, com o objetivo de verificar qual a implicação para a teoria dos direitos ao atribuir aos homens uma imagem ferina.

No segundo movimento do texto, mostrou-se interessante observar o lai de Maria de

---

1 Professor no curso de Direito da Faculdade Cidade Verde – FCV em Maringá-PR. Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM – Marília/SP. Possui especialização em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR. Integrante do grupo de pesquisa *Bioética e Direitos Humanos*, vinculado ao CNPq – UNIVEM liderado pelo prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior. Líder do Grupo de Estudos Schmittianos – FCV (linha de pesquisa: *Carl Schmitt como teórico da Constituição: a guarda da Constituição e o debate com Kelsen*), vinculado a Rede Internacional de Estudos Schmittianos. Membro da Rede Internacional de Estudos Schmittianos – RIES. Co-líder do Grupo de Estudos Direito & Literatura (FCV).

França sobre o Bisclavret (homem-lobo). A partir da narrativa da poetisa medieval, apresenta-se possível verificar que ao contrário de uma interpretação bastante sedimentada – e a nosso ver equivocada –, não há uma maldade inscrita na natureza humana, mas, sim, a potência de uma má ação precisa do espaço em que relações se estabeleçam a partir das paixões negativas (o medo, a glória e a cobiça, por exemplo) para estar em ato, o que em Hobbes é apresentado como o estado de natureza e em Agamben será pensado como estado de exceção, e implicará a possibilidade de um olhar crítico para as declarações de direitos.

Por fim, a terceira parte do texto pretende lançar luz a aspectos obscurecidos pela forma jurídica e pelo discurso do constitucionalismo acerca dos direitos humanos e fundamentais, não com o objetivo de negar a garantia das liberdades exercidas por tais direitos ao longo da história, mas, para se compreender a possibilidade da captura da vida pelo poder soberano e as estratégias mercantis, bem como o abandono do sujeito de direito que não se enquadra no *modus operandi* da soberania, o que pode ser pensado a partir das noções de *bann* e *exceptio* segundo Agamben.

## **A CIVITAS ANTIGA E O MITOLOGEMA DE FUNDAÇÃO DA CIDADE MODERNA**

Em primeiro lugar, convém ressaltar que a presente investigação, em seu momento inicial, pretende uma aproximação da *civitas* antiga a fim de perquirir fundamentalmente a relação de inclusão-excludente e exclusão-includente proposta por Agamben como manifestação do bando soberano e da *exceptio*. Para tanto, por questões de limitação do presente texto e das figuras jurídicas utilizadas por Agamben, o locus a ser investigado será a Roma antiga, notadamente seus institutos vinculados à ideia de participação e pertencimento à *civitas*, essencialmente o *status civitatis romano*, ou seja, certa ideia de cidadania.

Sabemos que são inúmeras as abordagens e as explicações acerca da fundação de Roma, e nem de longe se admite como tarefa um inventário de tais perspectivas teóricas ou uma narrativa exaustiva sobre o lendário nascer da *civitas aeterna*. De acordo com as lendas nacionais, Roma teria sido fundada em 753 a.C e seu fundador, como de costume na antiguidade, tornara-se seu primeiro rei, então, a monarquia foi à forma de governo existente em Roma até 510 a.C.

Pierre Grimal (2011, p. 10) apresenta uma boa síntese da narrativa de fundação:

Os romanos, orgulhosos de suas origens, gostavam de contar que nesse lugar seu primeiro rei fundara a cidade. A esse rei chamavam Rômulo. Ele havia sido o primeiro romano. Fora criado nessa mesma colina por um pastor, o bom Fáustulo, que recolhera a ele e a Remo, seu irmão gêmeo, ainda recém-nascidos, abandonados

numa cesta de vime que o rio, durante a cheia, depositara ao pé do Palatino. Rômulo e Remo eram de origem real, filhos da sobrinha do rei de Alba. Ela os tivera, contava-se, do próprio deus Marte. [...] O berço flutuante encalhou na margem a seco; uma loba, o animal de Marte, deu-lhes calor e leite. Por fim, eles foram recolhidos por Fáustulo, que os levou para sua cabana.

A partir da transcrição supra, nota-se uma narração lendária com um ponto de vista sagrado que irá se colocar no centro da política e do imaginário romano, por conseguinte, “no âmago da política romana, desde o início da República até virtualmente o fim da era imperial, encontra-se a convicção do caráter sagrado da fundação” (ARENDT, 1972, p. 162). Essa vinculação com o sagrado não era estranha ao mundo antigo e muito menos exclusividade de Roma, apesar disso, o que importa mais de perto avaliar é que a ideia de certo pertencimento à civitas se vinculará ao respeito pelo culto às divindades particulares (das famílias) e as da cidade, com especial ênfase a uma profunda reverência pelo mito de fundação de Roma, na medida em que aquilo que fora fundado (a civitas) impõe como obrigação às gerações futuras a reverência aos esforços dos ancestrais (ARENDT, 1972, p. 162).

Dirá Hannah Arendt (1972, p. 162) que “participar na política significava, antes de mais nada, preservar a fundação da cidade de Roma. [...] Não os gregos, e sim os romanos, estavam realmente enraizados ao solo, e a palavra pátria deriva seu significado da história romana”. Ora, a palavra pátria indica o pertencimento a uma linhagem familiar: a dos patres romanos; uma vinculação ancestral com o solo que abriga os antepassados, a terra de seus pais, o que fortalece a noção de certa inclusão à sociedade política pelo vínculo de sangue existente com a ancestralidade.

Segundo Arendt (1972, p. 163):

Essa fundação e a experiência igualmente não-grega da santidade da casa e do coração, como se, homericamente falando, o espírito de Heitor houvesse sobrevivido à queda de Tróia e ressurgido no solo italiano, formam o conteúdo profundamente político da religião romana. [...] aqui a religião significava, literalmente, religare: ser ligado ao passado, obrigado para com o enorme, quase sobre-humano e por conseguinte sempre lendário esforço de lançar as fundações, de erigir a pedra angular, de fundar para a eternidade.

Aqui não se têm a pretensão de ingressar nas polêmicas envolvendo a melhor definição de *populus* e sua concepção e eventuais implicações para o *status civitatis*. O que nos interessa para a presente investigação é notar o vínculo de pertencimento do cidadão à civitas, o que implicava o reconhecimento de sua participação na política e no culto, uma questão que se vincula em um primeiro momento ao âmbito privado da família e, posteriormente, ao espaço público da civitas, em cuja participação e integração se garantem



uma série de direitos (COULANGES, 1961, p. 301).

A tessitura social romana é bem definida, de acordo com Andityas Matos (2009, p. 37):

Desde os dias monárquicos, os romanos se dividiam em quatro classes sociais bem definidas: a) Patrícios: considerados os “pais” (patres) de Roma, eram tidos por descendentes de Quirites (Rômulo deificado). Durante a Monarquia e por um bom tempo na República foi a única classe a possuir status ciuitatis, representando a elite política, militar, econômica e cultural de Roma; b) Clientes: estrangeiros que viviam às expensas dos patrícios e sob a sua proteção. Não possuíam cidadania romana, mas sim alguns benefícios legais garantidos pelas famílias patrícias das quais faziam parte e às quais deviam total obediência; c) Plebeus: moradores de Roma que não integravam o patriciado. Dedicavam-se ao comércio, à agricultura e ao artesanato; d) Escravos: basicamente vencidos de guerra. Não eram considerados pessoas no sentido jurídico, mas mera mercadoria. Segundo Varrão, eram “instrumentos capazes de falar”.

Dessa forma, conforme se verifica, o elemento fundamental do status civitatis romano era o de pertencimento a uma linhagem patrícia ou a uma das gens ou famílias romanas, uma das associações que integram a estirpe dos patres romanos que formam a civitas. De tal maneira, as ideias de liberdade, participação e do vínculo com a civitas eram transmitidas pelo nascimento, e o sistema de reconhecimento do status civitatis baseado no critério do ius sanguinis, desse modo, era por meio do critério de sangue que se reconhecia a cidadania romana, o que se apresenta de fundamental importância para as pretensões do presente trabalho, conforme se verá em momento futuro. Por fim, há uma relação entre a mera vida do vivente com o contexto do poder político romano (auctoritas), via a ideia de nascimento/pertencimento, com aquisição de obrigações para com a pátria. Nas palavras de Cícero (1973, p. 148):

A pátria não nos gerou nem educou sem esperança de recompensa de nossa parte, e só para nossa comodidade e para procurar retiro pacífico para a nossa incúria e lugar tranquilo para o nosso ócio, mas para aproveitar, em sua própria utilidade, as mais numerosas e melhores faculdades de nossas almas, do nosso engenho, deixando somente o que a ela possa sobrar para o nosso uso privado.

Feitas essas considerações a respeito da civitas antiga, passaremos agora a considerar o mitologema de fundação da cidade moderna e, além disso, tentaremos destacar os elementos da antiguidade que se mantém - do ponto de vista político-, no que tange a cidadania (como um autóctone e portador de direitos ou sujeito de direito) e como essa se relaciona com a soberania. Logo, parece-nos adequado tecer um breve comentário no sentido de apresentar as linhas de força do pensamento da tradição do contratualismo, sem que com isso nos comprometamos a apresentar em sua totalidade essa tão instigante corrente de pensamento filosófico-política. No entanto, a partir desse momento nos aproximaremos mais da proposta

teórica de Agamben, a fim de verificar a possibilidade de se (re)pensar o conceito de soberania e como ele é construído como a forma jurídica da política moderna.

Nesse momento, destaca-se que a noção de forma jurídica ou forma direito será compreendida nesse trabalho a partir da observação de importantes referenciais de Agamben, a saber: em primeiro lugar, do pensamento Foucault (2002; 2010), em que podemos entender a forma direito como a efígie das práticas sociais. Pode-se mesmo ponderar sobre a possibilidade de um diálogo crítico do pensador francês com a tradição do marxismo, que, também, em alguma medida, exerce influência sobre as reflexões de Agamben e, ao considerarmos tal perspectiva, a forma direito é representada pela forma do contrato, e essa última é utilizada como hipótese de justificação de existência do Estado por Hobbes e por alguns autores que representam o pensamento das Luzes, além disso, pela reflexão liberal, o que apresenta a possibilidade de um entendimento desse conceito como consistindo no reflexo da relação social dos proprietários de mercadorias (PACHUKANIS, 1989; NAVES, 1996).

Sob essas coordenadas, não parece de maneira alguma arbitrário eleger o pensamento de Thomas Hobbes como o primeiro foco de análise, conforme sugestão de Foucault, em sua aula de 4 de fevereiro de 1976 no College de France. Ao analisar a questão da guerra e da soberania como elementos de exame das relações de poder, é o nome de Hobbes que primeiro se apresenta. Para Foucault é o filósofo de Malmesbury “que aparece como, à primeira vista, quem põe a relação de guerra no fundo e no princípio das relações de poder” (FOUCAULT, 2010, p. 75b) e, não obstante, é importante considerar a perspectiva da guerra para melhor compreendermos a juridicidade, haja vista que no entender de Foucault o direito é uma maneira de regulamentar a guerra, destarte, “o direito é, portanto, a forma ritual da guerra” (FOUCAULT, 2002, p. 57).

Thomas Hobbes (1588-1679) viveu em um conturbado período, na quadra da história de sua existência se apresentam as lutas pela reforma com as guerras religiosas (século XVII). Hobbes pode ser, segundo Pierangelo Schiera (1997, p. 5) encarado como um defensor da ideia do poder absoluto; dado a situação política avançada do ponto de vista dos vários conflitos de interesse, religiosos, econômicos e sociais, o filósofo inglês projetará seu pensamento para pensar o poder político enquanto soberania (reivindicada pelos Stuart) dentro de um sistema jurídico de aspirações universalistas, o que se pode compreender por direito “dos centros de poder local, do Parlamento que congregava da gentry que começava a exprimi-los em nível de classe” (SCHIERA, 1997, p. 5), objetivando fundar uma legitimidade

real.

De acordo com Pedro Castelo Branco (2011, p. 53):

Na construção de seu conceito de soberania absoluta, a autoridade competente, representativa do Estado, tem o monopólio da decisão política. Decide o que é justo ou injusto, crime ou pecado, “certo” ou “errado”, sobre o “costume prolongado” que deve elevar-se ao status de lei. Além de acumular as funções de juiz e legislador, compete à vontade do “Deus mortal” determinar, em conformidade com o princípio *cujus régio, eius religio* a fé que deve ser publicamente professada nos limites de seu reino ou território [...]

Nesse ponto, o destaque fica para a referência ao pensamento de Hobbes como articulador da relação entre soberania e direito, mas, talvez, seja interessante lembrar que o direito aqui surge na perspectiva da tradição do direito natural moderno. O que se pretende dizer é que se deve considerar que esse período marca a aurora da modernidade, e o direito natural está vinculado ao conceito de Razão humana, fato que demonstra a aspiração de se pensar uma soberania política a partir de sua relação com o direito no intuito de tornar esses elementos independentes do poder eclesiástico. O fim do império de Roma divide a Igreja romana e impacta a quase inabalável autoridade papal, com a utilização por alguns líderes seculares do princípio do *cujus régio, eius religio* (a religião é de quem é a região) (CASTELO BRANCO, 2011, p. 53), dessa forma, abre-se o caminho para a contestação da plenitudo potestatis papista, pois quem não possui um reino não poder fazer leis (HOBBS, 1974).

Podemos analisar, então, Hobbes como um precursor da tradição contratualista, um dos pensadores da modernidade que irá justificar a origem do estado em um contrato. Logo, o pensamento de Hobbes se apresenta como uma reflexão política que se insere tipicamente no contexto do que se pode chamar de modernidade e, quando ocorre a busca pelos fundamentos do direito, devemos considerar que a busca pela natureza das coisas é, no fundo, uma investigação no que tange à natureza do homem enquanto indivíduo (GOYARD-FABRE 2002, p. 40).

Alguns dos temas centrais que formam a ambiência do pensamento político hobbesiano são, em linhas gerais, o da hipótese teórica do estado de natureza; do estado social; da moralidade e do poder soberano. De início, devemos considerar a suposição do estado de natureza, onde os homens segundo Hobbes, podiam todas as coisas, e, inclusive, utilizar-se de qualquer meio para consegui-las. Há nessa situação uma igualdade natural como axioma, e é nesse espaço que o Hobbes irá tematizar a violência do homem contra o próprio homem.

Ao refletir sobre a condição natural dos homens, afirma Hobbes (1974, p. 78) que:

A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando considerado tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício que o outro não possa também aspirar, tal como ele. Porque quanto à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo.

É possível notar aqui que Hobbes pensa o estado de natureza a partir do indivíduo e enfatiza que as diferenças entre os homens, no que diz respeito ao corpo e ao espírito, quando tomadas em conjunto, não serão percebidas de maneira considerável, uma vez que a eventual desigualdade do mais fraco, por exemplo, poderá ser compensada pela astúcia. Dessa maneira, o homem natural de Hobbes, ao contrário de Rousseau, não é um selvagem, mas, sim, o mesmo homem que vive em sociedade.

Além disso, Hobbes inscreve as paixões como elementos que provocarão a batalha entre os homens, registrando-as na natureza humana, a saber: a ambição ou competição pelo lucro, o egoísmo e a glória, ou nas palavras de Hobbes (1974, p.79) “na natureza do homem, encontramos três causas principais de discórdia. Primeiro, a competição; segundo, a desconfiança; e terceiro a glória”. Cada um dos elementos leva os homens a se atacarem mutuamente por motivos diferentes, como, por exemplo, o lucro e a dominação, a segurança e a reputação (HOBBS, 1974, p. 79). Parece-nos que os homens não são maus porque a natureza os fez maus, mas, sim, os homens são maus porque a natureza os fez iguais, desse modo, a maldade é deduzida da igualdade e, portanto, a inimizade e o fundamento da guerra de todos contra todos também pode ser deduzida da igualdade e, quando a sua própria conservação pessoal está em jogo, a inimizade se radicaliza.

Hobbes (1974, p. 78-79) afirmava que:

Desta igualdade quanto à capacidade deriva a igualdade quanto à esperança de atingirmos nossos fins. Portanto se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para seu fim (que é particularmente sua própria conservação, e as vezes seu deleite) esforçam-se por se destruir ou subjugar um ao outro. E disto se segue que, quando um invasor nada mais tem a recear do que o poder de um único outro homem, se alguém planta, semeia, constrói ou possui um lugar conveniente, é provavelmente de esperar que outros venham preparados com forças conjugadas, para desapossá-lo e privá-lo, não apenas do fruto de seu trabalho, mas também de sua vida e de sua liberdade. Por sua vez, o invasor ficará no mesmo perigo em relação aos outros.

A pretensão de Hobbes é enfatizar o drama da situação em que estão inseridos os

indivíduos no estado de natureza. Os homens vivem entre a esperança (atingir seus fins) e o medo (ser subjugado ou morto), o que autoriza o pensador inglês a sublinhar a necessidade de existência de um poder comum absoluto que possa impor e manter o respeito e a ordem entre os indivíduos, que vivem em um estado natural de igualdade e violência. A ótica realista de Hobbes pretende demonstrar que não há nada no estado de natureza que prepare a passagem de nossa vida no Commonwealth, contudo, “a ordem política não pode ser senão o produto de uma decisão coletiva que engendrará um artefato” (CHÂTELET. 1997, p. 51). Os indivíduos no estado de natureza vivem em um contexto no qual as relações entre eles são deixadas a sua livre iniciativa, e a igualdade e liberdade naturais tornariam a situação natural um verdadeiro estado de guerra de todos contra todos, onde o homem se torna o lobo do próprio homem (*homo homini lúpus*).

A partir de tal diagnóstico, Hobbes ressalta a necessidade de existência do poder comum e nas palavras do pensador inglês:

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmo sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza.

Porque as leis de natureza (como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém. Portanto, apesar das leis de natureza (que cada um respeita quando tem vontade de respeitá-las e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros [...].

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que

equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e à segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões à sua decisão [...]

A longa transcrição se justifica por apresentar os elementos, talvez mais importantes do contrato social hobbesiano, na medida em que os homens buscando sair de sua mísera condição natural belicosa, pactuam, em associação, a transferência de poder ao soberano, no qual reconhecem a autoridade e a quem passam a submeter-se.

Pedro Castelo Branco destaca que:

Ao pintar um retrato em que se revelam a miséria cognitiva e a pujança das paixões humanas, Hobbes procura despir o mundo de qualquer significado extrínseco ao homem, de modo que a religião, o poder, a política e o Estado são forjados pelo homem e não mantêm nenhuma relação com poderes invisíveis de outro mundo. Sua concepção descortina um mundo niilista, absolutamente aberto à contingência e à imprevisibilidade em que o poder, o Estado, a política, o direito não podem ser desvendados em suas essências, pois são fundados na arbitrariedade e nos caprichos da vontade humana, isto é, no poder fático de mando. Na teoria política do autor não há espaço para verdades transcendentais, emanadas da vontade divina, da tradição do conhecimento dos antepassados ou da razão como potência reveladora de essências (CASTELO BRANCO, 2011, p. 52).

De tal modo, expõe-se de maneira sumária como surgiu a necessidade de se criar um Estado, a partir da ideia de um contrato, no qual levou a necessidade de limitação da liberdade dos indivíduos, para que o poder comum fosse o artifício que garante a segurança aos homens. Há importantes diferenças no que diz respeito às abordagens dos vários autores que podem servir de representantes do contratualismo, como Locke, Rousseau e Kant, por exemplo. Não seria possível no contexto desse trabalho uma análise pormenorizada de cada um deles, no entanto, podemos destacar que o elemento do pacto originário é o que se mantém de fundamental para essa corrente de pensamento, modificando-se a forma de sua justificação, em especial com a elaboração de uma linha de argumentação que se propõe a pensar contra Hobbes, contra as ideias absolutistas e, portanto, há uma reflexão acerca dos limites do poder estatal ou soberano.

Nessa linha, em apertada síntese, pode-se destacar que algumas revoluções como a inglesa (século XVII) e a francesa<sup>2</sup> (século XVIII) podem ser apontadas como marco

---

2 Nesse ponto, no que tange a observarmos o problema da violência, seria interessante lembrar dos argumentos da teoria política do conservadorismo, em especial de Maistre e de Bonald, com o processo de satanização dos procedimentos revolucionários, em que seus escritos têm fortes tintas para a marca de violência dos métodos revolucionários, apesar de interessante, não há espaço para tal empreitada nesse texto.

referencial de apresentação de limites ao poder soberano, especialmente quando se leva em consideração um desgaste do poder absoluto do monarca e, em períodos históricos de acentuada crise, ocorrem rompimentos revolucionários fazendo eclodir limites ao poder político soberano e florescer o Estado de Direito liberal, que buscará fundamento em um acordo entre indivíduos livres que pretendem uma vida mais duradoura e pacífica, fundada no reconhecimento de direitos naturais agora pactuados (BOBBIO 1993, p. 14 – 15).

No momento mesmo em que a reflexão política passa a considerar que uma investigação quanto à natureza do homem enquanto indivíduo é necessária para se pensar os fundamentos da organização sócio-política, já em Hobbes há possibilidade de identificar a colocação da vida no centro do palco do poder político. O indivíduo no estado de natureza é movido especialmente pelo medo de ser subjugado ou morto e, em virtude dessa paixão, busca uma saída da condição natural. A hipótese da vida como elemento importante para a política parece razoável quando observamos os argumentos apresentados por Hobbes no que diz respeito à autopreservação.

Ao levar em consideração esses elementos Hobbes, no capítulo XVI do *Leviatã*, irá apresentar uma reflexão sobre o conceito de pessoa e de representação. Dirá, então, Hobbes (1974, p. 100):

Uma pessoa é aquele cujas palavras ou ações são consideradas quer como suas próprias quer como representando as palavras ou ações de outro homem, ou de qualquer outra coisa a que sejam atribuídas, seja com verdade ou por ficção.

Quando elas são consideradas como suas próprias ele se chama uma pessoa natural. Quando são consideradas como representando as palavras e ações de um outro, chama-se-lhe uma pessoa fictícia ou artificial.

A palavra “pessoa” é de origem latina. Em lugar dela os gregos tinham *próposon*, que significa rosto, tal como um latim *persona* significa o disfarce ou a aparência exterior de um homem, imitada no palco. E por vezes mais particularmente aquela parte dela que disfarça o rosto, como máscara ou viseira. [...] De modo que uma pessoa é o mesmo que um ator, tanto no palco como na conversação corrente. E personificar é representar, seja a si mesmo ou a outro; e daquele que representa outro diz-se que é portador de sua pessoa, ou que age em seu nome.

Após apresentar os argumentos que justificam a necessidade do contrato e do estado civil, Hobbes passa a refletir sobre as questões da pessoa natural, artificial e da representação, o que parece uma tentativa de justificação não só da necessidade da existência de um poder

comum entendido como soberano que irá representar a multidão de homens (HOBBS, 1974, p. 102), ou, como nos diz Schmitt (1990, p. 18), é exatamente por meio do contrato que cada um celebra com os demais que surge “uma pessoa ou corporação representativa, que converte a multidão contratante em uma pessoa única, significa dizer, em um Estado”<sup>3</sup>; mas, também, uma reflexão a respeito da proteção efetiva ao indivíduo, garantida pela existência ou presença do Estado, por conseguinte, há um elemento de proteção que pode ser identificado com a forma jurídica estendido aos indivíduos reconhecidos agora como pessoas.

Assim, tal argumentação terá implicações diretas nas noções de sujeito de direito e personalidade jurídica, fazendo com que possamos melhor compreender o sentido do conceito vida nua utilizado por Agamben, na medida em que essa última existe como ζοέ (zoé), ou seja, como vida natural e, após ingressar na cena política como vida qualificada por essa última (βίος) aparece, novamente, após a retirada de direitos do homo sacer, o que nos autoriza a pensar que seja a retirada da persona, significa dizer, da forma jurídica.

## **O LOBO COMO HABITANTE DA CIVITAS: A CAPTURA DA NUDA VITA E O SUJEITO DE DIREITO**

Conforme mencionado linhas atrás, o sintagma hobbesiano homo homini lúpus se apresenta de fundamental importância para as pretensões da presente investigação, uma vez que se trata de uma expressão que pode lançar luz a elementos obscurecidos pela forma jurídica. O sentido da expressão o homem lobo do homem, parece-nos, pode remeter a um texto de Maria de França. É oportuna alguma consideração sobre a poetisa, haja vista que “Maria de França foi uma das primeiras vozes femininas na literatura medieval” (FURTADO, 2001, p. 19).

A identidade de Maria de França gera polêmica entre os estudiosos. Obviamente não se tem a pretensão de ingressar em tal disputa, dessa feita, Antonio Furtado nos ajuda a compreender a dimensão desse problema, a saber:

Quanto à pessoa da autora, nada conhecemos de sua biografia e nem ao menos sabemos quem foi. Entre as hipóteses sugeridas pelos estudiosos figuram as quatro seguintes: Maria, abadessa de Shaftesbury, meia-irmã do rei Henrique II da Inglaterra; Maria de Meulan ou de Beaumont, filha do conde inglês Waleram de Beaumont; Maria, abadessa de Reading [...]; Maria, condessa de Bolonha, filha do rei inglês Estêvão de Blois e de Matilde de Bolonha. Em qualquer caso, parece ter sido de origem normanda, em vista do dialeto francês antigo que empregava. Supõe-se porém que tenha vivido por longo tempo na Inglaterra, citando-se neste sentido: o modo como tratou algumas narrativas localizadas em solo inglês [...] (FURTADO, 2001, p. 20).

---

3 As traduções são de minha autoria e feitas de maneira livre, salvo indicação em contrário.



Um dos textos de Maria de França são as Fábulas<sup>4</sup>, no epílogo desse escrito a poetisa medieval declara como se chama, afirmando que seu nome é Maria e de que é de França. No entanto, de acordo com Antonio Furtado (2001, p. 20-21) não foi à autora e nem ao menos os ingleses que atribuíram o epíteto “de França”, mas, sim, Claude Fauchet, que em 1581 retirou o apelativo da passagem mencionada das Fábulas e, a partir de então, assim passaram a referir-se a ela. Não obstante, em suas obras consta apenas o prenome “Maria”, “e, embora comumente se aceite que se trate da mesma pessoa, não se tem prova irrefutável de que assim seja” (FURTADO, 2001, p. 21).

Uma das formas escolhidas por Maria de França para seus escritos é a dos Lais, surgidos entre 1160 e 1178. Conforme Antonio Furtado (2001, p. 19) a “palavra de origem céltica (cf. o irlandês, *laid*, “canto”), era uma composição curta para ser cantada ao som de harpa ou de rota, instrumento antigo também de corda”. Ainda, de acordo com Ligia Carvalho (2015, p. 18) “a palavra *lai* tem a sua origem na palavra celta *laid*, que designa um canto semilírico e seminarrativo, em versos octossílabos, composto a fim de perpetuar a recordação de um sucesso notável, de uma aventura, cantado pelos jograis da Idade Média com acompanhamento de harpa, alaúde e flautas”. Conforme o relato da poetisa, suas narrativas colocariam nessa estrutura e em versos rimados alguns dos mais difundidos *lais* bretões<sup>5</sup>, transmitidos oralmente quando cantados (FURTADO, 2001, p. 19).

Os *lais* de Maria se baseavam em narrativas folclóricas de seu tempo (século XII), dando conta de temáticas especialmente relacionadas à ética amorosa, fundamentalmente a partir do mundo da nobreza medieval e “fala de pessoas bonitas e ricas, belas damas, nobres cavaleiros, maridos apaixonados e maridos algozes. Canta o amor, o querer das mulheres alinhavado com a busca masculina de vitória e conquista” (COLASANTI, 2001, p. 15).

Marina Colasanti (2001, p. 11-12) sublinha que:

Sobretudo, os *lais* de Maria desenvolvem-se ao redor do conceito que constitui o cerne do amor cortês: o amor verdadeiro é fonte de todo o bem, ele purifica o homem e a mulher, e os obstáculos com que se deparam só fazem exaltar sua nobreza e seu valor. Dois *lais* apenas parecem não obedecer a essa regra, “*Equitan*” e o “Homem-Lobo”. Mas fugir a uma regra pode equivaler a demonstrá-la por oposição, e já se vê que o amor da maligna esposa do senescal e da egoísta esposa do “*bisclavret*” (homem-lobo) não era verdadeiro.

---

4 Em ordem cronológica os textos da autora podem ser alinhados da seguinte maneira: *Lais; Fables e L’Espurgatoire Saint Patrice*.

5 Aqui a referência aos “*lais* bretões” ao que parece remonta aos jograis da Bretanha que divulgavam os *lais*. Ademais, essa forma de escrito recuperam às maravilhas da Matéria Bretã, expressando e divulgando as velhas lendas celtas, “onde o fictício e o real vivem em harmonia, tal como o sagrado e o profano” (CARVALHO, 2015, p. 5).

Diante do que foi dito até aqui, a partir de agora passamos a uma maior aproximação do lai do Homem-Lobo, a fim de investigar a questão da maldade do homem e refletir acerca do sintagma hobbesiano dohomom homini lúpus. Maria relata logo no início do escrito que desde que se propôs a escrever Lais, ela não poderia deixar de lado o do Homem-Lobo, “Bisclavret é seu nome em língua bretã, Garwaf o chamando os normandos” (FRANÇA, 2001, p. 75).

Em síntese a narrativa se refere a um homem que com frequência se transformava em lobo, em um animal que passava a habitar os bosques. Nesse ponto, apresenta-se interessante uma breve consideração sobre a questão dos cenários nos lais; a floresta ou os bosques serão apresentados como espaços diferentes do lócus de desenvolvimento da vida da nobreza medieval, ou seja, das casas fortificadas, com pomares e jardins cercados, esses últimos espaços externos a vida doméstica destinados ao lazer de damas e cavaleiros (FURTADO, 2001, p. 29).

Fora estendia-se a floresta, o espaço inexplorado, habitada por animais capazes de falar e pontilhada de fontes e tendas a que vinham as fadas. Era nesse contexto, entre a casa fortificada e a floresta, que se passavam as aventuras contadas nos lais, e ouvi-las contar sugeria novas aventuras (FURTADO, 2001, p. 30).

Sob outro aspecto, também é relevante considerar que a poetisa faz uma distinção dos personagens a partir da diferença lingüística de seus nomes considerando a cultura dos povos, desse modo, para os normandos “o garwaf é besta selvagem; enquanto está em fúria, devora homens, faz grande mal, vive e vagueia pelas florestas” (FRANÇA, 2001, p. 75). Sua preocupação recai em narrar à estória do homem-lobo de tipo bisclavret. Relata a autora que na Bretanha viveu certo barão, nobre em suas atitudes, esteticamente atraente e muito bom cavaleiro, prezado por todos os seus vizinhos e intimo de seu senhor. Casado com uma bela mulher, aparentemente de grande valor e que o amava, contudo, causava estranheza a essa última o fato de que “toda semana o perdia durante três dias inteiros, em que ela não sabia o que lhe ocorria nem por onde andava; nem sobre isso sabia nenhum dos seus” (FRANÇA, 2001, p. 75).

No entanto, após inquirições de sua esposa o nobre cavaleiro acabou confessando-lhe sua maldição, informando, inclusive, que caso suas roupas fossem encontradas no bosque “continuaría lobo para sempre” (FRANÇA, 2001, p. 76). Então, a esposa do cavaleiro - talvez por medo ou repugnância da maldição que marca a natureza de seu marido como uma dualidade entre humano e ferino -, arquiteta um plano contra seu esposo. O cavaleiro é traído

por sua senhora, pois essa última sabia que outro cavalariano da Corte a amava e, então, encaminha uma mensagem ao mesmo e em troca de seus préstimos “fazei de mim vossa amante” (FRANÇA, 2001, p. 77), de tal modo, após instruir seu pretende sobre o local, esse sai à cata das vestes do homem-lobo, assim, “foi traído o homem-lobo e vitimado por sua mulher” (FRANÇA, 2001, p. 77) que se casou com aquele que furtou as vestes do bisclavret.

Feitas estas considerações acerca do texto de Maria de França, verifica-se que o nobre cavaleiro foi vitimado por sua esposa e condenado a vagar pelos bosques como homem-lobo para sempre. Narra Maria de França que passado um ano de transformação, o rei vai à floresta para desenvolver sua atividade de caça<sup>6</sup>. Nas palavras de Maria de França (2001, p. 77-78):

Entrou na floresta diretamente para onde o homem-lobo estava. Quando os cães foram soltos, logo o encontraram, e os cães e os caçadores correram o dia todo atrás dele; por pouco o teriam pegado, maltratado e dilacerado. No momento em que avistou o rei, correu em sua direção a pedir-lhe mercê. Tomou-o pelo estribo, beijou-lhe a perna e o pé. O rei o viu, teve grande susto; chamou todos os companheiros: - Senhores, chegai até aqui! Olhai esta maravilha, como se humilha esta fera! Ela tem senso de um homem, pede mercê. Enxotai todos esses cães para trás, guardai-vos de feri-la! Este animal tem entendimento e compreensão. Despachai-vos! Vamos embora! Farei minhas pazes com a fera, pois hoje não caçarei mais.

O soberano regressa a seu castelo acompanhado do homem-lobo, a quem se afeiçoou, ficara alegre e satisfeito, pois jamais tinha visto algo parecido, todos na Corte acabaram por gostar do homem-lobo e “não havia quem não tivesse carinho por ele, tanto era nobre e amável; nunca tentou fazer mal a ninguém” (FRANÇA, 2001, p. 78). Contudo, após o rei convocar todos os barões para uma reunião, surge diante do homem-lobo o cavaleiro que lhe furtou as roupas condenando-lhe à permanentemente estar em sua forma amaldiçoada e que, além disso, casou-se com sua esposa. De tal sorte, “tão logo chegou ao palácio, surgiu-lhe o homem-lobo, precipitou-se veloz sobre ele: prendeu-o com os dentes, arrastou-o consigo. Teria feito nele um estrago feio, não fosse o rei [...]” (FRANÇA, 2001, p. 78-79).

Doravante, quando da visita do rei a região em que residia sua ex-mulher, a súdita foi ao encontro de sua majestade e “quando o homem-lobo a viu chegar, nenhum homem pôde contê-lo: correu para cima dela enfurecido. Ouvi como soube vingar-se: arrancou-lhe o nariz da cara!” (FRANÇA, 2001, p. 78). O rei é aconselhado a investigar os ataques do homem-lobo e conclui que ele pode ser um cavaleiro de sua Corte há muito desaparecido. Ao comprovar sua hipótese após a prisão da mulher, essa é banida do país junto daquele com

---

6 Aos cavaleiros cabiam deveres militares para com o Rei ou seu senhor, muitas vezes em guerras por território. Em não havendo guerra, o principal divertimento da nobreza era a caça com o envolvimento de serviços e utilização de cães e falcões.

quem traía o marido.

A figura híbrida do homem-lobo será utilizada por Agamben quando se propõe a refletir a respeito da soberania da lei presente na ideia de Estado de Direito. A fim de demonstrar a relação entre forma jurídica e vida, valer-se-á não só da figura do bisclavret, mas, também, da interessante figura extraída da antiguidade germânica e escandinava que é representada pelo Wargus, Vargr, ou lobo, homem-lobo ou lobisomem (AGAMBEN, 2007a, p. 111). Para o filósofo italiano os estudos de Jhering são considerados como uma boa referência para diagnosticar a relação entre vida e forma jurídica na figura do Wargus(o homem-lobo) com a do Friedlos, “o sem paz” do antigo direito germânico (AGAMBEN, 2007a, p.111).

Diz o texto de Agamben (2007a, p. 111)

[...] O antigo direito germânico fundava-se sobre o conceito de paz (Fried) e sobre a correspondente exclusão da comunidade do malfeitor, que tornava-se por isto friedlos, sem paz, e, como tal, podia ser morto por qualquer um sem que se considerasse homicídio [...]. Fontes germânicas e anglo-saxônicas sublinham esta condição limite do bandido definindo-o como homem-lobo (wargus, werwolf, lat.Garulphus, donde o francês loup garou, lobisomem).

Não obstante, além da aproximação realizada por Agamben entre estado de exceção<sup>7</sup> e estado de natureza, elemento presente no mitologema hobbesiano do contrato social, o filósofo italiano propõe que o entendimento da fundação da cidade (civitas) como um pacto originário (contrato) é equivocado. Ao imaginar a exceção na origem, já que o estado de natureza não é uma fase real pré-contratual e, levando-se em consideração o paradoxo da soberania - que significa a possibilidade de o poder soberano se manter ao mesmo tempo dentro e fora da lei -, há que se reconhecer que a relação de exceção, que se configura na exclusão includente, modifica o entendimento acerca da soberania, que passa agora a ser pensada como bando.

Para Agamben (2007a, p. 35):

Se a exceção é a estrutura da soberania, a soberania não é, então, nem um conceito exclusivamente político, nem uma categoria exclusivamente jurídica, nem uma potência externa ao direito (Schmitt), nem a norma suprema do ordenamento jurídico (Kelsen): ela é a estrutura originária no qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão.

Agamben, para justificar sua hipótese e crítica à concepção jurídico-política da formação estatal por meio do contrato social, que prevalece no pensamento político-jurídico

7 É conhecida a amplitude do debate acerca do conceito de estado de exceção. Para os termos desse trabalho o entendimento é de que o espaço de exceção representa o espaço anômico em que fato e direito se confundem, e que não significa um espaço de anarquia ou caos, mas, sim, uma condição em que pode atuar o soberano como representante de uma ordem, que é política, antes mesmo de ser jurídica.

atualmente, lança mão do termobando, recolhido, também, do antigo direito germânico, a fim de demonstrar a reconfiguração da ideia de soberania, para elaborar seu conceito de bando soberano, bem como para justificar seu entendimento da existência do paradoxo da soberania, e sua relação com a exceção por meio da forma jurídica.

Nas palavras de Agamben (2007a, p. 36):

Chamemos bando (do antigo termo germânico que designa tanto a exclusão da comunidade quanto o comando e a insígnia do soberano) a esta potência (no sentido próprio de *dýnamis* aristotélica, que é sempre também *dýnamis* *mè* *energeîn*, potência de não passar ao ato) da lei manter-se na própria privação, de aplicar-se desaplicando-se. A relação de exceção é uma relação de bando. Aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente posto fora da lei e indiferente a esta, mas é abandonado por ela, ou seja, exposto e colocado em risco no limiar em que vida e direito, externo e interno, se confundem. Dele não é literalmente possível dizer que esteja fora ou dentro do ordenamento (por isto, em sua origem, *in bando*, a *bandono* significam em italiano tanto “a mercê de” quanto “a seu talante, livremente”, como na expressão *correre a bandono*, e *bandito* quer dizer tanto “excluído, posto de lado” quanto aberto a todos, livre, como em *mensa bandita* e a *redina bandita*). É nesse sentido que o paradoxo da soberania pode assumir a forma “não existe um fora da lei”. A relação originária da lei com a vida não é a aplicação, mas o Abandono. A potência insuperável do *nómos*, a sua originária “força de lei”, é que ele mantém a vida em seu bando abandonando-a.

Ao pensar na fundação do estado civil e colocar o bando soberano e a exceção na origem, Agamben tenta comprovar que a relação de exceção possui uma forma, e o é o bando uma imagem dessa relação entre poder soberano e vida no limiar da exceção, de tal modo, “o bando é a pura forma do referir-se a alguma coisa em geral, isto é, a simples colocação de uma relação com o irrelato” (AGAMBEN, 2007a, p. 36).

A crítica do mito de fundação da cidade moderna pelo contrato por meio da ideia de bando põe em evidência que, ao partir da exceção existente na origem, torna-se possível identificar uma zona de anomia ou, em certo sentido, um vazio da forma jurídico-política, e essa condição “neutra” é compreendida, por exemplo, por certo aspecto do liberalismo, como a forma de legitimação dos Estados Democráticos de Direito, que pode até levar em consideração o elemento da violência contido na estrutura da soberania. No entanto, tal perspectiva não pode admitir sua manifestação prática como determinante das escolhas institucionais e, quando esta violência soberana se manifesta de forma brutal, como ocorrido no século XX, as respostas a este problema se tornam rarefeitas e vêm sendo buscadas até nossos dias, muitas delas defendendo a necessidade não mais da discussão acerca dos fundamentos ontológicos dos direitos humanos e das respectivas declarações, mas, sim, da necessidade de efetivação de tais direitos.

Retomando a figura do homem-lobo, presente no imaginário juspolítico da fundação

da cidade moderna, a pretensão de se utilizar tal imagem, conforme Agamben, é de que a representação monstruosa seja inserida no inconsciente coletivo como aquele que fora banido do convívio social, da comunidade, condenado a viver entre a existência humana e ferina, entre os bosques e a cidade, caracterizando-se como decisivo que a definição deste personagem híbrido seja dada como homem-lobo e não somente como fera; logo, não somente como lobo, pois a expressão latina utilizada para sua definição *caput lupinum* tem uma forma jurídica (AGAMBEN, 2007a, p. 112).

Também, é curioso notar a aproximação realizada por Agamben da figura híbrida do Bisclavret, a fim de explicar que a representação do homem-lobo ou do lobisomem, pode ser compreendida como “limiar de passagem entre natureza e política, mundo ferino e mundo humano, e, simultaneamente sua íntima ligação com o soberano [...]” (AGAMBEN, 2007a, p. 114). O limiar de passagem nesse ponto parece indicar uma possível indicação sua concepção da exceção enquanto uma relação de exclusão-includente, uma crítica a forma jurídica que apresenta uma característica ambivalente, e que se põe em relação com a vida e com a política.

Conforme Agamben (2007a, p. 112):

É somente sob esta luz que o mitologema hobbesiano do estado de natureza adquire seu sentido próprio. Como vimos que o estado de natureza não é uma época real, cronologicamente anterior à fundação da Cidade, mas um princípio interno desta, que aparece no momento em que se considera a cidade *tanquam dissoluta* (portanto, algo como um estado de exceção), assim, quando Hobbes funda a soberania através da remissão ao *homo hominis lúpus*, no lobo é necessário saber distinguir um eco do *wargus* e do *caput lupinum* [...] não simplesmente *besta fera* e vida natural, mas, sobretudo zona de indistinção entre humano e ferino, lobisomem, homem que se transforma em lobo e lobo que torna-se homem, vale dizer: banido, *homo sacer*. O estado de natureza hobbesiano não é uma condição pré-jurídica totalmente indiferente ao direito da cidade, mas a exceção e o limiar que o constitui e o habita; ele não é tanto uma guerra de todos contra todos, quanto mais exatamente, uma condição em que cada um é para o outro *vida nua* e *homo sacer*, cada um é, portanto, *wargus*, *gerit caput lupinum*. E esta *lupificação* do homem e *humanização* do lobo é possível a cada instante no estado de exceção, na *dissolutio civitas*. Somente este limiar, que não é nem a simples vida natural, nem a vida social, mas a vida nua ou vida sacra, é o pressuposto sempre presente e operante da soberania.

A posição de Agamben, considerando tal reflexão, coloca-se também em sentido contrário à daqueles teóricos que pensam a forma jurídica da política moderna em termos de soberania popular como meio de se reconhecer a legitimidade do Estado de Direito, direitos do cidadão e contrato social. Lança luz sobre elementos aos quais se pretendia negar existência ou, ao menos, neutralizar sua manifestação, como é o caso, por exemplo, da possibilidade de uma violência soberana ou, mesmo, a potencialidade da ação violenta no

âmbito (e por parte) do Estado Democrático de Direito em relação aos indivíduos (cidadãos). Portanto, na leitura de Agamben esta possibilidade se mantém presente, “sobretudo, na conservação, da parte do soberano, do seu direito natural de fazer qualquer coisa em relação a qualquer um, que se apresenta como direito de punir” (AGAMBEN, 2007a, p. 113).

É conveniente a apresentação, mesmo que de forma muito sumária, da concepção de Foucault acerca da questão da soberania, uma vez que o pensador francês é um dos referenciais tomados por Agamben em sua reflexão. Dentro da perspectiva arqueo-genealógica de Michel Foucault há um movimento que se origina e estende desde o século XVII e atravessa o século XVIII, consolidando-se na sociedade ocidental um tipo de poder que se caracteriza como disciplinar, eclodindo daí uma sociedade da disciplina e, doravante, a partir do século XIX, Foucault diagnostica o aparecimento de uma nova tecnologia de poder político que denomina biopoder, que tornar-se-á característico da política contemporânea, conseqüentemente, aparece seu conceito relacionado de biopolítica, uma dinâmica de poder político cuja atuação tem como hipótese de incidência os corpos individuais e o registro em geral da vida das populações, colocadas dentro dos cálculos gerenciais e econômicos das políticas administrativas, o que se verifica como parte da riqueza das nações (GIACOIA JUNIOR, 2015b, p. 9)

Essa averiguação é a tentativa de Foucault de questionar o conceito de poder e sua forma jurídica predominantes no pensamento político da tradição, uma vez que, como se sabe, Foucault tinha por objetivo uma espécie de análise do poder ao invés de uma, propriamente dita, teoria do poder (soberano).

No texto de Foucault (1977, p. 131) nota-se:

Concretamente, esse poder sobre a vida desenvolveu-se a partir do século XVII, em duas formas principais; que não são antitéticas e constituem, ao contrário, dois pólos de desenvolvimento interligados por todo um feixe intermediário de relações. Um dos pólos, o primeiro a ser formado, ao que parece, centrou-se no corpo como máquina: no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extensão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos – tudo isso assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as disciplinas: anátomo-política do corpo humano. O segundo, que se formou um pouco mais tarde, por volta da metade do século XVIII, centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, como todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e controles reguladores: uma biopolítica da população. As disciplinas do corpo e as regulações da população constituem os dois pólos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida.

A longa transcrição se justifica na medida em que podemos observar que o objeto da

presente investigação, a forma jurídica (Direito), torna-se uma das possíveis manifestações e dispositivos<sup>8</sup> do poder para a captura da vida humana. Para Foucault, a partir da aurora do biopoder e da biopolítica, há uma modificação da ideia do antigo poder soberano sobre vida e morte no sentido de que “o velho direito de causara morte ou deixar viver foi substituído por um poder de causar a vida ou devolver à morte” (FOUCAULT, 1977, p. 130).

Para Foucault (2010, p. 209):

Temos portanto, desde o século XVIII (ou em todo caso desde o fim do século XVIII), duas tecnologias de poder que são introduzidas com certa defasagem cronológica e que são sobrepostas. Uma técnica que é, pois, disciplinar: é centrada no corpo, produz efeitos individualizantes, manipula o corpo como foco de forças que é preciso tornar úteis e dóceis ao mesmo tempo. E, de outro lado, temos uma tecnologia que, por sua vez, é centrada não no corpo, mas na vida; uma tecnologia que agrupa os efeitos de massas próprios de uma população, que procura controlar a série de eventos fortuitos que podem ocorrer numa massa viva; uma tecnologia que procura controlar (eventualmente modificar) a probabilidade desses eventos, em todo caso em compensar seus efeitos.

Desse modo, o poder disciplinar irá se ocupar dos corpos individuais a fim de domesticá-los e torná-los úteis, no sentido de uma ação que visa vigiá-los, treiná-los, sujeitá-los e, utilitariamente, utilizá-los; maximizar suas forças e seus rendimentos, distribuí-los tendo por referência uma norma, puni-los e classificá-los. Já no que diz respeito ao biopoder, esse se encarrega da espécie como um todo, do homem como ser vivo, regulamentando juridicamente e, assim, controlando e gerindo a vida das populações (GIACOIA JUNIOR, 2015b).

Ao analisar a questão do poder e sua relação com a vida exercida por meio da soberania, a estratégia central de Foucault não é observar as formas regulamentares e ditas legítimas do poder, mas, sim, a maneira de ação do poder soberano por meio de mecanismos específicos, com a investigação direcionada para as extremidades do poder, formas e instituições mais regionais e capilares, inclusive, para além das regras do direito (FONSECA, 2000, p. 131).

A inversão da dinâmica do direito potencial sobre a morte inerente ao poder soberano é modificada pela alteração da estrutura social e econômica com o reconhecimento do valor social dos sujeitos, súditos e, agora, cidadãos; desta feita, a “velha potência de morte em que se simbolizava o poder soberano é agora, cuidadosamente, recoberta pela administração dos

---

8 Aqui a expressão dispositivo carrega o sentido usualmente dado por Foucault e designa as estruturas do conhecimento e os vários mecanismos institucionais, físicos e administrativos, que propiciam e mantêm o exercício de poder dentro do corpo social. Agamben generaliza esse conceito foucaultiano e compreende por dispositivo qualquer coisa que possa capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres vivos.



corpos e pela gestão calculista da vida” (FOUCAULT, 1977, p. 131).

Além disso, nas palavras do filósofo francês:

[...] A teoria da soberania é, se vocês quiserem, o que permite fundamentar o poder absoluto no dispêndio absoluto do poder, e não calcular o poder como o mínimo de dispêndio e o máximo de eficácia. Esse novo tipo de poder, que já não é, pois, de modo algum transcritível nos termos de soberania, é, acho eu, uma das grandes invenções da sociedade burguesa. Ele foi um dos instrumentos fundamentais da implantação do capitalismo industrial e do tipo de sociedade que lhe é correlativo (FOUCAULT, 2010, p. 32).

Ao apresentar estas outras roupagens do poder e da soberania, Foucault nos provoca a pensar a respeito da figura do sujeito de direito, que, invariavelmente, é imaginada e compreendida como fundamento e algo central no edifício teórico a dar sustentação a um sistema de direitos forjado democraticamente, servindo estes direitos como forma de oposição contra qualquer e eventual ação violenta e agressiva, inclusive estatal. Também, ainda podem ser entendidos como garantias que se apresentam em defesa da vida humana em outro tipo de violência, talvez mais velada, como a exploração econômica da força de trabalho, servindo, aqui, como exemplo, toda parte do ordenamento jurídico que se refere ao direito do trabalho e no que diz respeito à gestão calculista da espécie as tecnologias normativas previdenciárias. Foucault, no entanto, a partir de seu diagnóstico biopolítico, tenta demonstrar como a teoria da soberania, na realidade, constitui um ciclo de sujeição, ou seja, como o indivíduo dotado de direitos e de capacidades (sujeito de direito/cidadão/soberano) pode ser tornar sujeito no sentido de uma sujeição a uma relação de poder (FOUCAULT, 2010, p. 37).

Nesse momento não só com Foucault - indica Oswaldo Giacoia Junior-, parece ser possível verificar a presença, no pensamento de Agamben, de um diálogo com certa perspectiva do pensamento marxista, evidenciado, principalmente, pela presença de Benjamin, para pensar essa relação poder soberano, forma jurídica e vida em seus desdobramentos históricos. De tal modo, Agamben entende que a história da política ocidental pode ser compreendida nos cruzamentos e oposições de dois paradigmas, quais sejam: o econômico e o político (AGAMBEN, 2005, p.9). Para refletir sobre a forma jurídica da política moderna, a sociedade deve ser pensada como a sociedade de produtores de mercadorias, dessa forma, leva-se em consideração a realidade do sistema econômico capitalista em “cujas relações sociais no processo de produção assumem uma forma coisificada dos produtos do trabalho; estes por sua vez, aparecem, uns em relação aos outros, como na figura genérica do valor de troca” (GIACOIA JUNIOR, 2013, p. 28).

Considerando a unidade da mercadoria com relação ao valor de troca e de uso

identifica-se uma “cadeia ininterrupta de relações jurídicas” (PACHUKANIS, 1989, p. 55). A relação jurídica entre os sujeitos pressupõe a forma jurídica dos sujeitos de direito que se reconhecem direitos e que irão atuar tendo por referência as relações mercantis dos produtos do trabalho e, de acordo com tal perspectiva, ressalta Pachukanis (1989, p. 70) que:

A mercadoria é um objeto mediante o qual a diversidade concreta das propriedades úteis se torna simplesmente a embalagem coisificada da propriedade abstrata do valor, que se exprime como capacidade de ser trocada numa determinada proporção por outras mercadorias. Esta propriedade é expressão de uma qualidade inerente às próprias coisas em virtude de uma espécie de lei natural que age sobre os homens de maneira inteiramente alheia à sua vontade. Porém, se a mercadoria conquista seu valor independentemente da vontade do sujeito que a produz, a realização do valor no processo de troca pressupõe, ao contrário, um ato voluntário, consciente, por parte do produtor de mercadorias.

Portanto, a partir da ideia de que o Estado de Direito e a forma jurídica da política estão conectados com os interesses privados burgueses. Esses últimos, na medida em que a classe burguesa inicia sua participação na política de forma, inclusive, segundo Arendt, imperialista, tornam-se “públicos” no sentido de generalizáveis, passando a ser possível, identificar na relação entre os sujeitos no mercado, a manifestação do vínculo entre poder e vida, mascarando o elemento da violência, por meio da relação jurídica exposta na forma da legalidade e da manifestação livre (autônoma) da vontade por meio da ideia de contrato, o que não deixa de configurar uma sujeição a uma relação de poder, por exemplo, do empregado que é explorado pelo proprietário dos meios de produção, bem como portar a imaginável ação violenta em decorrência do descumprimento de um pacto contratual (NAVES, 2005, p. 24).

A respeito da possibilidade de encarar o sujeito de direito não só como um participante do discurso, pelo fato de os cidadãos se atribuírem direitos a fim de poder garantir sua participação na esfera pública democrática e em um circuito ideal de fala, o sujeito de direito é também e, ao que parece, necessariamente, aquele que está inserido nas relações jurídicas de alienação e apropriação; significa dizer, nas formas mercantis em que o produto do trabalho se torna portador de valor ao se revestir das propriedades da mercadoria, tornando-se o indivíduo, então, portador e sujeito de direitos (GIACOIA JUNIOR, 2013, p. 29).

Pachukanis (1989, p. 71-71) destaca que:

[...] O direito subjetivo é o fato primário, pois assenta-se, em última instância, sobre interesses materiais que existem independentemente de regulamentação externa, consciente, da vida social.

O sujeito como titular e destinatário de todas as pretensões possíveis, a cadeia de sujeitos vinculados uns aos outros por pretensões recíprocas, esta é a estrutura jurídica fundamental que corresponde à estrutura econômica, às relações de

produção de uma sociedade baseada na divisão do trabalho e de troca.

O indivíduo, a pessoa, o súdito que passa a ser sujeito de direitos é aquele capaz de realizar, de participar da dinâmica das relações mercantis, inclusive com a disposição de suas próprias forças em forma de mercadoria; logo, “o sujeito de direito é o proprietário da mercadoria, sobretudo das mercadorias dinheiro e força de trabalho” (GIACCOIA JUNIOR, 2013, p. 29).

No momento histórico em que há o desenvolvimento do sistema econômico capitalista é que se coloca em cheque a soberania estatal do antigo regime e dos estados feudais, uma vez que esta última prejudicava os interesses expansionistas da burguesia ascendente, surgindo como inerentes a natureza humana as ideias de liberdade e igualdade (NAVES, 2005, p. 26).

Do mesmo modo, a forma jurídica da política centrada na ideia de contrato parece estar em íntima conexão com a esfera de atuação do poder estatal e econômico e, dessa maneira, a forma direito “é o duplo social da forma mercantil” (GIACCOIA JUNIOR, 2013, p. 29), o que não autoriza o reconhecimento da existência de um sistema de direitos completamente legitimado pela ausência de elementos de violência, ou força, quando da passagem desta última à esfera de uso e monopólio estatal, no momento de sua formação.

Levando em consideração essa perspectiva, é possível verificar como Agamben irá retomar Foucault para pensar o caráter dual e ambivalente da forma jurídica, consequentemente, o médium do direito, e como a vida humana é capturada e inscrita nos cálculos e estratégias de poder, inclusive estatal (Bisclavret); logo, como a vida é abandonada e passa a ser a aposta em jogo na esfera da política. Para tanto, Agamben irá compreender o direito como um dispositivo que opera a relação entre poder (soberano) e vida, na medida em que a forma jurídica se apresenta como o médium das relações sociais ou, se preferirmos, das relações entre mundo da vida e esfera sistêmica.

No entender de Agamben (2009, p. 38), “o termo dispositivo nomeia aquilo em que por meio do qual se realiza uma pura atividade de governo sem nenhum fundamento no ser. Por isso os dispositivos devem sempre implicar um processo de subjetivação, isto é, devem produzir o seu sujeito”. Ainda, o filósofo italiano (2009, p. 40) apresenta a sua concepção de dispositivo nos seguintes termos:

Generalizando posteriormente a já bastante ampla classe dos dispositivos foucaultianos, chamarei literalmente de dispositivo qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres

viventes.

Passa agora a ser importante o conceito de vida nua que é trabalhado por Agamben e que irá se relacionar com o poder por meio do dispositivo da forma jurídica. Para formular seu conceito de nuda vita, o filósofo italiano partirá da distinção já existente na filosofia grega clássica, em especial de Aristóteles, uma vez que a palavra vida não detinha um único significado para os gregos (AGAMBEN, 2007a, p. 9). Conforme Agamben, os dois termos que se ligam à palavra vida são ζοέ (zoé), cuja significação aponta para uma simples forma de vida, à vida natural de todos os seres vivos e, βίος (bíos), que exprimia a vida qualificada, a “forma ou maneira de viver própria de um indivíduo ou de um grupo” (AGAMBEN, 2007a, p. 9).

Para Agamben (2007a, p. 10), “a simples vida natural é, porém, excluída, no mundo clássico, da polis propriamente dita e resta firmemente confinada, como mera vida reprodutiva, ao âmbito do ôikos [...]”. Por conseguinte, a partir da obra de Aristóteles, Agamben (2007a, p. 10) afirma que:

É verdade que um celeberrimo trecho da mesma obra define o homem como politikòn zôon [...], político não é um atributo do vivo como tal, mas é uma diferença específica que determina o gênero zôon (logo depois, de resto, a política humana é distinguida daquela de outros vivos porque fundada, através de um suplemento de politização ligado à linguagem, sobre uma comunidade de bem e de mal, de justo e de injusto, e não simplesmente de prazeroso e doloroso).

Seguindo, ao que parece, o método de Foucault, que também analisou esta questão e diferença de caracterização do conceito de vida na Grécia para pensar o poder e a política como biopoder e biopolítica, Agamben pretende agora compreender não só como o sujeito de direito representa esta relação entre o poder e a vida, mas, também, como, digamos, a racionalidade estratégica instrumentaliza a vida humana, colocando-a no centro da esfera de atuação do poder político e da engrenagem de funcionamento do poder econômico (capital) e, além disso, demonstrar como a vida humana pode se tornar a representante e portadora da insígnia da soberania, “do nexo entre violência e direito, aquele que é também portador do bando soberano, o que levará ao conceito de vida nua” (NASCIMENTO, 2012, p. 157).

Para tanto, Agamben irá se valer de uma definição de Festo, procurador romano da província da Judéia no século I, a saber:

Homo sacro, portanto, aquele que o povo julgou por um delito; e não é lícito sacrificá-lo, mas quem o mata não será condenado por homicídio; na verdade, na primeira lei tribúncia se adverte que “se alguém matar aquele que por plebiscito é sacro, não será considerado homicida”. Disso advém que um homem malvado ou impuro costuma ser chamado sacro (AGAMBEN, 2007, p. 79. Tradução p. 196).

Note-se a conexão com a figura do *wargus* e do *friedlos*, ambos portadores da marca da soberania pelo abandono e, ao mesmo tempo, captura exercida pela forma jurídica, ainda que manifestada na figura da punição ao delito, oportunidade em que se aplica o dístico da relação de exceção, por conseguinte, a inclusão-excludente; significa dizer que a eles o ordenamento jurídico aplica-se desaplicando-se.

De acordo com Agamben (2007a, p. 113):

A violência soberana não é, na verdade, fundada sobre um pacto, mas sobre a inclusão exclusiva da vida nua no Estado. E, como o referente primeiro e imediato do poder soberano é, nesse sentido, aquela vida matável e insacrificável que tem no *homo sacer* o seu paradigma, assim também, na pessoa do soberano, o *lobisomem*, o homem lobo do homem, habita estavelmente na cidade.

Ao articular tal figura do direito romano, Agamben consegue pensar qualquer forma de ordenamento jurídico, colocando em questão a ideia de sacralidade, que ganhou muita força após as atrocidades cometidas no século XX<sup>9</sup>, em especial no pós 1945, e em decorrência da eclosão da era dos direitos fundamentais. A concepção de vida digna ou dignidade humana se mostra como o primeiro desses direitos e, ainda, o filósofo italiano demonstra a forma de atuação do biopoder e da biopolítica moderna, na medida em que, é possível não só imaginar, mas, sim, verificar as mais variadas formas de retiradas de direitos, a partir de uma decisão soberana (política), com a consequente exposição da vida nua à morte, por se tratar o *homo sacer* de uma vida matável e insacrificável, não cometendo homicídio aquele que o violenta.

Agamben (2007a, p. 134) destaca que:

[...] Aquela vida nua natural que, no antigo regime, era politicamente indiferente e pertencia, como fruto da criação, a Deus, e no mundo clássico era (ao menos em aparência) claramente distinta como *zoé* da vida política (*bíos*), entra agora em primeiro plano na estrutura do Estado e torna-se aliás o fundamento terreno de sua legitimidade e da sua soberania.

Ao se compreender o direito e o Estado como dispositivos de captura da vida natural por meio, inclusive, das relações econômicas de produção, que se apresentam como relações jurídicas e, portanto, produzem a subjetividade jurídica via a ideia de um sujeito de direito por *antonomásia*, especialmente pela concepção de personalidade jurídica, é possível verificar que o sujeito de direito, na realidade, vincula-se aos cálculos estratégicos do poder soberano. A vinculação da mera vida aos cálculos do poder soberano pode ser explicada pela figura do banimento, em razão de o banido ser o excluído cuja morte não caracteriza homicídio e o ordenamento que se impõe atua por desaplicação, por uma total denegação de seus efeitos de

---

9 Pode-se verificar uma re-fundação desta concepção no pós 11 de setembro de 2001.

reconhecimento e protetivos.

De acordo com Oswaldo Giacoia Junior (2014, p. 271):

O banido seria uma espécie de ancestral do homo sacer, essa figura do direito romano arcaico que nomeia o programa filosófico e político de Agamben. Homo sacer é, no direito romano, o condenado cuja morte não constitui nem sacrifício nem homicídio; portanto, aquele que fica excluído tanto da esfera do direito divino como do direito humano. A estrutura desse tipo só pode ser adequadamente compreendida a partir do banimento (Bann) e da exceptio.

Ao se considerar a captura da vida nua via inclusão pela forma direito, deve-se mesmo ponderar a possibilidade de retirada ou o não reconhecimento de direitos no estado de exceção, uma vez que exceptio e bann possuem uma estrutura análoga, tal como no banimento, a exceção enquanto ex capere expressa uma captura do que está fora, uma exclusão-incluyente, com a consequente exposição da mera vida à morte. Dada regulamentação jurídica da ação política por parte do Estado, é nesse momento que se identifica o abandono da vida sacra ou vida nua, tratando-se esta relação, para Agamben, do elemento ou relação política originária (AGAMBEN, 2007a, p. 96).

Para Oswaldo Giacoia Junior (2008, p. 39):

Interpretar o ato político originário como contrato social, e não como exceptio e Bann constitui o equívoco que impede pensar uma política emancipada de sua relação com o Estado, ou seja, com a soberania jurídico-política tradicional [...].

Essa crítica radical da modernidade política, que opera por um retorno reflexivo às origens míticas do direito, transforma em alvo privilegiado de seus ataques a hipótese da origem contratual da sociedade e do Estado – como se sabe um dos ícones da moderna racionalidade política – denunciando a operação ideológica de ‘racionalização’ que consiste em descrever a gênese do espaço político a partir do ‘mitologema’ do contrato, por encobrimento de sua dimensão religioso-sacrificial.

Destarte, o pensamento de Agamben, no que diz respeito à forma jurídica da política faz emergir a relação entre soberania, violência e forma direito que atuam sobre a vida nua, por meio da relação de exceção ou do Estado de exceção. Nessa perspectiva de reflexão, o filósofo italiano nos auxilia a compreender a passagem dos Estados Democráticos de Direito para as formas estatais totalitárias, e sua maneira biopolítica de funcionamento com o surgimento do paradigma do campo de concentração e, além disso, a exceção como forma de governo paradigmática. Dessa maneira, para Agamben (2007a, p. 127):

A contigüidade entre democracia de massa e Estados totalitários não tem, contudo (como Löwith parece aqui considerar, seguindo a trilha de Schmitt), a forma de uma imprevista reviravolta: antes de emergir impetuosamente à luz do nosso século [século XX], o rio da biopolítica, que arrasta consigo a vida do homo sacer, corre de

modo subterrâneo, mas contínuo. É como se, a partir de um certo ponto, todo evento político decisivo tivesse sempre uma dupla face: os espaços, as liberdades e os direitos que os indivíduos adquirem no seu conflito com os poderes centrais simultaneamente preparam, a cada vez, uma tácita porém crescente inscrição de suas vidas na ordem estatal, oferecendo assim uma nova e mais temível instância ao poder soberano do qual desejariam liberar-se.

Por fim, a teoria proposta pelo pensador italiano se mostra um fecundo referencial teórico para se pensar as catástrofes (bio)políticas do século XX e sua relação (solidária) com o Estado Democrático de Direito e a forma jurídica, apresentando-se como crítica severa das declarações de direitos em tempos de biopoder, o que será objeto de análise a seguir.

## **LUZES E SOMBRAS DO CONSTITUCIONALISMO: DA IDEOLOGIA CONSTITUCIONAL AO ABANDONO DO SUJEITO DE DIREITOS**

Assim como o de Foucault, o olhar do filósofo italiano Giorgio Agamben no que diz respeito à temática dos direitos humanos é bastante crítico no que diz respeito aos rumos das discussões que vêm sendo travadas com relação ao tema na teoria e filosofia do direito contemporâneas, isso não significa que tanto Foucault quanto Agamben sejam pensadores que se coloquem contra a humanidade e os direitos humanos como querem seus detratores. Os autores se inscrevem em uma longa tradição de pensadores da suspeita, se quisermos de Marx a Nietzsche, cujas figuras irão ficar bastante diminuídas e banalizadas se os encarmos apenas como críticos do humanismo.<sup>10</sup>

Agamben não tem por objetivo apenas analisar a questão discursiva dos direitos no que diz respeito a sua justificação e o modo de sua aplicação (teorias da argumentação jurídica), seja por tabuas valorativas de verificação lógica, por discussões de teoria da interpretação ou, também, uma possível tensão interna entre direitos humanos e soberania popular. A preocupação do autor italiano se concentra no vínculo entre poder soberano e vida nua, conexão esta que parece se articular por meio da ideia de direitos humanos, uma vez que, segundo seu entendimento, acompanhando a reflexão de Foucault, como dito, estes direitos

---

10 No caso de Foucault, destaca Oswaldo Giacoia Junior (2015a) que “é melhor lembrá-lo pela ligação considerada por ele inseparável entre filosofia e vida, cuja melhor expressão é o seu curso, recém-publicado, sobre a coragem da verdade. Foucault, um nome para múltiplas máscaras, é plural, muito mais complexo do que imaginam seus detratores. Paradoxalmente, ele foi também um combatente por direitos do homem. Pouco antes de sua morte em 1984, Foucault interveio publicamente no caso dos *boat people*, envolvendo apátridas e imigrantes clandestinos vítimas de pirataria e desumanidade, numa atuação solidária, cuja repercussão deu origem à criação em Genebra de um comitê internacional contra a pirataria, sediado na Organização das Nações Unidas. E esse aspecto da militância de Foucault encontra uma atestação ímpar em suas passagens pelo Brasil, razão pela qual a retomo nesse contexto”. Com relação à Agamben sua crítica chama a atenção para a figura do sujeito de direitos e a pouca proteção para figuras que a expõe, como os refugiados, por exemplo.

podem ser os dispositivos que capturam a vida em tempos de biopoder.

Antes mesmo de ingressar na reflexão de Agamben, convém considerar que a meditação sobre a temática dos direitos humanos pode ser encontrada já na Antiguidade Clássica, no texto de Sófocles -Antígona -, dentro da perspectiva do confronto claramente existente entre a heroína que reivindica a aplicação de uma lei não escrita contra o edito temporal de Creonte. Nessa linha argumentativa, já de algum tempo, estabeleceu-se um debate com a participação de juristas e filósofos acerca dos direitos humanos, muito especialmente em torno da questão da fundamentação última destes direitos.

Não é forçoso reconhecer que e a lei não escrita evocada por Antígona em defesa do sepultamento de seu irmão toma a forma temporal ou histórica dos direitos naturais racionais defendidos por autores da tradição do contratualismo, chegando o debate e a investigação até nossos dias. De acordo com Oswaldo Giacoia Junior (2008, p. 268):

Daí porque, sobretudo desde o século XVII, pode-se constatar a transição, perfeitamente justificável em termos de racionalidade, entre direitos naturais e direitos humanos – de modo que os deveres impostos pelas leis não escritas de Antígona acabaram por assumir a forma histórica dos direitos humanos, ou dos direitos políticos fundamentais.

Ao se verificar que, desde o século XVII, há uma transição possível no que tange à racionalidade entre direitos naturais e direitos humanos, significa dizer que a lei não escrita evocada por Antígona tenha, historicamente, tomado a forma do moderno direito natural e, posteriormente, dos direitos humanos, dos direitos políticos fundamentais, que o constitucionalismo convencionou chamar de direitos de primeira dimensão, torna-se possível afirmar que grande parte da filosofia política contemporânea e do constitucionalismo vem se detendo em uma análise dos direitos humanos, em especial com relação à forma de sua fundamentação e sua relação com a democracia, conforme se verifica, por exemplo, se considerarmos a obra *Faktizität und Geltung* de Jürgen Habermas.

É importante notar que esses direitos, reconhecidos como direitos do homem ou humanos, historicamente vêm cumprindo um papel de salvaguarda da pessoa humana ou do sujeito de direito, no que diz respeito ao relacionamento com o poder soberano. Note-se que os chamados direitos de primeira geração ou dimensão podem ser caracterizados como as liberdades públicas subjetivas de conteúdo negativo dos primórdios do Estado de Direito, com nítida característica de limitação do poder soberano.

Esses direitos, intimamente vinculados à pretensão democrática dos Estados nacionais do ocidente, ao tomar a forma histórica, são positivados nos ordenamentos jurídicos



dos Estados de Direito e vinculam-se “inicialmente nas constituições brotadas dos movimentos revolucionários inspirados no ideário filosófico da Luzes, no final do século XVIII” (GIACOIA JUNIOR, 2008, p. 269). Sobre isso, atestam-no as declarações da Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da constituinte francesa de 1789 (GIACOIA JUNIOR, 2008, p. 269).

São essas declarações e os desdobramentos da positivação de tais direitos que serão objeto de análise de Agamben. Não obstante, o elenco desses direitos se modifica, “e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc” (BOBBIO, 2004, p.38).

Dessa forma, retomando a passagem da situação política do homem de súdito a cidadão, com o deslocamento da soberania da figura do príncipe como *legibus solutus* para a autolegislação da soberania popular, verifica-se não só a eclosão da figura do sujeito de direito, mas, também, o surgimento de um verdadeiro, parafraseando Arendt, “direito a ter direitos”, que está vincula à ideia de cidadania.

Nesse horizonte de perspectiva é que o constitucionalismo moderno começa, então, a reconhecer as gerações ou dimensões de direitos, e, em apertada síntese, os primeiros estão ligados aos direitos de liberdade com tendência a limitar o poder soberano, caracterizando-se como direitos civis, marcados por uma propriedade negativa de defesa do indivíduo em relação ao poder soberano; e políticos, e aqui a ideia dos direitos passa também a considerar uma perspectiva positiva que será representada pela possibilidade de participação e reivindicação política (autonomia). Posteriormente, em virtude da Revolução Industrial e das reivindicações ligadas às correntes teóricas do socialismo, há o reconhecimento de direitos sociais (econômicos e culturais), expressando exigências sociais novas como a do bem-estar, por exemplo, com esses direitos pertencendo à segunda geração ou dimensão. Por fim, os direitos coletivos ou de titularidade difusa, que se desvinculam do indivíduo enquanto sujeito de direito passando a proteção de grupos ou coletividades humanas.

O argumento de Agamben parte das reflexões de Arendt, contudo, também se aproxima das meditações do jovem Marx a respeito da Questão Judaica. Nesse texto em que Marx polemiza com Bruno Bauer, sua pretensão é explicar o caráter ideológico das declarações de direitos. Para Marx pensar a política e as relações sociais por meio da forma direito (jurídica) irá acarretar a constituição do Estado político e o desmembramento da

sociedade em indivíduos com interesses egoísticos e privados; tal diagnóstico também dá ensejo a uma distinção entre o homem (enquanto membro da sociedade burguesa, indivíduo, egoísta) e o cidadão (como homem político, artificial, moral) (MARX, 1991, p. 50). A respeito dessa distinção, vejamos as palavras de Marx (1991, p. 50-51):

[...] Finalmente, o homem enquanto membro da sociedade burguesa, é considerado como o verdadeiro homem, como *homme*, distinto do *citoyen* por se tratar do homem em sua existência sensível e individual-imediata, ao passo que o homem político é apenas o homem abstrato, artificial, alegórico, moral. O homem real só é reconhecido sob a forma do indivíduo egoísta; o homem verdadeiro, somente sob a forma do *citoyen* abstrato.

Ao que parece Marx foi o pioneiro em analisar criticamente o texto da Declaração de direitos do Homem e do Cidadão e apontar, por meio de sua análise das relações existentes na sociedade civil burguesa, o que, de fato, poderia significar a existência do conectivo “e”, ou seja, do homem “e” do cidadão, o que poderia representar (tanto para Marx quanto para Agamben) uma ambiguidade existente nos textos das declarações, uma vez que estas últimas mascaram uma relação de dominação, a saber: os direitos humanos seriam, portanto, a expressão mais bem acabada da dominação burguesa, a demonstração simbólica do princípio dos egoísmos privados e utilitaristas.

Ao pensar a emancipação política, de um lado como a redução do homem a integrante da sociedade burguesa dos interesses egoístas e privados, e, por outro lado, o “cidadão do Estado” como a pessoa moral (MARX, 1991, p. 51), de acordo com Oswaldo Giacoia Junior (2008, p. 277), Marx pretende comprovar que, “nessas condições, os direitos do homem, contrapostos aos do cidadão, fariam parte do dispositivo jurídico que, ao mesmo tempo, legitima e acoberta as relações de dominação sob a capa da igualdade formal de todos perante a lei universal”.

Conforme Oswaldo Giacoia Junior (2014, p. 281):

No interior desses marcos teóricos, os direitos humanos formais seriam a expressão simbólica e jurídica do domínio econômico e da hegemonia política da burguesia, a tradução legal do princípio dominante da sociedade: o princípio dos egoísmos privados, dos conflitos de interesses entre pessoas singulares ou grupos organizados e a persecução utilitária de vantagens econômicas particulares. Desse modo, a sociedade civil burguesa seria o *locus* do homem natural, egoísta, ligado à esfera da necessidade e da sobrevivência, antítese do homem livre, do cidadão, que representaria o universal humano em contraposição ao particular.

Apresenta-se possível a verificação da atuação de uma ideologia constitucional, em termos marxianos, uma falsa representação do real. O indivíduo é levado a pensar que a relação política contingente existente na sociedade civil vai ser agora realizada de maneira

tranquíla, entre pessoas livres e iguais; liberdade e igualdade essas compreendidas como atributos dos proprietários mercantis, cujo duplo jurídico é o sujeito de direito. De tal modo, a ideologia e o discurso do constitucionalismo apresentam a liberdade e a igualdade como garantidas por uma norma jurídica, “o que as declarações de direitos do homem, em sua eloquência, não nos deixam esquecer” (NAVES, 1996, p. 167), todavia, o que se garante em realidade é a forma das relações de troca mercantis no sistema capitalista de produção, circulação e consumo de bens, dessa maneira, a forma jurídica atua como dispositivo que assegura o desenvolvimento dessas relações e, juntamente com o Estado, “representam a expressão mitológica da alienação, reificação e fetichização das relações humanas” (GIACIOIA JUNIOR, 2014, p. 279-280).

Para Márcio Bilharinho Naves (1996, p. 167-168):

A exaltação dos direitos, a inscrição solene e definitiva da liberdade e da igualdade no corpo do texto, funcionam, na verdade, como um obstáculo à compreensão dos mecanismos de funcionamento da sociedade burguesa. O “deslocamento” da liberdade e da igualdade para a esfera do político e do jurídico “apaga” a memória de sua íntima e indissolúvel relação com o processo de trocas mercantis, permitindo assim que uma operação de compra e venda apareça, na superfície, como o momento mais elevado da realização dessa liberdade e dessa igualdade.

Assim, podemos dizer que o efeito ideológico da Constituição reside menos naquilo que o seu texto expressa, do que naquilo que ele silencia. Os silêncios do texto constitucional formam um outro discurso, sem brilho, mas que nas sombras em que submerge nos dá a inteligência do discurso oficial. Ao preencher esses vazios que falam, remetemos o direito ao seu lugar de origem, a circulação mercantil, e com isso apreendemos a natureza burguesa do direito constitucional. De fato, ao transformar uma operação comercial de compra e venda em manifestação da liberdade e da igualdade humanas, a ideologia constitucional assegura a eficácia da circulação capitalista, ao mesmo tempo em que obscurece a natureza real dessa transação.

A ideologia constitucional se consolida na ideia de que os cidadãos participam em iguais condições de liberdade na esfera pública política, o que elimina as condições da ação política conflitiva. A esfera da política fica limitada à representação institucional parlamentar por meio do sufrágio, transferindo-se o conflito político da luta de classes para a discussão intra parlamentar, o que neutraliza a política e, especialmente, qualquer tipo de discurso combativo ou revolucionário (NAVES, 1996).

Conforme Márcio Naves (1996, p. 167-168):

Se quisermos, portanto, decifrar o enigma da Constituição burguesa, é necessário

abandonar o cenário imponente das declarações de direito e o brilho de suas luzes, para ingressar em um outro terreno, do qual nos falam os espaços vazios do texto constitucional, e onde o direito aparece, afinal, sem as suas vestes sacerdotais: a esfera da circulação.

O diagnóstico supra pode ser compartilhado por Agamben, no entanto, não apenas no que se refere à esfera da circulação, mas, muito especialmente, aos espaços vazios de normatividade que se referem ao estado de exceção. Pensar uma crítica das declarações de direitos a partir da exceção é uma tentativa de meditar sobre aquilo que se esconde na forma jurídica, é verificar um silêncio da forma direito no que diz respeito à captura da vida e sua exclusão, o dar forma legal àquilo que não poderia ter forma jurídica.

A proposta de Norberto Bobbio a respeito da necessidade de uma aplicação prática das declarações, de uma defesa ou reconhecimento real dos direitos se dá em virtude de alguns fenômenos ocorridos no século XX, em especial à barbárie das duas guerras mundiais e dos campos de extermínio. Vale ponderar que a abordagem de Hannah Arendt, em sua reflexão sobre o totalitarismo, vincula o destino dos direitos do homem ao futuro do Estado-nação, que, certamente, entra em crise, muito por tais eventos ocorridos em solo europeu<sup>11</sup>, o que colocou diante das democracias e Estados de direito liberais do ocidente a figura do “homem de direitos”, a figura das minorias, dos apátridas, dos refugiados, de sujeitos desnacionalizados; o reconhecimento de direitos se apresenta novamente condicionado ao reconhecimento da cidadania.

Conforme Hannah Arendt (1979, p. 348):

Antes que a política totalitária conscientemente atacasse e destruísse a própria estrutura da civilização européia, a explosão de 1914 e as suas graves conseqüências de instabilidade haviam destruído a fachada do sistema político – o bastante para deixar à mostra o seu esqueleto. Ficou visível o sofrimento de um número cada vez maior de grupos de pessoas às quais, subitamente, já não se aplicavam as regras do mundo que as rodeava. Era precisamente a aparente estabilidade do mundo exterior que levava cada grupo expulso das suas fronteiras, antes protectoras, parecer uma infeliz excepção a uma regra sadia e normal, e que, ao mesmo tempo, inspirava igual cinismo tanto às vítimas como aos observadores de um destino aparentemente injusto e anormal.

Diante do que restou dito até aqui, resta visível que no campo da decisão soberana se encontram presentes as vidas dos cidadãos, oportunidade em que garantias e competências são fixadas, reconhecem-se os direitos civis e políticos decorrentes da positivação constitucional

---

11 Não se quer com isso dizer que apenas os eventos bélicos e demais conflitos ocorridos em Europa expõe a figura do homem de direitos. Outros momentos semelhantes anteriores as guerras planetárias para os povos da América central e latina – quando dos processos de colonização, com Hernan Cortez, por exemplo -, apresentam-se como verdadeiros genocídios; e posteriores ao armistício de 1945, também colocaram em cheque a figura do sujeito de direitos universal, como no caso do confronto ocorrido em Ruanda, na África, em idos dos anos 1990 do século XX, cujo julgamento dos participantes vêm ocorrendo.

das liberdades públicas em virtude do pertencimento ao Estado-nação (nascimento/nação). Esses direitos, que decorrem do reconhecimento/pertencimento, são exatamente aqueles que serão atingidos pela decisão soberana, e suspensos quando do aparecimento de uma situação considerada limite pelo poder político, serão suspensos quando estiverem configuradas as situações de anormalidade, emergência ou exceção. Desse modo, a decisão sobre a exceção é que reconhece e cria um espaço vazio de normatividade, onde a norma se aplica por desaplicação, espaço anomico em que surge a figura do homo sacer, ou se preferirmos nos manter nas pistas literárias de Maria de França, os bosques no qual o soberano encontra o homem-lobo; um espaço onde “tudo é possível”, um ambiente biopolítico em que a vida se encontra exposta a toda espécie de violência e a morte. Essa condição não é um dado ou fato do passado, conforme adverte Agamben, referindo-se aos campos de concentração e extermínio nazi, mas se reproduz em todo e qualquer lugar em que a essa estrutura jurídico-política se fizer presente, oportunidade em que estaremos diante da zona anômala da exceção.

No projeto *Homo Sacer*, conforme mencionado, Agamben se vale das reflexões de Foucault no que diz respeito ao biopoder e se aproxima dos trilhos abertos por Hannah Arendt quanto ao totalitarismo. Mesmo podendo se reconhecer um potencial crítico e reflexivo a respeito do estado de exceção em Marx, com sua caracterização de que jamais saímos do estado de natureza, ou mesmo no marxismo, com o diagnóstico benjaminiano do estado de exceção como regra, Agamben recorre ao conceito de exceção de Carl Schmitt, talvez por Schmitt partir de uma análise da estrutura de ordenação do espaço político na sociedade capitalista, destacando o espaço de vigência do *Nomos* soberano, dando ênfase ao caráter territorial, ou seja, a tomada da terra (*Landnahme*), mas, também, a ordenação jurídica (*Ordnung*) do território (*Ortung*), trinômio que se opera pela nacionalidade (nascimento/nação).

Dessa maneira, toda ordenação no *Jus publicum* europeu há de conservar a tomada da terra como sua característica fundamental, seu *nomos* por excelência, a garantia da estrutura espacial e a unidade da ordenação e do assentamento (SCHMITT, 2005, p. 186). Verifica-se do diagnóstico schmittiano que o direito público europeu se constrói em uma perspectiva que pretende legitimar a estrutura do Estado-nação a partir de uma organização jurídica da política nos termos de território (*Territorium*), ordenamento (*Ordnung*) e nascimento (*Geburt*), o que nos coloca diante dos elementos fundamentais para o reconhecimento do Estado-nação moderno. Esse último para Schmitt é o substituto do Papa -

que ordenava as cruzadas como a decisão para a tomada e posse da terra de povos não cristãos - e, além disso, o *jus publicum* europeu, apresenta-se como um discurso jurídico que se pretende legitimador da tomada da terra, especialmente no “novo mundo” por meio do “descobrimento” e ocupação, garantindo as posses coloniais das potências européias por títulos jurídicos legais (SCHMITT, 2005, p. 116-119), se preferirmos os termos literários de Maria de França, a tomada dos bosques e a captura do mundo ferino pelo soberano.

Conforme já mencionado linhas atrás, ao se considerar a reflexão de Arendt, o destino dos direitos humanos e fundamentais está atrelado à sorte do Estado-nação, que no século XX teve suas estruturas abaladas por duas guerras planetárias que colocaram em colapso todo esse sistema de pensamento jurídico-político. Após o término da Segunda Guerra Mundial, surge, então, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), na tentativa de consolidar o reconhecimento e, mais do que isso, a defesa e o respeito por parte dos Estados desses direitos, o que, para Bobbio, caracteriza uma terceira fase da era dos direitos. Sua afirmação deve se dar de forma universal e os destinatários dos direitos não são mais os cidadãos de um Estado, mas, sim, os homens no sentido de sua efetiva proteção, até mesmo em face dos Estados (BOBBIO, 2004, p. 49-50).

Ocorre que, Agamben, ao partir das reflexões de Arendt, destaca que em nossos dias, é possível verificar que a pretensão (ou necessidade nos termos de Bobbio) de efetiva proteção dos direitos do homem não parece ter conseguido êxito. Agamben compreende que um dos paradoxos que demonstram a insuficiência dos direitos do homem ou dos direitos humanos, apresentado por Arendt e que permanece atual, é o da figura do refugiado, pois “deveria encarnar por excelência o homem dos direitos, [mas] assinala em vez disso a crise radical deste conceito” (AGAMBEN, 2007a, p. 133).

A proposta crítica de Agamben pretende refletir e manter vivo o problema do homem de direitos. Nas palavras de Agamben (2008, p. 90):

Convém refletir no sentido dessa análise que, hoje, cinquenta anos distante, não perdera nada de sua atualidade. Não apenas o problema se apresenta na Europa e fora dela com igual urgência, mas, no declínio do Estado-Nação, atualmente impossível de deter, e na corrosão geral das categorias jurídico-políticas tradicionais, o refugiado é, talvez, a única figura do povo pensável em nosso tempo e, ao menos até nos aproximarmos da complementação do processo de dissolução do Estado-Nação e de sua soberania, a única categoria na qual, hoje, consentimos vislumbrar as formas e limites de uma comunidade política que vem. É possível, assim, que se quisermos estar à altura do trabalho absolutamente novo que temos à frente, devemos decidir abandonar sem reserva os conceitos fundamentais com que até então representamos os sujeitos do político (o homem e o cidadão com seus direitos, mas também o povo soberano, os trabalhadores etc.) e reconstruir nossa filosofia política a partir dessa única figura.

Para o filósofo italiano, permanece atual a vinculação crítica feita por Hannah Arendt do destino dos direitos humanos ao conceito de cidadania, o reconhecimento da inalienabilidade e da sacralidade de direitos que são inerentes a todo e qualquer homem, levando em consideração apenas a sua natureza humana, em realidade, acompanham os destinos da cidadania do sujeito de direito; dependem de seu pertencimento ao corpo político do Estado-nação.

Assim, para Agamben (2007a, p. 133):

[...] 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. Isto está implícito, se refletimos bem, na ambigüidade do próprio título da declaração de 1789: *Déclaration des droits de l'homme et Du citoyen*, onde não está claro se os dois termos denominam duas realidades autônomas ou formam em vez disso um sistema unitário, no qual o primeiro já está desde o início contido e oculto no segundo; e, nesse caso, que tipo de relações existe entre eles.

De tal modo, parece que Agamben pretende pensar o caráter ambíguo das declarações de direitos e, porque não dizer, demonstrar a marca de dualidade ou ambiguidade da própria forma jurídica<sup>12</sup>. Agamben propõe uma análise crítica das declarações de direitos como forma de uma melhor compreensão de seu significado histórico e em suas palavras:

[...] é chegado o momento de cessar de ver as declarações de direitos como proclamações gratuitas de valores eternos metajurídicos, que tendem (na verdade sem muito sucesso) a vincular o legislador ao respeito pelos princípios éticos eternos, para então considerá-las de acordo com aquela que é a sua função histórica real na formação do moderno Estado-nação. As declarações dos direitos representam aquela figura original da inscrição da vida natural na ordem jurídico-política do Estado-nação (AGAMBEN, 2007, p. 134).

Se um dos objetivos de Agamben, como mencionado no início de *Homo Sacer I*: O poder soberano e a vida nua, era fazer dialogar as análises de Hannah Arendt e Foucault, nesse momento, o filósofo italiano está aproximando o pensamento destes dois poderosos precursores, então, por meio do conceito de vida nua Agamben articula as reflexões de Arendt ao pensamento de Foucault, ao compreender as declarações de direitos como dispositivo jurídico de captura da vida natural, de tal forma que esta última não era significativa para a política na antiguidade (AGAMBEN, 2007a, p. 134), tornando-se, agora,

---

12 Para Daniel Nascimento (2012, p. 186): “Tanto Giorgio Agamben quanto Karl Marx concebem uma relação funcional entre os caracteres de homem e cidadão. Para o filósofo italiano é especialmente relevante o fato que o homem somente se torne um homem se for cidadão. Para o filósofo alemão, que a cidadania seja um simples meio para a realização dos direitos do homem, não fundado no simples fato de ser humano ou na vida natural, mas na circunstância de ser integrante da sociedade burguesa. Aparecem aqui os traços da simbiose entre homem e cidadão, nascimento e nação. Por qualquer ângulo que se aproxime, sobressai uma relação de instrumentalização”.

uma categoria política por meio da forma jurídica dos direitos humanos.

Agamben (2007a, p. 134) destaca que:

[...] Aquela vida nua natural que, no antigo regime, era politicamente indiferente e pertencia, como fruto da criação, a Deus, e no mundo clássico era (ao menos em aparência) claramente distinta como *zoé* da vida política (*bíos*), entra agora em primeiro plano na estrutura do Estado e torna-se aliás o fundamento terreno de sua legitimidade e da sua soberania.

Ao analisar o texto da declaração de 1789, Agamben argumenta que o princípio de natividade como surgimento do sujeito de direito demonstra sua hipótese de inscrição da vida nua na ordem político-jurídica do Estado, e o fato do nascimento como pressuposto do sujeito portador de direitos demonstra o deslocamento da soberania para a figura do indivíduo, portanto, “a vida nua natural que, inaugurando a biopolítica da modernidade, é assim posta à base do ordenamento, dissipando-se imediatamente na figura do cidadão, no qual os direitos são conservados” (AGAMBEN, 2007a, p. 134).

De tal maneira, a declaração de 1789 atribui a soberania à nação, na medida em que reconhece o sujeito de direito, a partir do princípio de natividade e de pertencimento ao corpo político do Estado-nação, dessa maneira, a ideia de soberania aqui vai se ligar à questão da autonomia e da autolegislação, ou, ainda, ao conceito de soberania popular; logo, “a nação, que etimologicamente deriva de *nascere*, fecha assim o círculo aberto pelo nascimento do homem” (AGAMBEN, 2007a, p. 135).

De acordo com Agamben (2007a, p. 135):

As declarações de direitos devem então ser vistas como o local em que se efetua a passagem da soberania régia de origem divina à soberania nacional. Elas asseguram a exceptio da vida na nova ordem estatal que deverá suceder à derrocada do ancien regime. Que, através delas, o “súdito” se transforme, como foi observado, em “cidadão”, significa que o nascimento – isto é, a vida nua natural como tal – torna-se aqui pela primeira vez (com uma transformação cujas consequências biopolíticas somente hoje podemos começar a mensurar) o portador imediato da soberania.

Conforme já mencionado, é considerável que esta crítica não quer, de maneira alguma, negar o caráter de resistência ao arbítrio dos direitos humanos ou fundamentais, contudo, pretende expor o elemento biopolítico existente nas declarações. Aspira demonstrar o caráter dual da forma jurídica, na medida em que as declarações de direitos não representam apenas conquistas dos cidadãos, no que diz respeito à limitação do poder estatal, como quer o constitucionalismo liberal, mas, também, podem significar a inscrição da vida nua nos cálculos e nas estratégias de gestão do biopoder. Importa lembrar que Agamben coloca na origem do poder político não um contrato, mas a ideia de exceção, portanto, não há um



contrato externo à relação natural, a passagem para o estado civil ou Estado de Direito se faz por meio da decisão soberana que estabelece a normalidade (poder-violência constituinte). Portanto, é possível ao filósofo italiano reconhecer tanto o direito (forma jurídica) quanto à política como mecanismos de controle da vida humana.

Agamben irá vincular seu argumento a respeito do princípio de natividade aos critérios que, desde Roma e do direito romano até a atualidade do direito internacional público, servem para determinar a cidadania, e que inscrevem a vida no ordenamento estatal (AGAMBEN, 2007, p. 136), quais sejam: o *ius soli* (nascimento em determinado território) e o *ius sanguinis* (a cidadania determinada pela nacionalidade dos genitores), a fim de demonstrar que, após a Revolução Francesa, estes critérios que nada significavam no antigo regime passam a determinar a cidadania do sujeito e seus direitos (AGAMBEN, 2007a, p. 136).

Se levarmos em consideração a lógica da soberania exposta por Agamben que atua como o dispositivo da exceção soberana no sentido de operar como uma exclusão includente (perspectiva da decisão soberana sobre o ordenamento) ou de uma inclusão excludente, nesse último aspecto pode-se verificar a objeção de Agamben a qualquer forma de tentativa de reconstrução do discurso dos direitos humanos por meio de uma pretensão universalizante da forma da lei. Podemos, sem nenhuma arbitrariedade, colocar Agamben em resistência a propostas como a de Habermas, na medida em que as reivindicações de reconhecimento de direitos feitas por minorias - por exemplo, no caso da polêmica de Habermas com Taylor, a respeito dos francófonos (HABERMAS, 2003) -, conseguiram apenas inscrever, por outra via, ao que parece a do reconhecimento, a vida humana na ordem (bio)político-jurídica do Estado e do mercado, marcada pela racionalidade instrumental, uma vez que a pretensão será a de regulamentação jurídica da ação política tematizada no contexto do mundo da vida.

Por fim, de acordo com Oswaldo Giacoia Junior (2006, p. 97), “nesse sentido, aquilo que talvez falte no debate atual sobre direitos humanos e fundamentais seja precisamente uma consciência mais apurada no tocante a essa relação entre direito, soberania e estado de exceção”. Como já mencionado, Agamben investe contra o caráter dual da forma jurídica pretendendo demonstrar o lado oculto de sua relevância histórica, a saber: a partir da noção de estado de exceção, compreender a forma jurídica das declarações também como um dispositivo de abandono da vida humana para otimizar a pretensão estratégica do Estado e do

mercado de controle sobre a vida nua.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As pretensões do presente trabalho se lançaram no caminho de constituir uma reflexão acerca da ideia de direitos ou o que significa ser possuidor de direitos universalmente reconhecidos. Para tanto, seguindo as pistas do pensamento de Giorgio Agamben foi necessário revisitar o pensamento político-jurídico da antiguidade romana, muito especialmente a fim de posteriormente se refletir, em um primeiro momento do texto, acerca do famoso dito hobbesiano do *homo homini lúpus*, com o objetivo de verificar qual a implicação para a teoria dos direitos ao atribuir aos homens uma imagem ferina. Nesse contexto, mostrou-se interessante observar o *lai* de Maria de França sobre o *Bisclavret* (homem-lobo). A partir da narrativa da poetisa medieval, apresenta-se possível verificar que ao contrário de uma interpretação bastante sedimentada – e a nosso ver equivocada –, não há uma maldade inscrita na natureza humana, mas, sim, a potência de uma má ação precisa do espaço em que relações se estabeleçam a partir das paixões negativas (o medo, a glória e a cobiça por exemplo) para passar ao ato, o que em Hobbes é apresentado como o estado de natureza.

Ao se aproximar da ideia de pertencimento e cidadania – presente tanto no mundo antigo como em nossos dias-, torna-se razoável uma abordagem do sujeito de direitos. Dessa maneira, em um momento do trabalho a análise recaiu sobre o momento jurídico de constituição da pessoa na modernidade, assim, o conceito de *persona* é importante para evidenciar a relação político-jurídica que se estabelece entre soberania e vida na aurora da modernidade política, afinidade que se constrói via a forma jurídica da política moderna, que pode ser entendida como o duplo das relações sociais e de produção que materializam a forma do direito na figura do contrato.

Por derradeiro, a fim de se pensar criticamente acerca dos direitos humanos universais, aproximou-se a reflexão de Giorgio Agamben que não tem por objetivo apenas analisar os discursos de justificação ou de aplicação dos direitos, ou ainda uma possível tensão interna entre direitos humanos e soberania popular, mas a sua preocupação se encontra centrada na relação do poder soberano com a vida, aproximação esta que parece se articular por meio da ideia de direitos humanos, uma vez que, segundo seu entendimento estes direitos funcionam como dispositivos que levam os cidadãos a terem suas vidas colocadas no centro

do palco político e, por consequência, os viventes passam a ser inscritos nos cálculos estratégicos e gerenciamento das vidas, feito pelo Estado.

Torna-se possível com Agamben imaginar um estado de exceção na origem das relações políticas e de fundamentação do estado, cogitação que nos autoriza a buscar uma melhor concepção acerca do caráter dual da forma jurídica, de tal modo, o estado de normalidade (estado de direito) seria garantido por uma íntima afinidade com o estado de exceção. Dessa maneira, a partir da ideia de estado de exceção apresenta-se necessário pensar a respeito da possibilidade da retirada de direitos mediante decisão do poder soberano (abandono), significa dizer da exclusão da subjetividade jurídica de indivíduos que não se inserem no *modus operandi* da soberania, fazendo eclodir a vida nua que se mostra em espaços de exceção que tomam uma natureza espectral, implica dizer enquanto lugares de emergência da decisão soberana. Não obstante, tal perspectiva de análise não pretende negar o caráter de salvaguarda das liberdades existente nas declarações de direitos e na ideia dos direitos humanos universais, mas, sim, pensar como é possível o surgimento de uma vida matável e insacrificável como a do *homo sacer* em nossos dias. Portanto, a partir de um instituto retirado do direito romano - para significar uma vida contra a qual não se comete homicídio e que também não serve ao sacrifício ao divino -, pode nos ajudar a compreender que talvez sejam exatamente as vidas das figuras que colocam em cheque o sujeito de direitos moderno, a saber: a vida nua daqueles que vivem nos campos de refugiados espalhados por todo o planeta (africanos, palestinos e asiáticos, por exemplo) e que voltam à tona com os recentes acontecimentos em solo europeu; também aquela vida nua que emerge dos sombrios porões de prisões que servem de depósitos de corpos humanos no sistema carcerário dos Estados, e zonas urbanas periféricas de grandes cidades da periferia do capitalismo, como Gitarama (Ruanda); ou em estabelecimentos prisionais com mais características do campo como, por exemplo, Guantánamo e Abu-Ghraib; o que vivifica a memória de um poder político que se exerce sobre os corpos dos indivíduos sempre esteve aí, inclusive nas origens do moderno estado democrático de direito, evidenciando uma verdadeira politização da vida.

Assim, ao se considerar que a forma da lei procedimental trata-se de uma vigência sem significado, as pretensões universais de efetivação dos direitos humanos que partem do pressuposto de um procedimento vazio tendem, apenas, a servir, a partir da reflexão de Agamben sobre a exceção, como o dispositivo de captura e abandono da vida nua para

inscrevê-la dentro da racionalidade instrumental e das estratégias de poder mercantil e do Estado, o que também nos faria melhor compreender a possibilidade da passagem dos Estados Democráticos para a figura dos Estados totalitários do século XX, ou a possibilidade de existência de novas formas de totalitarismo ideologicamente camufladas nas estruturas democráticas pela forma jurídica com impactos na vida do homem de direitos.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo. 2004.
- \_\_\_\_\_. Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora da UFMG. 2007a.
- \_\_\_\_\_. Profanações. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo. 2007b.
- \_\_\_\_\_. Beyond human rights. In: Social Engineering, p. 90- 95. 2008.
- \_\_\_\_\_. O que é um dispositivo? In: O que é o contemporâneo? E outros ensaios. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó-SC: Argos editora da Unichapecó. 2009.
- \_\_\_\_\_. Estado de exceção e genealogia do poder. Trad. Daniel Arruda Nascimento. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, nº 108, p. 21-39. 2014.
- ARENDT, Hannah. O sistema totalitário. Trad. Roberto Raposo. Lisboa: Publicações Dom Quixote. 1978.
- \_\_\_\_\_. O que é autoridade? In: Entre o passado e o futuro. Trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva. 1972
- BENJAMIN, Walter. Crítica da violência – crítica do poder. In: Documentos de cultura, documentos de barbárie. São Paulo: Cultrix/USP, pp 160-175. 1986.
- \_\_\_\_\_. Para uma crítica da violência. In: Escritos sobre mito e linguagem. Org. Jeanne Maria Gagnebin. Trad. Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: editora 34.
- BOBBIO, Norberto. A crise da democracia e a lição dos clássicos. In: Arquivos do Ministério da Justiça, nº 170, p. 29-45. 1987.
- \_\_\_\_\_; MATTEUTI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 9ª Ed. Vol. 1. Trad. Carmen Varriale; Gaetano Lo Mônaco; João Ferreira; Luis Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília: editora UnB. 1997.
- \_\_\_\_\_. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.
- CARVALHO, Ligia Cristina. O amor cortês e os laís de Maria de França: um olhar

historiográfico. Dissertação de mestrado. Universidade Estadual Paulista – UNESP. 2009. Disponível na internet: [http://acervodigital.unesp.br/handle/unesp/173834?locale=pt\\_BR](http://acervodigital.unesp.br/handle/unesp/173834?locale=pt_BR). Acesso em 05 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. O elo bakhtiniano entre história e literatura: uma análise do lai “homem-lobo”. Disponível na internet: [http://www.congressohistoriajatai.org/anais2014/Link%20\(291\).pdf](http://www.congressohistoriajatai.org/anais2014/Link%20(291).pdf). Acesso em 05 de agosto de 2015.

CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. A teologia política de Hobbes. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimir Lombardo (Org). Curso de ciência política. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2011.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. História das idéias políticas. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1997.

CÍCERO, Marco Túlio. Da República. Trad. Amador de Cisneros. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural. 1973.

COLASANTI, Marina. Uma poesia que conta. In: FRANÇA, Maria de. Lais de Maria de França. Trad. Antonio L. Furtado. Rio de Janeiro: Petrópolis, Vozes. 2001.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. A cidade antiga. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: editora das Américas. 1961.

DAL RI JUNIOR, Arno; DAL RI, Luciene. Civis, hostis ac peregrinus – representações da condição do homem livre no ordo iuris da Roma Antiga. In: Pensar, Fortaleza, v. 18, nº 2, p. 328-353. 2013.

FRANÇA, Maria de. Lais de Maria de França. Trad. Antonio L. Furtado. Rio de Janeiro: Petrópolis, Vozes. 2001.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Reflexões sobre a guerra e a lei. In: Revista da faculdade de Direito da UFPR, V. 33, p. 109-119. 2000.

FOUCAULT, Michel. A história da sexualidade I: a vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhaon. Rio de Janeiro: Graal. 1977.

\_\_\_\_\_. Omnes et singulatim: por uma crítica da razão política. Trad: Heloísa Jahn. In: Novos estudos CEBRAP, v. 26, pp. 77-113. 1990.

\_\_\_\_\_. A verdade e as formas jurídicas. Trad: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio Janeiro: Nau Editora/PUC-RIO. 2002.

\_\_\_\_\_. Microfísica do poder. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal. 2010.

\_\_\_\_\_. Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

FURTADO, Antonio L. Aventuras de damas. In: FRANÇA, Maria de. Lais de Maria de França. Trad. Antonio L. Furtado. Rio de Janeiro: Petrópolis, Vozes. 2001.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Foucault. In: Em tempo. Marília, v. 6, p. 9-19. 2004.

\_\_\_\_\_. O discurso e o direito. In: Direito e discurso: discursos do direito. FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux. 2006.

\_\_\_\_\_. Notas sobre direito, violência e sacrifício. In: dois pontos, Curitiba, São Carlos, vol. 5, n. 2, pp. 33-47. 2008.

\_\_\_\_\_. Sobre direitos humanos na era da bio-política. In: Kriterion, Belo Horizonte, nº 118, pp. 267-308. 2008.

\_\_\_\_\_. Entre a regra e a exceção: fronteiras da racionalidade jurídica. In: Gramática dos direitos fundamentais. PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina (Orgs.). Rio de Janeiro: Campus jurídico. 2010.

\_\_\_\_\_. A vida nua e o sujeito de direito. In: Revista Cult, São Paulo: Bregantini, nº 180, p. 28-31. 2013.

\_\_\_\_\_. Violência e racionalidade jurídica: a potência dos meios. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, nº 108, p. 243-291. 2014.

\_\_\_\_\_. Michel Foucault e a coragem da verdade. In: Revista Cult, São Paulo: Bregantini, nº 202, p. 28-31. 2015a.

\_\_\_\_\_. Ética, direito e política em tempos de biopoder. In: GIACOIA JUNIOR, Oswaldo; RAMIRO, Caio Henrique Lopes; RICCI, Luiz Antonio Lopes (Orgs.). Responsabilidade e futuro: bioética, biopolítica, biopoder e os desafios para a reflexão e ação. São Paulo: LiberArs. 2015b.

GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

GRIMAL, Pierre. História de Roma. Trad. Maria Leonor Loureiro. São Paulo: editora UNESP. 2011.

HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade. Trad. Ana Maria Bernardo e outros. Lisboa: Publicações Dom Quixote. 1990.

\_\_\_\_\_. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1991.

HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural. 1974.

MARX, Karl. El capital: crítica de la economía política. Vol. 1. Trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica. 1958.

\_\_\_\_\_. A questão judaica. São Paulo: Editora Moraes. 1991.

MATOS, Andytias Soares de Moura Costa. O estoicismo imperial como momento da ideia de justiça: universalismo, liberdade e igualdade no discurso da Stoá em Roma. Tese de doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais. 2009. Disponível na internet: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/679/browse?value=Andityas+Soares+de+Moura+Costa+Matos&type=author>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2015.

\_\_\_\_\_. Nómo Pantokrator? Apocalipse, exceção, violência. In Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 105, p. 277-342, 2012.

\_\_\_\_\_. Do radicalismo igualitário grego ao universalismo conservador romano: a construção da ideia de república no estoicismo. In: Archai, nº 9, p. 45-60. 2012.

\_\_\_\_\_. O pórtico e o fórum: diálogos e confluências entre o estoicismo e o direito romano clássico. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 98, p. 295-336, 2008.

MOMMSEN, Theodor. História de Roma. Trad. Antonio Olinto. Rio de Janeiro: Ópera Mundi. 1971.

NASCIMENTO, Daniel Arruda. Do fim da experiência ao fim do jurídico: percurso de Giorgio Agamben. São Paulo: LiberArs. 2012.

NAVES, Márcio Bilharinho. Reforma constitucional e ideologia jurídica. In: Revista sociologia e política, nº 1, p. 51-56. 1993.

\_\_\_\_\_. Os silêncios da ideologia constitucional. In: Revista sociologia e política, nº 6/7, p. 167-171. 1996.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. A teoria geral do direito e o marxismo. Trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: renovar. 1989.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Heurística do poder e perspectivas críticas ao Estado de Direito: uma leitura a partir de Walter Benjamin. In: Revista de Informação Legislativa, nº 198, p. 239-254. 2013.

\_\_\_\_\_. Hotel Ruanda: variações sobre direitos humanos, exceção e biopolítica. In: GIACOIA JUNIOR, Oswaldo; RAMIRO, Caio Henrique Lopes; RICCI, Luiz Antonio Lopes (Orgs.). Responsabilidade e futuro: bioética, biopolítica, biopoder e os desafios para a reflexão e ação. São Paulo: LiberArs. 2015.

SCHIERA, Pierangelo. Absolutismo. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Trad. Carmen C. Varriale (et. all.) 9ª Ed. Vol. 1. Brasília: editora Universidade de Brasília. 1997.

SCHMITT, Carl. La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Trad. José Díaz Garcia. Madrid: Revista de Occidente. 1968.

\_\_\_\_\_. I tre tipi di pensiero giuridico. In: Le categorie del 'politico': saggi di teoria politica. Trad. Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera. Bologna: Società editrice il Mulino. 1972.

\_\_\_\_\_. O conceito do político. Trad. Alvaro L.M. Valls. São Paulo: Vozes. 1992.

\_\_\_\_\_. Teologia Política. Trad. Inês Lohbauer. In: A crise da democracia parlamentar. São Paulo: Scritta. 1996.

\_\_\_\_\_. El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Jus publicum europaeum. Buenos Aires: editorial Struhart & Cía. 2005.



# O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E A POSSIBILIDADE DE UMA POSTERIOR DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE

Irene DORNELLES<sup>1</sup>

João Sullivan Silva da LUZ<sup>2</sup>

## RESUMO

As famílias têm optado pela realização de um planejamento sucessório, para evitar conflitos entre herdeiros após a morte do titular da herança, além de buscar diminuir, consideravelmente, os tributos e tempo de tramitação, que são características próprias dos processos de inventário e partilha. Porém, em se tratando de relacionamentos baseados na emoção e solidariedade é inevitável o surgimento de situações de indignidade e ingratidão, anteriores ou posteriores à realização da sucessão legítima ou testamentária. Neste artigo, procurar-se-á, por meio de pesquisas doutrinárias e análises legislativas, solucionar algumas questões inerentes à possibilidade de surgimento de uma declaração de indignidade nas modalidades de partilha em vida, adiantamento de legítima, testamento, dentre outras, que conferem ao herdeiro a posse imediata, ou pelo menos certa, dos bens pertencentes ao titular da herança.

**PALAVRAS-CHAVE:** Indignidade, planejamento sucessório, partilha antecipada, adiantamento de legítima.

## ABSTRACT

Families have opted for the realization of a succession planning, to avoid conflicts between the heirs, when the death of the holder heritage, and seek to decrease considerably the taxes and processing time, which are characteristics of inventory processes and sharing. But when it comes to relationships based on emotion and solidarity, it is inevitable that may arise situations of unworthiness and ingratitude, before or after the completion of the legal or testamentary succession. This article is going through doctrinal research and legislative analysis, to solve some issues related to the possible emergence of a declaration of unworthiness in the arrangements of the partition in life, advance legitimate, testament and others, that give the heir immediate possession, or at least accurate of goods belonging to the proprietor of the estate.

**KEY-WORDS:** Unworthiness, succession planning, early partition, legitimately advance.

## INTRODUÇÃO

Após anos de limbo jurídico sob o jugo do autoritarismo, em 1988 um novo sistema constitucional de garantia de direitos surgiu. Do direito mais básico e indisponível ao mais complexo e disponível, a nova positivação catalogou e impôs o respeito aos elementos caracterizadores de uma sociedade justa e segura. Entre esses elementos protegidos, encontra-

1 Atualmente é estagiária do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito.

2 Possui graduação em Direito pela Faculdade Jaguaraíva.

se um de suma importância: o direito de herança.

Previsto no artigo 5.º, XXX, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) o direito de herança é classificado como fundamental.

Todavia, ele nem sempre é efetivado de forma pacífica num mesmo contexto. Embora a legislação infraconstitucional disponha extenso rol de possibilidades para regulá-lo e, assim, garantir a igualdade no recebimento da herança, as disputas entre herdeiros permanecem e fazem com que, principalmente os detentores de grande acervo de bens, busquem meios para solucionar a questão, sendo mais comum o planejamento sucessório.

Ocorre que mesmo planejando a sucessão e partilhando o patrimônio em vida, podem sobrevir atos de ingratidão dos beneficiados. Como nenhum direito é absoluto, o direito de herança poderá ser suprimido, desde que comprovada justa causa. No caso, a lei dispõe da chamada declaração de indignidade, promovida após procedimento específico com contraditório assegurado.

A declaração de indignidade, porém, foi concebida para a sucessão comum, post mortem. Logo, não há clareza legal para sua aplicação depois de realizado o planejamento sucessório.

O presente artigo, sem esgotar a matéria, demonstrará como a declaração de indignidade se adéqua ao planejamento sucessório em suas modalidades mais comuns e o que ocorre com os bens do considerado indigno.

Com metodologia voltada a consulta de doutrina e legislação especializada, será discorrido sobre o planejamento sucessório e suas modalidades, sobre o instituto da indignidade com seus efeitos e sujeitos, para, ao final, demonstrar a adequação do instituto a sucessão já realizada em vida pelo autor da herança.

## **PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO**

É notório o desgaste enfrentado pelos participantes de um processo de inventário, principalmente quando os herdeiros, diante de um grande acervo de bens, divergem sobre a partilha, tornando-o moroso, caro e emocionalmente cansativo.

Inobstante, quando se fala em sucessão, o medo da insegurança jurídica é uma constante. Sem prejuízo da doutrina, grande é a controvérsia jurisprudencial sobre diversos pontos ligados ao tema. Segundo Dias (2013, p. 301), “ninguém mais se entende” diante de “decisões judiciais para todos os gostos”.

Acrescente-se a essa guerra exegética as discrepâncias da legislação pátria sobre a divisão do patrimônio do de cujus. Exemplo é o tratamento diferenciado dado pela lei civil a companheiros e cônjuges na sucessão, na qual o último acaba recebendo maiores vantagens<sup>3</sup>, a despeito de união estável e casamento estarem no mesmo patamar social e jurídico de entidade familiar<sup>4</sup>.

Por esses e outros motivos muitos têm optado pelo planejamento sucessório, o qual poder ser realizado por qualquer pessoa que tenha bens e sucessores, independente da quantidade.

Para Farias e Rosenvald (2016, p. 78):

[...] afigura-se o planejamento sucessório como uma providência preventiva, permitindo ao titular do patrimônio definir, ainda vivo, o modo como deve se concretizar a transmissão dos bens aos sucessores, respeitado o limite da legítima, caso existam herdeiros necessários, com vistas a precaver conflitos, cujos reflexos deletérios podem ocasionar, até mesmo, a perda ou deterioração de bens de pessoas jurídicas.

Adiante ver-se-á as formas de materializar o planejamento sucessório, desde a partilha em vida com seus adiantamentos, doações e disposições testamentárias, até a possibilidade de constituição de uma pessoa jurídica para gerir o patrimônio a ser transmitido.

## **PARTILHA EM VIDA**

Instrumento jurídico mais comum para efetivação do planejamento sucessório, a partilha em vida pode ser definida, lato sensu, como uma doação. É “feita por ascendente a descendentes, por ato inter vivos ou de última vontade, abrangendo os seus bens de forma total ou parcial” (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 488).

Dias (2013, p. 300) acrescenta que respeitada a reserva legal dos herdeiros necessários<sup>5</sup>, na partilha em vida o autor da herança pode, inclusive, destinar bens para “quem lhe aprouver”.

Quando realizada em forma de doação ou adiantamento, em regra o autor da herança permanece no usufruto dos bens, pois, sendo imediata a transferência da propriedade, não pode ele ficar sem condições mínimas de sobrevivência. Ocorrida a morte, encerra-se o usufruto e os donatários e contemplados com as legítimas passam ao exercício integral de seus direitos.

---

3 Artigos 1.790 e 1.829 da Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002, Código Civil.

4 Artigo 226, § 3.º, da Constituição Federal de 1988

5 Artigos 549 e 2.018 da Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002, Código Civil.

Registre-se que o titular da herança pode doar parte de seu patrimônio disponível aos herdeiros necessários, em que pese eles já tenham sua reserva legal. Contudo, diante do artigo 544 do Código Civil (BRASIL, 2002), ou seja, para que não caracterize adiantamento de legítima, imprescindível declaração expressa nesse sentido, o que Veloso<sup>6</sup> chama de dispensa de colação (2010, apud TARTUCE; SIMÃO, 2013, p. 472).

O mesmo não ocorre se a partilha é feita por testamento, forma, pela qual, seus efeitos ocorrem somente após o falecimento do testador (TARTUCE; SIMÃO, 2013).

Portanto, respeitados os limites legais, a partilha em vida é uma forma de o titular da herança planejar a sucessão com respeito integral a sua vontade, seja quanto às partes disponível e indisponível de seu patrimônio ou legitimidade de seus sucessores e legatários para o recebimento, o que, em tese, reduz o atrito entre os familiares, evitando o longo e desgastante procedimento de inventário.

## **Testamento**

Embora atualmente em desuso, o testamento é uma das formas mais conhecidas de partilha em vida.

Farias e Rosenvald (2016, p. 367) discorrem que embora “o Código Civil lhe tenha dedicado quase uma centena em meia de artigos (do art. 1.857 ao 1.990), a prática cotidiana revela que não é comum o uso de testamento pela população brasileira”, e justificam que “tratar da morte não é um assunto aceitável em uma sociedade que cultua somente a vida”.

Tartuce e Simão (2013, p. 289) definem esse instrumento como “um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável, pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou não, para depois de sua morte”.

Disposições não patrimoniais são, por exemplo: destinação do corpo para pesquisas científicas, reconhecimento de filhos, opção de tratamento escolhida caso o testador se encontre em estado terminal, escolha do tutor para os filhos ou a reabilitação de herdeiros considerados indignos, entre outras.

O artigo 1.857, § 2.º do Código Civil (BRASIL, 2002) valida o testamento ainda que ele se limite somente a disposições de caráter extrapatrimonial.

Saliente-se que existem diversas formas de testamento<sup>7</sup>. No entanto, para melhor

---

6 VELOSO, Zeno. Comentários ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 405.

7 Os testamentos se dividem em duas classes: ordinários e especiais. São ordinários o público, o cerrado e o particular, e especiais o marítimo, aeronáutico e militar, conforme artigos 1.862 e 1.886, ambos do Código Civil, (Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002).

didática e concisão, elas não serão explanadas, sob pena de desvio da finalidade do trabalho.

Para que as disposições sejam válidas, além de declaradas de forma livre, espontânea, clara e sem qualquer vício de consentimento (RIZZARDO, 2015), no caso das patrimoniais deverá ser observado a reserva legal dos herdeiros necessários. Segundo Tartuce e Simão (2013, p. 289), “caso o testamento abarque a legítima, poderemos estar diante de redução das disposições testamentárias ou de rompimento do testamento”.

Sem herdeiros necessários ou se tratando de parte disponível, pode o testador dispor do patrimônio da forma que desejar, podendo, inclusive, no último caso, acrescer o quinhão de algum herdeiro necessário<sup>8</sup>, destinar parte dos bens a pessoas jurídicas, fundações ou filhos de pessoas específicas, ainda que não concebidos<sup>9</sup>.

Para a validade do ato o testador deve estar em pleno discernimento, já podendo, nestes termos, os maiores de 16 anos realizá-lo, conforme artigo 1.860 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Também o testamento é um ato gratuito, “pois não existe vantagem para o autor da herança. Não se trata de um negócio jurídico oneroso, não havendo qualquer remuneração ou contraprestação para a aquisição dos bens” (TARTUCE; SIMÃO, 2013, p. 288).

Por fim, registre-se que não podem ser beneficiados com as disposições testamentárias os elencados no artigo 1.801 do Código Civil (BRASIL, 2002), quais sejam:

Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;

II - as testemunhas do testamento;

III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;

IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

Assim, infere-se que o testamento é uma forma de planejar a sucessão, por meio do qual o testador especificará, de acordo com as regras do Código Civil, o que deseja ser feito com seu patrimônio, para quem se destinará, além de outras questões pertinentes, as quais se consolidarão, porém, somente após sua morte.

### **Adiantamento de legítima**

“A legítima representa a parcela da herança que é de dedicada, forçosamente, aos

---

8 Conforme visto no item 3, “Partilha em vida”, eventual doação a herdeiro necessário deve conter declaração expressa nesse sentido, sob pena de, após a morte do testador, tal doação ter que vir a colação, para igualar a legítima dos demais herdeiros.

9 Artigo 1.799, I, do Código Civil (Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002).

herdeiros necessários, com clara mitigação da autonomia privada do titular do patrimônio”. (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 58)

Parte correspondente à metade do patrimônio, pode o autor da herança dispor, em vida, da legítima, desde, é claro, que para herdeiro necessário, e, diferentemente da disposição testamentária, ela surte efeito imediato.

Em razão da previsão contida no artigo 2.017 do Código Civil (BRASIL, 2002), ou seja, igualdade na partilha, a legítima, ou parte dela, recebida em vida, será descontada no momento da sucessão post mortem. Isso é o que se chama de colação, que para Farias e Rosenvald (2016, p. 571 a 572):

[...] é o ato pelo qual o descendente, cônjuge ou companheiro beneficiado pela transferência gratuita feita pelo de cujus, em vida, promove o retorno da coisa, ou de seu valor, excepcionalmente, ao monte partível, para garantir a igualdade dos quinhões entre os herdeiros necessários.

Registre-se que a colação é exigida somente se for feita disponibilização de parte indisponível a herdeiro necessário. Logo, qualquer outro que receber doações não precisa declara-lá no momento da sucessão, salvo se receber parte que atinja a legítima.

A parte doada aos ascendentes, desde que do monte disponível, também não precisa ser conferida no momento do inventário e, em relação ao cônjuge sobrevivente, há doutrinadores que entendem ser o caso de pessoa obrigada a colacionar (TARTUCE, 2012; VENOSA, 2008), e aqueles que defendem que somente será trazido à colação se existir direito à concorrência sucessória, ou seja, se o cônjuge concorrer com outros herdeiros necessários, embora a lei não o obrigue expressamente ao dever de fornecer elementos para esta conferência (DIAS, 2013).

Nunca é demais lembrar que é plenamente válido o autor da herança conceder parte de seu patrimônio disponível a herdeiro necessário, sem que isso caracterize adiantamento de legítima, conforme artigo 2.005 do Código Civil (BRASIL, 2002). Contudo, o doador deve deixar claro isso, sob pena de esse montante ser trazido a colação e descontado da legítima do herdeiro.

Por fim, caso nasça novo herdeiro necessário após a realização do adiantamento da legítima, os contemplados precisarão trazer os bens à colação, pois nenhum dos herdeiros necessários poderá ser prejudicado com a deliberação do de cujus.

Conquanto seja necessário inventário mesmo havendo o adiantamento de legítima, ele servirá para conferência dos quinhões que cada herdeiro recebeu. Portanto, tudo será mais rápido e, teoricamente, sem conflitos, vez que a igualdade já fora determinada em vida pelo

titular da herança.

### **Holdings familiares**

Para proteger o patrimônio familiar e evitar futuras desavenças entre os herdeiros, muitos têm optado pela criação uma holding, a qual, embora inovação do campo empresarial, beneficiou diretamente direito sucessório.

Segundo Dias (2013, p. 300), a holding nada mais é do que “uma sociedade juridicamente independente que adquire e mantém ações de outras empresas, na quantidade suficiente para controlá-las”. No caso da holding familiar, com vistas a sucessão, segundo a mesma autora, “é o surgimento de uma Pessoa Jurídica que substitui a Pessoa Física, a qual detém a totalidade dos bens ou ações e quotas da família na empresa operacional” (2013, p. 300).

A holding familiar não é um tipo específico, mas uma contextualização específica. Pode ser uma holding pura ou mista, de administração, de organização patrimonial, isso é indiferente. Sua marca característica é o fato de se encartar no âmbito de determinada família e, assim, servir ao planejamento desenvolvido por seus membros, considerando desafio como organização do patrimônio, administração de bens, otimização fiscal, sucessão hereditária etc. (MAMEDE; MAMEDE, 2013, p. 9)

O intuito principal da holding é garantir que grandes empreendimentos durem por muitos anos, sem que a morte do titular cause desordem na administração empresarial e, conseqüentemente, a falência dos negócios.

Assim, no momento da sucessão, a existência da holding facilita a transmissão e a administração dos bens pelos herdeiros. Permite, ainda, uma clara identificação de todos os bens que compõe o patrimônio familiar e o papel específico de cada herdeiro escolhido pelo autor da herança, que no momento do planejamento sucessório deixa consignado até mesmo as posições societárias ocupadas por cada um.

Com a morte do titular da herança, esta automaticamente passa a seus herdeiros, de maneira planejada, conforme estipulado no contrato social da holding.

Em outro caso, o controlador da holding poderá doar as suas quotas aos herdeiros, reservando, por meio de uma cláusula, o usufruto vitalício do acervo de bens. Portanto, embora os herdeiros recebam suas quotas durante a vida do doador, só poderão ter acesso a elas depois de sua morte.

Dessa forma, a holding familiar é a solução encontrada para os que desejam a continuidade dos negócios da família, com uma boa administração dos bens, além de

tranquilidade no momento da sucessão, evitando as brigas e desgastes corriqueiros deste momento.

## O INSTITUTO DA INDIGNIDADE

O instituto da indignidade existe para privar quem praticou atos ofensivos contra o de cujus possa vir a receber uma parte da herança. Venosa (2008, p. 54), escreve:

A vocação hereditária nascida do parentesco ou da vontade (legítima ou testamentária) supõe uma relação de afeto, consideração e solidariedade entre o autor da herança e o sucessor (Borda, 1987, v. 1:75). No entanto, o sucessor, chamado pela ordem de vocação hereditária, pode praticar atos indignos dessa condição de afeto e solidariedade humana. É moral e lógico que quem pratica atos de desdouro contra quem vai lhe transmitir uma herança torna-se indigno de recebê-la.

Na mesma linha de Gonçalves (2012), Farias e Rosenvald, (2016, p. 151), conceituam a indignidade como uma “sanção imputada a um herdeiro ou legatário, por conta do alto grau de reprovabilidade, jurídica e social, de uma determinada conduta praticada, revelando um desafeto evidente em relação ao titular do patrimônio transmitido por conta de seu falecimento”.

A indignidade é declarada por sentença, conforme artigo 1.815 do Código Civil (BRASIL, 2002). A ação deve ser proposta após a sucessão e, no máximo, quatro anos após sua abertura. Não pode, portanto, ser proposta pelo ofendido. Pereira (2010, p. 35) esclarece:

Ação declaratória de indignidade deve ser proposta depois da abertura da sucessão; não tem cabimento em vida do hereditando, pois que até então inexiste a sucessão: *hereditasviventis non datur*. Exclui-se, portanto, a iniciativa da ação pelo próprio ofendido. A ele reserva, contudo, a lei o direito de deserdar o ofensor.

O motivo da indignidade é praticado pelo herdeiro ou legatário de um ou mais atos contidos no rol taxativo do artigo 1.814 do Código Civil (BRASIL, 2002).

A primeira hipótese legal de exclusão do herdeiro ou legatário é a de atentado doloso contra a vida do autor da herança, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente. Não é preciso que a sentença penal tenha transitado em julgado, basta que existam provas suficientes da indignidade para comprovar a prática atentatória, diante da regra de independência das instâncias (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

A segunda hipótese traz, em primeiro lugar, a prática de denúncia caluniosa, prevista no artigo 339 do Código Penal<sup>10</sup> (BRASIL, 2002). Nessa situação, também basta a

---

<sup>10</sup> Art. 339 - Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa. Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro



instauração de procedimento criminal ou judicial contra a pessoa do de cujus, prescindindo-se a condenação, desde que não sobrevenha absolvição (RIZZARDO, 2015). E ampliando o alcance da norma, Dias (2013, p. 304), afirma “que a acusação contra o falecido pode ter origem em qualquer juízo (penal, cível, administrativo e eleitoral)”.

Na mesma hipótese também se elencam os crimes de calúnia<sup>11</sup>, difamação<sup>12</sup> e injúria<sup>13</sup>, praticados pelo herdeiro ou legatário contra o titular da herança, antes ou após sua morte. Embora elencados no mesmo inciso, a diferença para a denúncia caluniosa reside na necessidade de trânsito em julgado da sentença condenatória. Isso, conforme entendimento doutrinário majoritário, por conta da expressão “incorrem em crime contra a sua honra” (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Por último, a terceira hipótese abarca o herdeiro ou o legatário que impede o titular da herança de dispor de seus bens como melhor entender, seja por meios fraudulentos, como falsificar ou alterar o testamento, ou utilizando-se de violência física ou psicológica contra o testador. Fiúza (2010, p. 1.058) esclarece que:

O atentado ocorre por violência ou fraude, consistindo em inibir alguém de livremente dispor de seus bens por testamento ou codicilo, ou obstar a execução dos atos de última vontade. As espécies de comportamento são as mais variadas: o indigno pode coagir o testador a testar-lhe favoravelmente. Pode falsificar o testamento, destruí-lo, esconde-lo.

A indignidade não se confunde com a deserdação, outro instituto de exclusão sucessória. Segundo Dias (2013, p. 298), as principais diferenças entre a indignidade e a deserdação são:

[...] a indignidade alcança todos os herdeiros: legítimos, necessários, facultativos, testamentários e legatários. A deserdação é restrita aos herdeiros necessários, e só pode ser imposta por testamento, com expressa declaração da causa que motivou o testador a querer privá-los da herança.

Acrescente-se, também, que o instituto da indignidade independe da vontade do titular da herança, já que decorre de lei, diferente da deserdação, que diz respeito à própria disposição do possuidor da herança, o qual deve motivar seu desejo em excluir o herdeiro, por meio de testamento.

---

de 1940 (Código Penal)

11 Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. (BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal)

12 Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal).

13 Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Mesmo declarado indigno, o herdeiro poderá ser incluído novamente na sucessão, desde que o ofendido declare expressamente o perdão, seja em seu testamento ou em ato de mesmo valor (escritura pública ou particular, devidamente autenticada). O perdão e a reabilitação do herdeiro ou legatário, conforme previsão do art. 1.818 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Se o herdeiro vier a praticar outro ato atentatório ao titular da herança, após o mencionado perdão, a indignidade ainda poderá ser declarada, estando condicionada, porém, à validade do testamento, se ocorreu por meio deste.

De outro giro, tacitamente só será aceita a reabilitação do indigno caso o ofendido venha a contemplá-lo em seu testamento e desde que tenha conhecimento da ofensa no momento da disposição, ficando a herança, também, limitada às disposições testamentárias. Para Dias (2013), entretanto, tal situação não configura perdão, e sequer existe reabilitação tácita, podendo, portanto, ser intentada ação declaratória de indignidade sem nenhuma restrição.

Por derradeiro, a declaração de indignidade não pode, ainda, ser confundida com falta de legitimidade ou incapacidade para suceder. Na falta de legitimidade e capacidade o indivíduo sequer existe no momento da sucessão, pois ele não tem direito de ser contemplado com a herança, por não preencher o grau de parentesco ou qualidade legalmente exigida. O indigno, por sua vez, possui o direito de suceder, mas o perde, como uma sanção pela prática de atos atentatórios ao titular da herança.

### **Os sujeitos do instituto**

Poderão ser declarados indignos os herdeiros legítimos, necessários, facultativos, testamentários, legatários e todos os eventuais beneficiários que vierem atentar contra o titular da herança (DIAS, 2013).

Ainda, o cônjuge e o companheiro que atentar contra a vida do de cujus pode vir a ser excluído da sucessão por indignidade, mas tal situação não afeta o direito referente à meação (DIAS, 2013). Dessa forma, embora possa parecer injusto do ponto de vista moral, o cônjuge autor de homicídio contra o seu marido ou esposa receberá os valores devidos da meação.

Herdeiro “é aquele que continuará as relações patrimoniais, titularizando um percentual do total transmitido” (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 55). Sucede na forma

universal, ou seja, recebendo uma parte do todo.

Os legatários sucedem a título singular, recebendo bens específicos. São, por exemplo, as “pessoas nomeadas em testamento para receber o carro do falecido, os bens contidos em seu cofre, um terço do apartamento de praia ou determinada quantia em dinheiro” (TARTUCE; SIMÃO, 2013, p. 357).

Quanto aos legitimados para propor a ação declaratória de indignidade, estes serão todos os que possuírem interesse no desfecho do inventário. Assim, herdeiros, legatários, credores, donatários, município e todos os que poderiam vir a ser contemplados com parte do quinhão hereditário, poderão promover tal ação.

A despeito de a doutrina se controverter nesse aspecto, consolidou-se que Ministério Público também possui legitimidade para propor a ação declaratória de indignidade, desde que esteja representando um herdeiro incapaz, ou quando não existirem sucessores próximos para promover a ação, ocasião em que o Poder Público poderia intentá-la (VENOSA, 2008).

Para encerrar, o enunciado n.º 116, aprovado na Jornada de Direito Civil de 2002 do Superior Tribunal de Justiça, esclarece a questão nos seguintes termos:

116 – Art. 1.815: o Ministério Público, por força do art. 1.815 do novo Código Civil, desde que presente o interesse público, tem legitimidade para promover ação visando à declaração da indignidade de herdeiro ou legatário. (FEDERAL, 2016)

## **OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE**

Conforme visto, para que seja declarada a indignidade é necessário que algum interessado, seja ele herdeiro, legatário, credor prejudicado, município, entre outros, ajuíze uma ação específica, de cunho meramente declaratório, para a exclusão do indigno. Caso permaneçam inertes, o indigno continuará tendo direito a herança e será beneficiado com a parte que lhe cabe dos bens do de cujus.

Ainda que o agir do herdeiro tenha sido indigno e mesmo que o testador tenha deserdado, a inércia para a propositura da ação simplesmente faz desaparecer as causas de exclusão e o herdeiro é contemplado com o seu quinhão hereditário, como se nada tivesse feito de errado. (DIAS, 2013, p. 299)

Com a declaração de indignidade os bens se tornam ereptícios<sup>14</sup>, ou seja, retornam ao acervo de bens do titular da herança, para serem distribuídos entre os demais herdeiros. Essa declaração possui efeito ex tunc e retroagirá até o momento da abertura da sucessão (DIAS,

---

<sup>14</sup> Ereptão nada mais é do que a perda da posse e da propriedade. Assim, bens ereptícios são os bens perdidos pelo indigno. (DONIZETTI, 2012, p. 1.152)

2013).

Donizetti (2012, p. 1.152) elenca os efeitos da indignidade:

[...] a exclusão da sucessão; a consideração como morto para fins da sucessão do ofendido; a proibição do usufruto e da administração dos bens ereptícios; a exclusão da sucessão dos bens ereptícios; a validade das alienações a terceiro de boa fé e o correspondente dever de indenizar os ereptores; a obrigação de restituir os frutos e o direito à indenização das despesas de conservação.

Por força do artigo 1.816, caput, do Código Civil (BRASIL, 2002), a declaração não prejudicará os sucessores daquele considerado indigno, uma vez que os efeitos da condenação são pessoais. Portanto, os descendentes do indigno herdarão como se ele estivesse morto antes da abertura da sucessão, na modalidade por representação, também conhecida por estirpe.

Caso o indigno tenha recebido algum fruto ou rendimento dos bens da herança, terá de ressarcir-los aos herdeiros, que os receberão como se ele nunca tivesse participado da sucessão. De igual forma, o indigno poderá ser indenizado pelas despesas que teve com a manutenção e conservação dos bens, quando estava na qualidade de sucessor.

Além disso, caso haja a sucessão por estirpe em razão da indignidade, determina o artigo 1.816, parágrafo único, do Código Civil (BRASIL, 2002) a proibição do indigno de administrar os bens recebidos por seus descendentes, quando menores, e de ter direito ao usufruto destes (VENOSA, 2008).

Por fim, cabe mencionar que o Código Civil, por meio do caput do artigo 1.817 (BRASIL, 2002), protege o terceiro de boa-fé. Portanto, todas as negociações realizadas pelo indigno, antes de declarada a indignidade, serão válidas, ressalvado o direito de indenização pelos herdeiros prejudicados.

## **O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E A POSTERIOR DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE**

É repugnante a ideia de o herdeiro indigno receber seu quinhão hereditário como se nada de mal tivesse feito contra o titular da herança. Por isso, a legislação dispõe de um procedimento especial para exclusão do indigno, como “uma pena privada imposta a quem incorre em determinados atos” (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 151).

Inclusive, a indignidade pode ser tratada como uma vontade presumida do de cujus, que, por questões de afinidade, excluiria o indigno da sucessão, caso tivesse oportunidade.

Estudado amiúde o instituo da indignidade em item anterior, nesta parte do trabalho ver-se-á como ficará o planejamento sucessório, em cada uma das formas vistas, quando

sobrevenha a declaração de indignidade.

Pois bem.

Caso descoberto o cometimento de ato indigno, aos demais herdeiros cabe intentar a ação declaratória de indignidade quando realizarem a sucessão.

No adiantamento de legítima o indigno deverá devolver os bens, que passarão a fazer parte do monte-mor e serão repartidos igualmente entre os outros herdeiros. Nesse sentido:

Ainda que o herdeiro tenha recebido a posse dos bens da herança, é necessário que os devolva, tão logo transite em julgado a sentença que o declarar indigno. Além dos bens, também tem de devolver os frutos e rendimentos (CC 1.817 parágrafo único). Os demais sucessores podem exigir do herdeiro excluído a reposição patrimonial, bem como perdas e danos, eis que possuem o direito à integralidade da herança desde a abertura da sucessão. (DIAS, 2013, p. 311)

Não existindo sucessores, a herança se tornará jacente, conforme termos do artigo 1.819 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Ressalva importante é feita pelo artigo 1.817 do Código Civil (BRASIL, 2002), o qual resguarda o direito do terceiro de boa-fé. Dias (213, p. 311) afirma que “em respeito ao princípio da aparência que visa a resguardar os terceiros de boa-fé, o indigno que está na posse e administração dos bens da herança é considerado herdeiro aparente”. A mesma autora arremata:

[...] é preciso levar em conta a boa-fé do adquirente, que acreditou não só na legalidade do ato negocial efetivado, mas também na condição de herdeiro do alienante, que, até o instante da exclusão, aos olhos de todos, era o “real” herdeiro. (DIAS, 2013, p. 311 e 312)

Em se tratando de testamento, a declaração de indignidade não suscita dúvidas, já que os bens somente serão repassados aos herdeiros e legatários após a morte do titular da herança, no momento da abertura da sucessão, quando, via de regra, também estará tramitando o processo de indignidade.

A mérito de registro, sendo o testamento documento autêntico, nele o autor da herança, conforme permitido pelo caput do artigo 1.818 do Código Civil (BRASIL, 2002) poderá declarar expressamente que perdoa o herdeiro ou legatário que praticou contra si qualquer das ofensas elencadas no art. 1.814 do mesmo código.

Até o momento do trânsito em julgado da sentença declaratória de indignidade o herdeiro ou o legatário ficará na posse dos bens que lhe seriam de direito. Após, tudo devolverão, inclusive frutos e rendimentos, conforme já visto.

Quanto às holdings familiares, é importante destacar que as quotas-parte dos herdeiros já são doadas em vida pelo autor da herança, que somente fica com o usufruto do

patrimônio.

Caso sobrevenha declaração de indignidade contra herdeiro possuidor de uma quota-parte da holding, um inventário deverá ser aberto para regulamentar a parte patrimonial pertencente ao indigno. Nesse caso, por lógica, as quotas serão divididas igualmente entre os demais ou repassadas aos sucessores do indigno, por meio de representação.

Porém, para evitar o inventário e seus transtornos, possível é a confecção de uma cláusula preventiva em relação ao surgimento de declaração de indignidade, uma vez que não existe nenhuma restrição para esta estipulação, que seria feita em vida pelo titular da herança,

O autor da herança, prevendo a existência de uma declaração de indignidade, deixaria consignado o beneficiário da quota-parte pertencente àquele considerado indigno, bem como quem assumiria sua função dentro da empresa familiar. Tal evitaria a divisão da empresa e os gastos e aborrecimentos com a necessidade da abertura de um procedimento sucessório.

Por fim, nunca é demais lembrar que a intenção de criação de uma holding familiar é, principalmente, facilitar o momento da sucessão, garantindo a diminuição dos conflitos familiares. Assim, a criação de uma cláusula preventiva no contrato social da empresa efetivamente protegeria os herdeiros, em especial empresa e o patrimônio em si, de uma estagnada econômica e produtiva decorrentes de um conflito judicial.

## **REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO**

Por último, visando abarcar todas as hipóteses possíveis de esclarecimento técnico, considerando que o titular da herança pode dispor, livremente, de metade de seus bens em vida, por meio de doação, pergunta-se: os contemplados estão sujeitos a indignidade caso promovam atos negativos contra o doador?

A resposta é evidente que não!

Isso porque a doação de parte disponível do patrimônio não é ato genuinamente sucessório, mas, sim, de mera liberalidade.

Embora adote a mesma filosofia da indignidade sucessória (FARIAS; ROSENVALD, 2016), o Código Civil, a partir de seu artigo 557 (BRASIL, 2002), dispõe de um regime especial para a revogação da doação, a qual, inclusive, só pode ser promovida pelo doador e no prazo máximo de um ano do conhecimento do ato, conforme artigos 569 e 560 do Código

Civil (BRASIL, 2002), ao contrário da indignidade<sup>15</sup>.

A exceção que permite aos herdeiros entrarem com a revogação da doação é apenas no caso de homicídio, hipótese elencada no artigo 561 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Dessa forma, sendo a legislação taxativa quanto à exceção, a única conclusão que se permite é a de que mesmo no caso de o doador não saber do ato ingrato enquanto vivo, seus descendentes não poderão promover a revogação.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme visto, o planejamento sucessório é utilizado como forma de prevenção de conflitos familiares, facilitando a sucessão e evitando os desgastes e conflitos do moroso inventário.

Porém, embora este planejamento antecipe a sucessão, está intimamente condicionado à inexistência de fatos de ingratidão dos beneficiados, pois todos aqueles que praticam ofensas contra o titular da herança não são considerados dignos de receber parte de seu patrimônio, vez que, legal e socialmente, imoral a transmissão sucessória nestes termos.

No artigo descreveram-se amiúde as formas de planejamento sucessório e o instituto da indignidade.

Após, concluiu-se pela possibilidade de uma declaração de indignidade nos casos de partilha em vida, seja quando já adiantada a legítima ou destinado bens por meio de testamento, bem como quando existente uma pessoa jurídica administradora do patrimônio do de cujus. Nesta última, discorreu-se, ainda, sobre a hipótese da criação de uma cláusula preventiva no contrato social da holding familiar, para evitar, quando sobrevinda a indignidade, a instauração de inventário.

Não obstante, de forma ainda que superficial, esclareceu-se sobre a revogação da doação do todo ou parte da parcela disponível do patrimônio do de cujus ainda em vida e a não aplicação da indignidade nesse caso, diante de regulamento próprio da lei civil para tal situação.

Conforme dito na introdução, este trabalho não busca esgotar a matéria em todos os seus pormenores, apenas, singelamente, demonstrar a conclusão lógica de possibilidade de aplicação de um instituto sucessório de exclusão em uma modalidade diversa daquela para a qual a lei o criou, demonstrando, assim, ser possível uma sucessão antecipada pacífica e

---

15 Ver item 4 deste artigo: “O instituto da indignidade”.

protegida contra atentados de beneficiados indignos.

## REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DONIZETTI, Elpidio. Curso Didático de Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVAL, Nelson. Curso de Direito Civil – Sucessões. Salvador: Juspodvim, 2016.

FIUZA, Cesar. Direito civil: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das Sucessões - Coleção Sinopses Jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. Holding Familiar e Suas Vantagens: Planejamento Jurídico e Econômico do Patrimônio e da Sucessão Familiar. São Paulo: Atlas, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil - Volume Único. Rio de Janeiro: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil 6 - Direito das Sucessões. São Paulo: Método, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito das Sucessões. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição de 05 de outubro de 1988. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasil, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 29 jun. 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de outubro de 1940. Código Penal. Brasil, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 29 jun. 2016.

FEDERAL, Conselho da Justiça. Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em: 29 jun. 2016.



# **O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO PROFERIDO EM GRAU DE APELAÇÃO, SUJEITO A RECURSO: VIOLAÇÃO OU APLICAÇÃO DA LEI PENAL?**

Fábio Borba ANDRÉ<sup>1</sup>

## **RESUMO**

O presente trabalho pretende fazer breves considerações a respeito da recente mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, onde se reconheceu a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário. Trata-se de decisão recente da Suprema Corte, que causou grande polêmica no meio jurídico, especialmente por contrariar o entendimento de que a execução de decisão recorrível tratar-se-ia de violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, sob o argumento de que, com exceção à prisão processual, o réu não pode ser preso senão por sentença condenatória transitada em julgado. O presente trabalho pretende, portanto, explanar os dois entendimentos e, ao final, desenvolver um raciocínio e posicionamento a respeito do debate.

**PALAVRAS-CHAVE:** Supremo Tribunal Federal. Execução Provisória. Recurso especial. Recurso extraordinário. Presunção de inocência.

## **ABSTRACT**

Este trabajo tiene la intención de hacer breves comentarios sobre el reciente cambio en la comprensión de la Corte Suprema, que reconoció la ejecución provisional de la sentencia de condenación penal del nivel de apelación, aunque susceptibles de recurso especial o extraordinario. Esta es la reciente decisión del Tribunal Supremo, lo que causó gran controversia en el entorno legal, especialmente al contrarrestar el entendimiento de que la aplicación de decisión apelable violaría el principio constitucional de la presunción de inocencia con el argumento de que, excepto la detención de procesal, el acusado no puede ser detenido sino por sentencia condenatoria inapelable. Por lo tanto, este estudio tiene como objetivo explicar la comprensión y, en última instancia, desarrollar el razonamiento y el posicionamiento sobre el debate.

**KEY-WORDS:** Supremo Tribunal Federal. Ejecución provisional. Recurso especial. Recurso extraordinario. Presunción de inocencia.

## **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise a respeito da recente mudança jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que entendeu que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que

---

1 Possui graduação em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco. Atualmente é 1º Tenente de Polícia Militar da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Tem experiência na área de Defesa.

sujeito a recurso especial ou extraordinário, sob o entendimento de que não há comprometimento ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Como era de se esperar, a mudança jurisprudencial da Suprema Corte em tema polêmico, que envolve garantia constitucional, não se deu por unanimidade, suscitando severas críticas dos próprios ministros com votos vencidos.

Dessa forma, a escolha do tema se deu não somente pela polêmica e pelos efeitos imediatos da presente decisão, mas especialmente pela atualidade do debate, bem como a relevância do assunto no cenário processual penal.

Para dar um panorama à discussão, o presente trabalho pretende abordar brevemente o contexto histórico em que foi promulgada a Constituição Federal, que refletiu em uma atenção especial aos direitos do preso, bem como na abordagem à prisão como exceção, sendo a regra a liberdade.

Em sequência, buscar-se-á distinguir a prisão penal da prisão processual, com o intuito de abordar as formas de prisões processuais e os requisitos para sua existência, visando traçar a clara distinção entre estas e o cumprimento de sentença condenatória.

Depois dessa abordagem, o presente trabalho buscará uma breve análise do acórdão que marca a mudança de entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, ao julgar um habeas corpus, buscando demonstrar os principais fundamentos, tanto dos ministros que entendem pela constitucionalidade da execução do acórdão condenatório, mesmo cabendo recurso aos tribunais superiores, quanto daqueles que entendem que esse posicionamento viola o princípio da presunção de inocência.

Por fim, buscar-se-á tecer considerações finais, contudo, sem a pretensão de indicar o certo e o errado – tendo em vista se tratar de assunto polêmico, que pode voltar à pauta novamente, como já ocorreu em outras ocasiões – mas sim de apreciar a verdadeira aula que se tratou o acórdão, embora com posicionamentos completamente opostos.

## **A PRISÃO E A CONSTITUIÇÃO**

A Constituição vigente da República Federativa do Brasil foi promulgada no ano de 1988, de maneira que não é preciso ir tão a fundo aos livros de história para compreender o contexto em que a Carta Magna foi escrita.

Trata-se de uma Constituição elaborada ao término do Regime Militar, na transição daquele regime para a Democracia, motivo pelo qual o texto constitucional trouxe um rol

expressivo de direitos e garantias fundamentais para todo o cidadão, dentre eles, o cidadão preso.

Em uma constituinte que sucedia um período onde ocorreram diversas prisões por motivações políticas e ideológicas, quis o legislador constituinte dar especial atenção ao preso na redação dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal. Exemplo disso é o inciso XLIX do artigo 5º, onde o legislador constituinte assegura aos presos o respeito à integridade física e moral.

Especificamente sobre a prisão, certamente levando em conta o momento histórico da constituinte, o legislador atribuiu especial valor à liberdade pessoal, conforme se evidencia entre os incisos LXI e LXVIII do artigo 5º da Carta Magna.

Nos dispositivos mencionados são assegurados direitos, por exemplo, de que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de juiz competente ou ainda que o preso deve ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Dessa forma, pode-se dizer que a regra é a liberdade pessoal e a exceção a essa regra é a prisão, de maneira que o recolhimento ao cárcere somente ocorrerá em momentos específicos, como o da prisão em flagrante, a prisão preventiva, prisão temporária ou cumprimento de pena privativa de liberdade.

### **Prisão processual**

Nessa perspectiva, em apertada síntese, pode-se dividir a prisão criminal em duas classificações: a prisão processual e a prisão penal. A prisão processual ou prisão sem pena, segundo Fernando Capez, (2014, p. 307):

Trata-se de prisão de natureza puramente processual, imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da futura execução de pena, ou ainda a impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos. É imposta apenas para garantir que o processo atinja seus fins. Seu caráter é auxiliar e sua razão de ser é viabilizar a correta e eficaz persecução penal. Nada tem a ver com a gravidade da acusação por si só, tampouco com o clamor popular, mas com a satisfação de necessidades acautelatórias da investigação criminal e respectivo processo. Depende do preenchimento de pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Há casos em que não se pode aguardar o término do processo para, somente então, privar o agente de sua liberdade, por existir o perigo de que tal demora permita que ele, solto, continue a praticar crimes, atrapalhe a produção de provas ou desapareça, impossibilitando a futura execução. Compreende três hipóteses: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária (Lei nº 7960, de 21-12-1989) (CPP, art. 283, caput). Não existe mais prisão cautelar obrigatória, estando esta condicionada à análise dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva. Por essa razão, foram revogados: o

art. 594 do CPP, que mandava recolher à prisão o condenado reincidente ou portador de maus antecedentes; e os arts. 393, I a II, e 595 do CPP, que consideravam deserta a apelação com a fuga do réu. Desse modo, não existem mais: a prisão decorrente de pronúncia, nem a prisão em virtude de sentença condenatória recorrível. A prisão processual só terá cabimento quando fundamentadamente demonstrados os requisitos de urgência autorizadores da custódia cautelar (CPP, art. 312, caput) e, quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (CPP, art. 282, § 6º).

A prisão processual pode, portanto, ser dividida em prisão em flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária, conforme segue:

### ***Prisão em flagrante***

O termo flagrante vem do latim *flagrare*, que significa queimar, arder. Trata-se de crime em execução ou recém cometido. Para Capez, “É, portanto, medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo ou logo após ter cometido um crime ou uma contravenção.”

Sobre a prisão em flagrante, Gilmar Mendes (2012, p. 773):

A prisão em flagrante tem duas funções básicas. A primeira é a de interceptar o evento criminoso, impedindo a consumação do crime ou o exaurimento de seu iter criminis. Por isso, o Código de Processo Penal permite que a prisão em flagrante seja realizada por “qualquer do povo”, tendo em vista que o Estado policial não pode estar presente em todos os lugares, em todos os momentos. Nesse sentido, a Constituição, em seu art. 5º, XI, estabelece o flagrante delito como hipótese excepcional de violação do domicílio, sem ordem judicial, mesmo à noite. A segunda função é a de possibilitar a colheita imediata de provas contundentes sobre o fato delituoso, especialmente no que se refere à autoria.

A prisão em flagrante é prevista tanto na Constituição Federal, como no Código de Processo Penal, onde cabe destacar que este diploma considera em flagrante delito quem está cometendo a infração penal ou quem acaba de cometê-la, situações que a doutrina denomina de flagrante próprio.

A lei ainda prevê a autoria de quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração, bem como de quem é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração, classificando essas duas hipóteses como flagrante impróprio e flagrante presumido, respectivamente.

Outra classificação que recebe a prisão em flagrante é a prevista na Lei 12850/13, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

A Lei 12850/13 prevê a ação controlada, que consiste em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, visando que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

A medida prevista na Lei 12850/13, que revogou a lei 9034/95, se interpretada sob a ótica do flagrante delito, trata-se do flagrante diferido e também tem previsão na Lei 11343/2006 (Lei de Drogas), no artigo 53, II, que prevê a “não atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição.”

Uma última classificação importante a respeito da prisão em flagrante é a dos flagrantes preparado e esperado. Em síntese, neste, a atuação policial, previamente informada sobre a ocorrência de um delito, se restringe a acompanhar e aguardar a atuação do agente, para detê-lo; naquele, se busca preparar um ambiente ou ocasião que instiga o indivíduo a praticar ato que, sem aquele preparo, não seria praticado. Para melhor conceituar, Gilmar Mendes ensina (2012, p. 773):

[...]a situação de flagrância é preparada ou provocada por terceiros ou por agentes policiais. Assim, diante da suspeita da prática de delitos anteriores, a autoridade policial prepara uma situação na qual o suspeito como que se vê atraído para praticar novamente a infração, momento no qual a polícia, previamente situada em posição estratégica, poderá efetuar a prisão em flagrante. Sobre esses casos de flagrante preparado, a jurisprudência tem seguido a linha de negar validade às prisões, diante da impossibilidade da consumação do crime em situação fática toda preparada ou provocada pela ação policial. Nesse sentido, a Súmula 145 do STF: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Por outro lado, as hipóteses de flagrante esperado têm sido admitidas pela jurisprudência. Nesses casos, a situação de flagrância não é preparada ou provocada por terceiros, mas sua ocorrência natural é apenas informada à autoridade policial, que então se posta em posição estratégica para encontrar os agentes criminosos no ato da execução do crime, impedindo a sua consumação. Como bem acentuava o Ministro Alfredo Buzaid, “no flagrante esperado, a atividade policial é apenas de alerta, sem instigar o mecanismo causal da infração; procura colhê-la ou frustrá-la na sua consumação”.

Quanto à remessa do auto de prisão em flagrante delito ao juiz, merece destaque a redação dada pela Lei 12403/11 ao artigo 310 do Código de Processo Penal, que limita o juiz a decidir entre quatro opções ao receber o auto de prisão, conforme os incisos e o parágrafo único:

- I – Relaxar a prisão ilegal; ou
- II – Converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes no artigo 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III – Conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I ao III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Portanto, recebido o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá relaxar, caso a prisão seja ilegal; convertê-la em prisão preventiva, nos casos em que couber; conceder liberdade provisória, com ou sem fiança; ou, caso verifique a presença de causas excludentes de ilicitude, conceder liberdade provisória ao acusado.

Mais uma vez, ao final da breve explanação da prisão em flagrante, merece destaque o fato de que, se não presentes os requisitos para prisão preventiva, a regra é que o preso seja posto em liberdade durante eventual inquérito ou processo que venha a responder em decorrência de sua prisão em flagrante.

### ***Prisão Preventiva***

A prisão preventiva é outra hipótese de prisão processual, de natureza cautelar, que pode ser decretada tanto durante a investigação, quanto durante o processo, quando preenchidos os requisitos que a legislação prevê. Nos ensinamentos de Capez (2014, p. 336):

Somente poderá, no entanto, ser decretada, quando preenchidos os requisitos da tutela cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). Nesse sentido, dispõe o art. 312 do CPP que a prisão preventiva poderá ser decretada: (a) para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (*periculum in mora*) + (b) quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus boni iuris*). Não existe prisão preventiva obrigatória, pois, nesse caso, haveria uma execução antecipada da pena privativa de liberdade, violando o princípio do estado de inocência. Se o sujeito for preso sem necessidade de se acautelar o processo, tal prisão não será processual, mas verdadeira antecipação da execução da pena, sem formação de culpa e sem julgamento definitivo.

Sobre a prisão preventiva, merece destaque o voto do Ministro Celso de Mello, ao relatar o HC nº 80719-SP:

A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.

A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.

Mais uma vez destaca-se a distinção entre prisão processual e prisão penal. A prisão

preventiva, como medida cautelar que é, requer a presença dos requisitos cautelares, que são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Trata-se de um instrumento do processo e não da execução provisória da pena.

### ***Prisão Temporária***

A prisão temporária tem previsão na Lei 7.960/89 e é conceituada como “prisão cautelar de natureza processual destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial”.

O artigo 1º da Lei 7.960 prevê o cabimento de prisão temporária em seus três incisos, sendo eles:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

Conforme previsto na lei, a prisão só pode ser decretada pelo juiz, depois da representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, tendo o prazo de cinco dias, prorrogável por mais cinco. Nos crimes hediondos, o prazo de prisão temporária é de trinta dias, prorrogáveis por mais trinta. Sobre a decretação da prisão temporária ensina Capez (2014, p. 349):

Entendemos que a prisão temporária somente pode ser decretada nos crimes em que a lei permite a custódia. No entanto, afrontaria o princípio constitucional do estado de inocência permitir a prisão provisória de alguém apenas por estar sendo suspeito pela prática de um delito grave. Inequivocadamente, haveria mera antecipação da execução da pena. Desse modo, entendemos que, para a decretação da prisão temporária, o agente deve ser apontado como suspeito ou indiciado por um dos crimes constantes da enumeração legal, e, além disso, deve estar presente pelo menos um dos outros dois requisitos, evidenciadores do *periculum in mora*. Sem a presença de um destes dois requisitos ou fora do rol taxativo da lei, não se admitirá a prisão provisória.

Com a breve explanação das prisões processuais, demonstrado está que o legislador busca em todas elas provas concretas de autoria e materialidade, bem como os requisitos cautelares, que justifiquem a privação da liberdade. O motivo principal é que, enquanto não transitado em julgado o processo penal, deve imperar o princípio da presunção de inocência, de maneira que eventual prisão antes desse trânsito em julgado é prisão processual e não cumprimento de pena.

### **Prisão penal**

Como sugere o próprio nome, trata-se do cumprimento de pena propriamente dito. Para Capez, (2014, p. 307):

É aquela imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, trata-se da privação da liberdade determinada com a finalidade de executar decisão judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade. Não tem finalidade acautelatória, nem natureza processual. Trata-se de medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado.

Nesse momento, o indivíduo já respondeu a processo, eventualmente ingressou com recursos, contudo foi considerada procedente a imputação criminal. Nesse momento, não se fala mais em requisitos de *fumus boni iuris* ou *periculum in mora*, uma vez que não se busca tutelar a conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal. Considerado culpado, trata-se da própria aplicação da lei penal.

Cabe ressaltar que o Código Penal prevê três espécies de penas, sendo elas a privativa de liberdade, a restritiva de direitos e a pena de multa. Ao abordar a prisão penal, por óbvio, é de interesse do presente trabalho a pena privativa de liberdade, que é aplicada após o trânsito em julgado do processo penal.

As penas privativas de liberdade, por sua vez, também se subdividem em três espécies, sendo elas a reclusão, a detenção e a prisão simples, sendo esta última cabível às contravenções penais.

Dessa forma, feita a divisão entre prisão processual e prisão penal, eis a questão central do presente trabalho: a prisão penal, sobre a qual houve mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de permitir a execução de pena depois de decisão condenatória em segunda instância.

Não se trata de prisão preventiva depois de condenação em segunda instância, mas de execução de sentença penal. A decisão remete, obrigatoriamente, a uma análise ao consagrado princípio constitucional da não culpabilidade ou da presunção de inocência.

## **RELATÓRIO DE HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO E O VOTO QUE RECONHECE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO**

A polêmica decisão de que trata o presente trabalho é o acórdão do Supremo Tribunal Federal referente ao habeas corpus nº 126.292 São Paulo, impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

O paciente do habeas corpus foi condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão, em



regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, incisos I e II do CP), com direito ao recurso em liberdade. Da sentença, apenas a defesa recorreu, tendo o Tribunal negado provimento ao recurso e determinado a expedição de mandado de prisão contra o paciente.

A defesa impetrou habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, tendo sido indeferido o pedido de liminar, sob o argumento de que não são mais cabíveis habeas corpus utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal.

A defesa então impetrou habeas corpus perante o Supremo Tribunal Federal, tendo sido designado o Ministro Teori Zavascki como relator, onde merecem destaques algumas passagens de seu voto, conforme segue:

Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

De forma bastante clara, o raciocínio do Ministro Teori Zavascki em seu voto foi de que o reexame da matéria acontece no juízo de apelação e a condenação em primeiro grau se trata, portanto, da superação da presunção de inocência para o juízo de primeiro grau, tendo em vista que sua sentença deve seguir uma coerência lógica durante a análise das provas.

De acordo com o raciocínio do Ministro Teori, depois de ocorrido o reexame da matéria no juízo de apelação, fica exaurido o exame sobre os fatos e as provas, momento em que se concretiza o direito ao duplo grau de jurisdição.

Nesse sentido, prosseguiu o voto do Ministro Teori, de que os recursos cabíveis para as instâncias extraordinárias têm cognição estrita à matéria de direito, o que torna, em suas palavras, inteiramente justificável a relativização e até mesmo a inversão do princípio da presunção de inocência, observado até o duplo grau de jurisdição.

Na sequência, o Ministro Teori Zavascki reconhece, em seu voto, que a execução de

pena na pendência de recursos extraordinários não compromete o princípio da presunção de inocência, como segue:

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

O Ministro Teori, em seu voto, ainda menciona legislações de diversos países no mundo que, diferentemente do entendimento de que se deve aguardar a votação de recurso extraordinário ou especial em respeito ao princípio da presunção de inocência, permitem a execução da pena, ainda que pendente a análise de recursos a instâncias superiores.

Propõe ainda o voto do Ministro Teori que medidas cautelares de outorga de efeitos suspensivos ao recurso extraordinário ou especial sejam manejadas quando da existência de violação de direitos, ainda que exequível provisoriamente a sentença penal. Merece menção a explanação, conforme segue:

Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.

Por fim, o Ministro Teori Zavascki encerra seu voto com a proposta de restaurar o entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos: “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”, votando, dessa forma, no sentido de denegar a ordem de habeas corpus.

O voto do Ministro Teori Zavascki foi acompanhado por outros seis ministros, motivo pelo qual prevaleceu o entendimento de que a execução provisória da pena não compromete o princípio da presunção de inocência, depois de acórdão penal condenatório,

proferido em grau de apelação.

## **EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Embora o voto que reconheceu a constitucionalidade da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação tenha vencido, esse entendimento foi duramente criticado na mesma seção, cabendo aqui destacar o voto do Ministro Marco Aurélio, que iniciou sua fala se dirigindo ao Presidente, afirmando não ver uma “tarde feliz, em termos jurisdicionais, na vida deste Tribunal, na vida do Supremo”.

Dentre as duras críticas à mudança jurisprudencial da Suprema Corte, o Ministro Marco Aurélio mencionou a impossibilidade de retorno ao estágio anterior, caso o acórdão condenatório seja reformado pelos tribunais superiores:

Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título. Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmutando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa[...].

O Legislativo não avançou. Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio afirma acompanhar o voto da Ministra Rosa Weber, divergindo do voto do relator, Ministro Teori Zavascki. O voto da Ministra Rosa Weber havia sido no sentido de que não se sentia à vontade para referendar a revisão da jurisprudência da Corte.

O atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski, também discordou do relator, por entender que o preceito constitucional é taxativo, ao dizer que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Merecem destaque as palavras do Ministro, conforme seguem:

Eu vou pedir vênica ao eminente Relator e manter a minha posição, que vem de longa data, no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, estampado, com todas as letras, no art. 5º, inciso LVII, da nossa Constituição Federal. Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que in claris cessat interpretatio. E aqui nós estamos, evidentemente, in claris, e aí não

podemos interpretar, data venia.

O Ministro Presidente, em seu voto, evoca o entendimento de que o efeito suspensivo dos recursos extraordinários quanto à aplicação da pena deriva da própria Constituição, motivo pelo qual as regras previstas em leis ordinárias que suprimem o efeito suspensivo do recurso devem ser revistas à luz da Constituição Federal.

Ricardo Lewandowski segue seu voto demonstrando perplexidade com a alteração da jurisprudência da Corte, uma vez que entende que tal entendimento esteja abrandando um princípio constitucional que, a seu ver, é verdadeira cláusula pétrea.

Depois de traçar um paralelo entre a execução civil e a execução penal, o Ministro Ricardo Lewandowski estabelece o seguinte raciocínio:

Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo.

O Ministro Ricardo Lewandowski finaliza seu voto elogiando a fundamentação dos votos vencedores, contudo, mantém sua posição e acompanha os votos vencidos, no entendimento de que a execução provisória da pena privativa de liberdade, depois de condenação proferida em acórdão em grau de apelação, viola o princípio da presunção de inocência.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme já indicado na introdução, não foi objetivo deste trabalho apontar uma das correntes como certa ou errada. Contudo, necessário se faz tecer considerações sobre o presente estudo. Como necessário quando abordada matéria constitucional, é necessário que se busque alguma interpretação histórica da Constituição. Há que se reconhecer que a Constituição de 1988, devido ao momento histórico em que foi promulgada, deu atenção especial ao preso, ao conceder direitos e garantias fundamentais e estabelecer a prisão como medida excepcional e a liberdade como regra.

Nesse aspecto está inserido o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência, pelo qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme preceitua o inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna.

Muito embora a presunção de inocência seja princípio constitucional consagrado, há que se destacar que não é apenas com o trânsito em julgado que o indivíduo pode ser levado ao cárcere, tendo em vista a possibilidade de prisões processuais, como, por exemplo, a prisão em flagrante e a prisão preventiva.

A prisão em flagrante, por exemplo, tem previsão constitucional como exceção à liberdade, no conhecido inciso LXI, que preceitua que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade competente. Tratam-se, portanto, de duas exceções, que embora não representem condenação penal, podem levar o indivíduo ao cárcere.

A polêmica, contudo, está na prisão penal; especialmente no início da execução de acórdão condenatório quando ao réu ainda é cabível a interposição de recursos perante os tribunais superiores.

Por sete votos a quatro, prevaleceu o entendimento de que é possível a execução de acórdão penal condenatório, proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, considerando que não há violação ao princípio da presunção de inocência.

Na argumentação, a questão que, quando da apelação ao tribunal, o acusado exerce seu direito de duplo grau de jurisdição. Dessa forma, o acórdão condenatório é um marco processual, de maneira que daquele momento em diante não são mais discutidas matérias atinentes aos fatos ou às provas, mas somente matérias de direito e, portanto, já se torna justificável uma relativização do princípio da presunção de inocência.

Para dar sustentáculo aos fundamentos, o Ministro Teori Zavascki mencionou a execução penal em diversos países pelo mundo, enfatizando que em nenhum deles a execução penal aguarde recursos às cortes superiores.

Os votos vencidos destoaram exatamente por entenderem que o texto constitucional não dá margem a interpretação diversa, uma vez que é claro ao afirmar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado. Ora, se há possibilidade de interposição de recursos, por óbvio não há trânsito em julgado.

Ademais, trata-se de título passível de reforma. Iniciada a execução e havendo reforma no acórdão condenatório, não é possível “devolver” ao apenado, agora inocente, a liberdade que lhe foi tirada mediante a execução provisória.

Conforme já mencionado, embora mudada a jurisprudência da Suprema Corte, o

novo entendimento está longe de ser pacífico, não apenas entre os Ministros, mas dentre todos os operadores do Direito.

A consequência prática identificada de pronto, certamente, foi a expedição de mandados de prisões em desfavor de réus condenados em segunda instância, que recorriam às instâncias superiores em liberdade. Nessa decisão, se reconhece que os recursos aos tribunais superiores não possuem efeito suspensivo, motivo pelo qual já deve ser iniciada a execução do acórdão condenatório.

De toda a argumentação apresentada, há que se destacar o argumentado pelo Ministro Teori Zavascki, que aponta como solução a utilização de medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo para cada caso concreto, ressaltando que o acusado não se encontrará desamparado da tutela jurisdicional em casos de grave violação de direitos.

A mudança jurisprudencial é tão polêmica, quanto recente, passível de revisão de acordo com a mudança de composição dos ministros da Suprema Corte e certamente suscitará muitos debates, em especial por dar uma nova interpretação a um tema que, para muitos, já era visto como pacífico para a jurisprudência.

Para quem estuda, sem dúvidas, trata-se de mais uma discussão apaixonante que o Direito proporciona, com dois entendimentos distintos, que causa dissonância até mesmo entre ministros da Suprema Corte.

Contudo, necessário que se ressalte que, por mais filosófica que possa parecer a discussão, trata-se de uma decisão grave, que decide um dos maiores direitos que a Constituição consagra, que é a liberdade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. 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: 25 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 126.292 São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 80.719 São Paulo. Relator: Min. Celso de

Mello. Brasília, 26 de junho de 2011.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Por 7 a 4, STF admite prisão logo após condenação em 2ª instância. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/02/maioria-do-stf-permite-prisao-logo-apos-condenacao-em-2-instancia.html>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

# O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A QUESTÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Nayara Maria Silverio da Costa DALLEFI<sup>1</sup>

Ana Cristina Lemos ROQUE<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente trabalho visa abordar o Precedente presente no Novo Código de Processo Civil brasileiro e a necessidade de uma análise a partir da julgada com a finalidade de proporcionar maior concretização ao princípio da segurança jurídica, presente em nossa Magna Carta, não só no preâmbulo, mas no próprio texto constitucional. Para tanto, buscou-se a partir de uma pesquisa histórico-bibliográfica, utilizando o método dedutivo, elencar a questão da segurança no Estado Democrático Brasileiro, analisando seus reflexos na inserção no novo ordenamento processual em relação ao precedente e também a questão da coisa julgada, para o fim de proporcionar a segurança jurídica a todos os cidadãos e a concretização da justiça, no sentido de gerar maior inclusão àqueles que buscam a solução de seus conflitos através do Judiciário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Novo Código de Processo Civil, Segurança Jurídica. Coisa Julgada e Precedente Judicial.

## ABSTRACT

This study aims to address Precedent in the New Code of Civil Procedure Brazil and the need for analysis will from the judged in order to provide greater realization of the principle of legal certainty, present in our Constitution, not only in the preamble, but in the constitutional text. Therefore, it sought from a historical and bibliographical research, using the deductive method, list the issue of security in the Brazilian democratic state, analyzing their effects on insertion into the new procedural law compared to the previous and also the issue of res judicata for the purpose of providing legal certainty for all citizens and the realization of justice, in order to generate greater inclusion to those who seek the solution to their conflicts through the courts.

**KEY-WORDS:** New Civil Procedure Code, Legal Security . Thing judged and Judicial precedent

---

1 Doutoranda em Direito Previdenciário na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC; Mestre em Direito, pelo Programa de Estudo Pós Graduação em Direito, do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM; Pós-graduada na área do Direito pela Universidade Estadual de Londrina-UEL; Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, em Presidente Prudente-SP. Atualmente é advogada militante e professora universitária na FAPEPE de Presidente Prudente-SP e do Curso de Pós Graduação Infoc. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil, Direito Previdenciário e Processual Civil. Coordenadora da Comissão da Assistência Judiciária de Presidente Prudente-SP (3º mandato), também na cidade de Presidente Prudente-SP. Membro do grupo de pesquisa CODIP do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM; Editora e membra da equipe de realização da revista Revista Saber Acadêmico da Fapepe de Presidente Prudente-SP desde dezembro de 2015. E-mail: naydallefi@hotmail.com / nayradallefi@adv.oabsp.org.br; .

2 Mestranda em Teoria do Direito e do Estado no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, sendo bolsista CAPES/PROSUP (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Possui Graduação em Direito pela Universidade Gama Filho. Especialista em Direito, nas áreas de Direito Empresarial e Tributário. Advogada atuante na Comarca de São José do Rio Preto e Novo Horizonte.



## INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar que, no sistema de precedentes a confiança é originada pela orientação jurisprudencial, já na coisa julgada, a confiança determina-se pela prestação da tutela jurisdicional.

A efetividade da tutela jurisdicional e o direito ao contraditório são pressupostos de um processo justo. Isto porque, a jurisdição não se legitima quando casos iguais são interpretados de diversas formas.

Assim, o Poder Judiciário não encontra legitimidade quando há várias concepções interpretativas sobre um mesmo direito fundamental. Neste sentido, há uma ligação da segurança jurídica com a decisão proferida, vez que reflete uma previsibilidade do direito tutelado.

O significado real de um precedente vincula as decisões judiciais, isto configura a técnica da *ratio decidendi* utilizado no common Law. A interpretação de diversas normas, em casos semelhantes, acaba gerando uma insegurança da ordem jurídica, sendo necessário utilizar o mesmo entendimento em casos iguais.

É indubitável que a lei infraconstitucional deve ser interpretada conforme a Constituição Federal. Por outro lado, vale destacar que, a compreensão da norma a partir da Constituição da República contribui para o aumento da subjetividade das decisões judiciais, vez que é necessário à utilização de precedentes como técnica processual para se atingir uma decisão justa.

Neste enfoque, não deve ser confundido a subordinação como respeito aos precedentes. Uma coisa é a autonomia do juiz de primeiro grau de jurisdição, outra é o dever objetivo imposto a este, pelo qual se deve respeitar as decisões do tribunal superior.

Para tanto, o Poder Judiciário deve ser coerente na interpretação da lei, vez que somente há um Estado de Direito quando o sistema jurídico é equilibrado. Logo, pode gerar uma incoerência quando se trata casos iguais de forma desigual ou mesmo com interpretações diversas em casos iguais.

Acrescente-se, ainda, que a fixação de jurisprudência consolidada materializa a ideia de intangibilidade do sistema judiciário, contribuindo para um direito mais acessível, estável e aberto para novos horizontes. Sem sombra de dúvidas, um sistema judicial instituído sob uma estabilidade, reduz os litígios e gastos com multas protelatórias. Isto porque, é fundamental

para a ideia de um judiciário justo, a prestação de tutela jurisdicional dentro de um tempo razoável e equilibrado.

Observando que, uma decisão judicial não pode ser prestada em pouco tempo, tornando-se injusta, da mesma forma, é necessário um tempo limite, tendo em vista que, uma decisão proferida em longo prazo pode ser tão injusta quanto uma decisão prolatada em pouco tempo.

A previsibilidade flexibiliza o conflito, fazendo com que as partes repensem o litígio e optem pelo acordo. E, no entanto, afirma-se que seguir os precedentes, talvez, pode despersonalizar as decisões judiciais tornando o Poder Judiciário apenas um mero aplicador de decisões.

Quanto à economia processual, o respeito aos precedentes fortalece esta concepção, uma vez que reduz as despesas processuais e a carga de demandas no tribunal, almejando maior segurança jurídica no ordenamento pátrio.

A ideia dos precedentes contribui para um Poder Judiciário mais célere e menos oneroso materializando o princípio da duração razoável do processo, busca incessante do judiciário por um processo mais justo.

Dessa forma pode-se dizer que o precedente direciona o caminho da prestação jurisdicional, advindo de uma decisão que atingiu a denominada coisa julgada. O aspecto da jurisdição, como fundamento jurídico, não obriga que seja necessária a via dos precedentes como único meio justo das decisões judiciais, vez que o juiz pode fazer valer da doutrina como fundamento jurisdicional.

Sob esse contexto, torna-se fundamental um ordenamento jurídico consistente em ensinamentos acadêmicos onde a argumentação terá papel importante na formação do operador do direito. Sendo necessário levar o debate doutrinário às mesas dos tribunais. Se o juiz é investido do poder jurisdicional, ou seja, da prestação jurisdicional, incumbe questionar aos interpretes que a jurisdição deve ser valorizada à nível constitucional, pois se o processo é um garantidor dos valores constitucionais, vale fazer jus à sua prestação por meio da hermenêutica jurídica, e não somente mediante precedentes de um mesmo tribunal.

Deste modo, talvez o sistema de precedentes, em seu aspecto material, resulta numa violação da prestação jurisdicional, fazendo com que o juiz deixe de investir no aspecto acadêmico do direito, filosófico e hermenêutico, tornando-se um mero ditador de regras e de precedentes anteriores.

Por tudo aqui exposto, podemos concluir que a recepção da teoria dos Precedentes, originário do sistema da common Law, pode afrontar o aspecto teórico do direito, vez que mesmo o precedente contribuindo com a segurança jurídica, é necessário à observância quanto aos efeitos de uma decisão fundamentada em precedente, pois da mesma forma a aplicabilidade dos precedentes em casos iguais pode gerar uma injustiça aos jurisdicionados, vez que independentemente do transcurso do tempo os valores e as relações sociais podem modificar com o transcurso do tempo.

Dessa forma, faz-se necessário uma análise detalhada da aplicação do precedentes em nosso ordenamento jurídico adaptando-o ao nosso sistema originário da civil Law.

A presente abordagem busca justificar o instituto dos precedentes em nosso ordenamento jurídico, como forma de resolução de conflitos, na busca da paz entre os jurisdicionados. A segurança jurídica através da aplicação dos precedentes, busca efetuar uma restrição estatal, que tem seus limites fixados na própria constituição, de forma a garantir a estabilidade e a paz social.

## **PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA**

O princípio da segurança jurídica é consagrado e almejado em todos os países ocidentais, estando presente em nosso ordenamento como um valor que nos remete a justiça<sup>3</sup>. Não só no Brasil, mas em vários países, principalmente europeus, como Portugal, Alemanha e França, verifica-se a presença assídua do presente princípio.<sup>4</sup>

A busca da segurança jurídica proporciona valores positivos para toda sociedade quando analisada no aspecto da coletividade, assim como oferece maior confiança das pessoas no direito.<sup>5</sup>

Sem esgotar sobre o assunto, referido princípio tem relação com o princípio da isonomia na busca da proteção de todas as pessoas que se valer do judiciário para concretizar seus direitos.<sup>6</sup>

---

3 (...) o mundo do Direito, portanto, não é da Justiça (em seu feitiço absoluto). É o da segurança. Sem justiça alguma o Direito – é verdade – encontrará dificuldades para manter seu projeto de pacificação social. Sem segurança, porém, o Direito simplesmente não existe. (THEODORO JUNIOR, Humberto. As reformas do Direito Processual Civil e o Princípio Constitucional da Segurança Jurídica. In: O Processo na Constituição – coordenadores Ives Granda da Silva Martins e Eduardo Jobim . São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 262).

4 Idem, p.246.

5 ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p.66.

6 (...) ambas as partes devem possuir os mesmos poderes, direitos ônus e deveres, isto é, cada uma delas deve situar-se numa posição de igualdade perante a outra e ambas devem ser iguais perante o tribunal. (SOUZA,

A doutrina se posiciona em relação ao conceito do princípio da segurança jurídica voltado a “juízo de fato a respeito daquilo que se julga no plano da realidade”, posicionando na condição de norma-princípio.<sup>7</sup>

Na Constituição Federal, referido presente está previsto já no preâmbulo da Constituição, e mesmo não tendo força de lei, serve como um norte a ser seguido. Sem contar que referido princípio está positivado no texto constitucional com a finalidade de proporcionar segurança no Estado Democrático de Direito, a exemplo do artigo 5º do texto constitucional.<sup>8</sup>

Importante salientar, que o princípio em questão, tem relação com a liberdade e a dignidade da pessoa humana, tendo como fim de proteger seus interesses, principalmente “o direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, nos quais a segurança jurídica atua, concreta e reflexivamente, relativamente a um sujeito determinado”<sup>9</sup>.

A dificuldade, contudo, desagua na questão da não existência de definição exata sobre o princípio em tela, mas sendo se suma importância em qualquer ordenamento jurídico.

É necessário agregar ao fator segurança com a confiança e a imutabilidade do direito, presente nas decisões já transitadas em julgado, assunto este relacionado a questão da coisa julgada, seja ela material ou formal.

Analizando a coisa julgada, verifica-se a presença da concretização da segurança jurídica, mas sobre este aspecto abre-se a abertura de outro assunto, muito em voga com o novo Código de Processo Civil de 2015, no que diz respeito aos precedentes.

Isto porque, conforme será estudado mais adiante no presente trabalho, caso não houver uma uniformização da jurisprudência, pode ter a hipótese de coisa julgada sobre assuntos idênticos ter decisões conflitantes e nesse momento, poderá ir contra o princípio em questão, e causando insegurança jurídica ao jurisdicionado.

Portanto, não há que se falar em segurança jurídica, em relação a coisa julgada na atualidade sem não mencionar acerca da uniformidade da jurisprudência, por intermédio dos mecanismos do precedente judicial, para o fim de evitar decisões conflitantes sobre o mesmo assunto, prejudicando aqueles que colocam sua confiança no poder judiciário para

---

Miguel Teixeira. Estudos sobre o Novo Processo Civil. 2ªed. Lisboa, Lex, 1997, p.42).

7 ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p.108-109.

8 ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 202.

9 ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 154.

fazer jus aos seus direitos.

## DA COISA JULGADA

A partir da segurança jurídica, pode-se analisar sobre os aspectos da coisa julgada no ordenamento jurídico, mas para tanto, a busca pela uniformização da jurisprudência visa aumentar essa segurança, proporcionando um ordenamento mais seguro, previsível, principalmente à luz dos precedentes judiciais, conforme será analisado no item seguinte do presente trabalho.

A presença do princípio da segurança jurídica não deve ficar adstrito somente na tramitação processual, mas após seu resultado final, motivo pelo qual a Carta magna de 1988 dispõe no seu art. 5º, XXXVI “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Considerado uma garantia constitucional, a coisa julgada posiciona-se no sentido de não gerar mais nenhuma ameaça após o trânsito em julgado da decisão, proporcionando a paz, que do contrário estaria prejudicada<sup>10</sup>.

A coisa julgada tem origem no direito romano<sup>11</sup>, na busca da estabilidade das decisões judiciais<sup>12</sup>, prosseguindo ainda no direito canônico, no que diz respeito ao denominado caso julgado e a exemplo da presença de outros países europeus que também a defendem, temos no direito francês analisada “coisa julgada é qualquer coisa a mais que se junta aos efeitos da sentença para conferir estabilidade à decisão judicial”.<sup>13</sup>

No Brasil, sua previsão inicia-se em 1934, posteriormente no Código de Processo Civil de 1.939<sup>14</sup>, assim como no de 1973 e no vindouro Código Processual Civil de 2015.

A coisa julgada é efeito da sentença, mas é imutável, podendo ser formal ou material: “a formal é a imutabilidade dos efeitos da sentença no próprio processo que foi proferida; e a

---

10 GONÇALVES, Marcus Vinicius. Direito Processual Civil Esquematizado. 3ªEd. revista e atualizada. Coordenador Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 437.

11 SOARES, Carlos Henrique. Coisa Julgada Constitucional: Teoria Tridimensional da Coisa Julgada: Justiça, Segurança Jurídica e Verdade. Coimbra: Edições Almedina, Abril de 2009, p. 24.

12 SOARES, Carlos Henrique. Coisa Julgada Constitucional: Teoria Tridimensional da Coisa Julgada: Justiça, Segurança Jurídica e Verdade. Coimbra: Edições Almedina, Abril de 2009, p. 34.

13 Idem, p. 90 e 105.

14 Idem, p. 114.

material, em qualquer outro processo.”<sup>15</sup>

Nessa toada a coisa julgada “diz-se do caso em que a prestação jurisdicional foi satisfeita, que, dando solução ao litígio, estabeleceu de modo definitivo o direito perseguido por um dos seus demandantes”.<sup>16</sup>

Desta feita a coisa julgada tem relação com segurança jurídica com a finalidade do cumprimento da lei, ganhando mais previsibilidade e segurança jurídica caso analisada com a questão da uniformização da jurisprudência, evitando decisões sobre o mesmo assunto conflitantes.<sup>17</sup>

Cabe mencionar por fim, sobre a coisa julgada e a questão do falso julgamento de mérito, sendo que neste caso, poderia levar a insegurança jurídica, nas hipóteses voltadas como por exemplo a falta de provas durante a tramitação do processo.<sup>18</sup>

Portanto a coisa julgada tem grande relação com o princípio da segurança jurídica, assunto bastante delicado, que merece reflexão, principalmente em relação ao precedente judicial, para o fim de garantir maior previsibilidade, confiança nas decisões transitadas em julgado, principalmente com o vindouro Código e os estudos sobre a uniformização da jurisprudência.

## O PRECEDENTE JUDICIAL

---

15 GONÇALVES, Marcus Vinicius. Direito Processual Civil Esquematizado. 3ªEd. revista e atualizada. Coordenador Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 438.

16 NASCIMENTO, Carlos Valder. THEODORO JUNIOR, Humberto. FARIA, Juliana Cordeiro. Coisa Julgada Inconstitucional – “A questão da segurança jurídica”. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p.32.

17 COSTA, Antonio Tito. A propósito de Segurança Jurídica. In: Segurança Jurídica no Brasil – Organizador: Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012, p.42.

18 (...) Ora, se o ônus da prova dos fatos constitutivos do alegado direito do autor, a ele pertence, cabe ao mesmo diligenciar produção das provas necessárias. Não diligenciando a produção das provas necessárias ao convencimento do juiz, no prazo estipulado, está caracterizado o abandono da causa e o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito. Extinguir o processo por falta de prova e dizer que o faz com julgamento de mérito pela improcedência nada mais é que um falso julgamento de mérito, porque o mérito mesmo não foi julgado por ausência ou insuficiência de prova. Mas não é só. Outras hipóteses existem em que o legislador reconhece que a falta de prova não enseja julgamento de mérito, podem ser vistas nas seguintes normas: Lei nº 7.347/85, art. 16 (Ação Civil Pública), na Lei nº 4.717/85, art. 18 (Ação Popular), Lei nº 7.853/99, art. 4º (Lei de apoio ao deficiente) e Lei nº 8.078/90, art. 103, I e II (Código do Consumidor). Nestas normas fica bem clara a disposição de que, sendo a ação julgada improcedente por falta ou insuficiência de Prova, poderá haver a sua repropositura, o que evidencia a inexistência de julgamento de mérito, bem como a ausência de coisa julgada material, pois, se julgada material existisse, a ação não mais poderá ser reproposta. A tendência moderna é a ampliação da coisa julgada com efeito *erga omnes* quando julgado o verdadeiro mérito com bases sólidas em provas, mas, ao mesmo tempo, também a tendência futurística em reconhecer a inexistência de julgamento de mérito quando ao existir prova ou esta for insuficiente, caso em que será autorizada a repropositura da ação, a exemplo das normas acima citadas. (SOUZA, Gelson Amaro de. SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. Sentenças que não passam em julgado. In: Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas, ano 13 – número 13. Patos de Minas: Jurisvox, dezembro de 2012, p. 145).

A muito se vem buscando maneiras de uniformizar a jurisprudência no Brasil. Quando o Brasil ainda era subordinado a Portugal existiam os assentos da Casa da Suplicação, Atualmente já existem em nosso CPC, vários mecanismos para fortalecimento das decisões judiciais, o que, sem dúvidas, é uma forte demonstração da influência no nosso sistema dos ditames da common Law.

Segundo os ensinamentos de José Reinaldo de Lima Lopes o sistema da civil law e da common law possuem tidas diferenças em diversas concepções desde, pelo menos, o século XIII.

Ao longo da história ocidental do processo houve um momento em que duas tradições jurídicas se definiram. Foi o tempo da distinção entre a common law e o direito romano-canônico. As diferenças eram patentes no processo e na administração da justiça. Segundo Dawson, a distinção tornou-se clara a partir do momento em que na França dos séculos XIII e XIV, por exemplo, os tribunais seculares do rei adotaram o sistema inquisitorial. Originalmente, o sistema de inquéritos (...) era conhecido pelos normandos, que o levaram para a Inglaterra, mas a forma que tomou na França e, na verdade, em toda a Europa continental (...) deveu-se à influência do direito canônico. Em contraste com a tradição a Inglaterra consolidou o que se chama o modelo adversário (adversarial mode). Na análise de Stein as duas formas refletem-se na diferença de participação dos leigos, assim como no papel dos recursos dentro do sistema processual.<sup>19</sup>

O que se busca com a adoção de novos paradigmas é a estabilidade e a continuidade dinâmicas do direito, características típicas da common law, que assim se complementam, impulsionadas pela liberdade e pela criatividade dos juízos e tribunais inferiores. Para o Professor Jaime Domingues Brito é incontestável que o sistema brasileiro, assim como em todos os países em que se adotam o sistema da Civil Law, existe um enorme apego à lei, o que não ocorreu com o sistema da Common Law, o qual não adotou exclusivamente a aplicação da Lei.

O Novo Código de Processo Civil, seguindo a evolução doutrinária, busca uniformizar e estabilizar a jurisprudência, prestigiando os primados da segurança jurídica, isonomia, livre convencimento motivado e do contraditório. Para os Professores Jaime Domingues Brito e Dirceu Pereira Siqueira, o que tem sido buscado, portanto, “é uma fórmula que assegure, de fato, uma resposta judiciária de boa qualidade”<sup>20</sup>, e uma prestação jurisdicional célere e justa.

O precedente nos oferece uma regra universal que será aplicada em função da identidade com os fatos análogos. O critério de aplicação e escolha do precedente é

19 LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.p.421

20 BRITO,Jaime Domingues;SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Precedentes vinculantes: Uma análise sob o viés das normas-Realidade ou utopia*.Consulta em [www.publicadireito.com.br/artigos/?codcdf49f5251e7b3eb](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?codcdf49f5251e7b3eb) em 27/06/2016.

um critério fático, de modo que a regra será afastada pelo julgador conforme ele considere que prevalece os elementos de identidade ou diferença entre os casos. Nesse contexto, um só precedente é suficiente para fundamentar a decisão de um caso. Para Marinoni é preciso salientar que a aplicação do precedente deve estar compatível com a sua finalidade.<sup>21</sup>

A instituição dos precedentes no projeto do Novo Código Civil é sem dúvida a mais importante inovação, com base nos princípios constitucionais da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo e da isonomia, assim, sob esse prisma, o projeto busca trazer ao operador do direito a segurança de decisões estáveis, isso porque o precedente facilita o julgamento de demandas repetitivas e executa de forma concreta o princípio da igualdade formal entre os jurisdicionados, que ao promoverem demandas, passam a contar com respostas uniformes por parte do judiciário.

Sob esse contexto, para que ocorra uma mudança do entendimento que já se encontra sedimentado deve existir uma fundamentação adequada e específica, considerando a estabilidade das relações jurídicas, afigurando-se um dever argumentativo das partes, o exercício do contraditório e da argumentação, oferecendo assim regra universal aplicada em função da identidade com os fatos dos casos análogos. Sobre isso, aliás, Bustamante, considera que:

[...] é pela via das teorias da argumentação jurídica que o Judiciário, mesmo carente da representação democrática característica do Poder Legislativo, pode legitimar as normas jurídicas que ele deixa assentadas em suas decisões. A teoria dos precedentes, a teoria da argumentação jurídica e a teoria do Direito passam a fazer parte de um único tipo de discurso em que cada decisão concreta é considerada como uma norma universalizável que merece passar por um discurso de justificação e, num momento posterior, ser imparcialmente aplicada.<sup>22</sup>

Insta salientar, no entanto, que no Novo Código de Processo Civil, tudo é jurisprudência, não se distinguindo precedente de jurisprudência, súmula, ou decisão judicial, tampouco, sobre as técnicas de superação e confronto dos precedentes, como overruling e distinguishing, ou mesmo na diferenciação da ratio decidendi e da obiter dicta. Tornando-se dessa forma imprescindível o correto manejo dos instrumentos utilizados na aplicação dos precedentes. A uniformização jurisprudencial tem como fundamento a preservação do princípio da igualdade formal, pois efetiva o dever de atribuir decisões idênticas a situações idênticas.

Os precedentes irão funcionar como elementos de justificação de uma decisão

21 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 331.

22 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do Precedente: a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais. – São Paulo: Noeses, 2012, p.294.



jurídica, e a forma como eles são enunciados pode ser decisiva para determinar sua força nos casos futuros.

O precedente se origina de um caso concreto, e para ser utilizado em outro caso concreto, exige-se a demonstração da semelhança existente entre esse e aquele, devendo assim ser enfrentada a norma jurídica firmada no precedente, assim podemos afirmar que a questão do caso é mais complexa do que a questão jurídica, tornando-se imprescindível ter uma idéia clara dos fatos do caso.

Segundo Eduardo Cambi, no sistema da common law, a segurança jurídica estava baseada no stare decisis, ou seja, na vinculação ou no respeito obrigatório aos precedentes. Dessa forma, sob esse contexto, não há segurança jurídica se o direito for regido por convicções pessoais dos juízes, dando ensejo a decisões imprevisíveis e produzindo caos no sistema jurídico.<sup>23</sup>

Com o Novo Código de Processo Civil, buscou-se implementar uma ferramenta essencial para a efetivação do princípio da segurança jurídica, bem como do princípio constitucional à justificação das decisões judiciais, uniformizando a aplicação do direito e contribuindo para a celeridade e eficiência do sistema judicial. Tais medidas passam a estabelecer no ordenamento jurídico brasileiro, os precedentes judiciais como fonte do Direito, tendo em vista a maior celeridade processual, a uniformização e a estabilidade das decisões judiciais, exigindo-se, assim um estudo aprofundado do que se entende por precedentes judiciais, sua aplicação, implementação e superação no ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, tendo-se em vista a expansão da aplicação e apreensão do sentido das decisões do precedente judicial no direito brasileiro, torna-se essencial a busca de instrumentos teóricos que permitam a análise e compreensão do processo de produção e apreensão do sentido das decisões judiciais, pois, por meio da aplicação dos precedentes judiciais, uma decisão pode produzir efeitos em casos posteriores. Segundo Karl Larenz:

Os precedentes são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi resolvida uma vez por um tribunal noutro caso. Vale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, no quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora.<sup>24</sup>

---

23 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos Fundamentais , Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário – Ed. Almedina. 2016, p.267.

24 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.p.611

Assim faz-se importante frisar que a aplicação dos precedentes em nosso ordenamento jurídico irá exigir dos juristas o aperfeiçoamento das práticas forenses e o exercício claro e cuidadoso, do contraditório e da argumentação, tornando-se, essencial que se repense toda a prática forense brasileira. Podemos dizer então que nesse contexto o papel do juiz ativo será essencial na concretização e efetivação dos direitos fundamentais. Citamos aqui o ensinamento de José Roberto dos Santos Bedaque sobre o papel do juiz:

O contraditório efetivo e equilibrado de que fala a doutrina exige que os litigantes combatam com paridade de armas. Mas eventual omissão da parte pode ocorrer exatamente da inexistência de uma paridade real. Não basta, portanto, a mera oferta de oportunidade. É preciso garantir também o aproveitamento delas por todos, independentemente das desigualdades econômicas ou sociais. Visto desse ângulo o problema, irrelevante a natureza da relação jurídica. Indisponível ou não o direito, deve o juiz participar ativamente da instrução, pois somente assim garantirá um contraditório efetivamente equilibrado.<sup>25</sup>

Assim sendo o juiz deixa de ser apenas a boca que pronuncia lei, o direito não será mais visto aos moldes de Montesquieu. A noção de que a lei representava a vontade não sobreviveu à evolução histórica, pois se concluiu que a lei poderia ser criada de modo contrário aos interesses da população e aos princípios da justiça. Nesse contexto surge a necessidade de se criar instrumentos capazes de permitir sua conformação aos princípios da justiça.

A aplicação dos precedentes no Brasil visa, desse modo, restabelecer a credibilidade do judiciário, garantindo ao litigante previsibilidade na prestação jurisdicional; o ordenamento jurídico brasileiro apresenta-se em nítida mudança, com a convergência entre o common Law e o civil Law, visando não só à reforma dos institutos de lei, mas também à adoção de uma teoria dos precedentes adaptada à nossa realidade, acompanhada de uma mudança de paradigma e da visão na aplicação de julgados, empregando-se coerentemente os precedentes formados. O problema que se coloca é em torno da possibilidade de aproximação de duas tradições com fundamentos e histórias tão distintas; ou seja: será possível a existência de uma civil law permeada dos elementos próprios da common law? Mais do que isso: um modelo, em que as pessoas estão acostumadas com leis definidas e bem positivadas, conseguirá absorver, adequadamente, a prevalência de cláusulas abertas nas quais predomina a constitucionalidade do sistema independente de legislação infraconstitucional? E, em consequência, a jurisdição nacional está preparada para trabalhar com precedentes que conservam a ratio decidendi, os fundamentos da decisão, ao invés de jurisprudência baseada

---

25 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 113-114.

na repetição e uniformização de dispositivos decisórios?

Por fim, resta questionar o poder legislador do juiz num ordenamento que sempre privilegiou a tripartição dos poderes e defendeu papéis específicos para cada um deles; numa ordem positiva que, perpetuamente, pregou o apego à lei poderá o juiz desempenhar bem seu papel criativo, por meio do ativismo judicial de legislador? Tais aspectos indicam que as mudanças trazidas pela presença do precedente judicial no ordenamento nacional exigirão transformações na jurisdição, bem como na compreensão política do papel do judiciário.

A esse respeito, conforme Luiz Guilherme Marinoni, leciona:

[...] os conceitos de coisa julgada material e de coisa julgada erga omnes não são relevantes quando se pretende dar soluções iguais a casos semelhantes. Nem mesmo a eficácia vinculante, caso limitada à parte dispositiva, ali teria alguma importância. De outra parte, falar em coisa julgada erga omnes dos fundamentos da decisão seria baralhar os institutos, já que os objetivos perseguidos com a coisa julgada e com a obrigatoriedade de respeito aos fundamentos não só não se confundem como exigem conceitos operacionais e metodologias diversos. (Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* e obter *dictum* presentes no direito brasileiro).<sup>26</sup>

Segundo os Professores Jaime Domingues Brito e Dirceu Pereira Siqueira em artigo recente, no Brasil os precedentes não são respeitados, sob a alegação de que o efeito vinculante feriria o princípio do livre convencimento e engessaria a aplicação do direito por parte dos juízes, os precedentes não são aplicados de forma correta, gerando insegurança jurídica e instabilidade.

Um estudo dos precedentes tende a requerer dos juristas, em igual medida, grande aperfeiçoamento da prática forense e o exercício, claro e cuidadoso, do contraditório e da argumentação, sendo necessário reconsiderar (como um todo) a corrente prática forense brasileira.

Ocorre, portanto, urgente e extremamente necessário, repensar a prática jurisdicional em vigor, aceitando a convergência entre *common law* e *civil law*, buscando a reforma inevitável dos institutos de lei, assim como a adoção de uma sólida teoria dos precedentes, devidamente adaptada à realidade do nosso ordenamento, acompanhada por uma mudança de paradigma e de visão na aplicação de julgados, de modo que magistrados e advogados possam administrar, coerentemente, os precedentes formados.

Um dos problemas na execução de uma teoria dos precedentes é a falta de habilidade

---

26 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 270.

ALMEIDA, Gustavo Portela Barata. A inaplicabilidade da lei de execução penal e seus reflexos nos reclusos e egressos do cárcere em Sorocaba. 2008. 184 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2008.

do manejo do distinguishing e do overruling e do respeito e continuidade às decisões proferidas pelas Cortes. Desse modo, um dos principais objetivos que se busca no estudo dos precedentes é que se possa, a partir dessa prática, chegar a conclusões próprias sobre a decisão tomada. Com isso, a descrição cuidadosa dos fatos e a identificação do problema a ser solucionado são apenas os primeiros passos, tornando-se fundamental sistematizar argumentos e opiniões, para que, então, se chegue a uma conclusão opinativa sobre a questão, desde uma explicação crítica acerca das razões que levaram àquela conclusão.

Nessas condições, a escolha de um precedente para ser objeto de análise crítica ou estudo científico depende da relevância que detenha num determinado contexto histórico, político, social ou jurídico. Assim, o importante a ser considerado para a escolha do caso são as possibilidades que o precedente em questão oferece para um estudo (ou uma crítica) que venha a contribuir para a reflexão jurídica, seja no plano dogmático, seja no plano sócio-jurídico, ou, ainda, no plano filosófico-jurídico.

Uma análise aprofundada da doutrina dos precedentes irá exigir da parte dos juristas e aplicadores do direito, uma mudança de pensamento, pois um dos objetivos a serem alcançados, é que se possa, com tal prática, chegar a conclusões próprias em torno da decisão tomada. A descrição cuidadosa dos fatos e a detalhada identificação do problema a ser solucionado são apenas alguns obstáculos a serem enfrentados nessa jornada, sendo essencial a sistematização dos argumentos e opiniões, para que, dessa forma, se chegue a uma conclusão opinativa sobre o caso em questão, bem como uma argumentação aceitável sobre as razões envolvidas na decisão, pois efetiva o dever de atribuir decisões idênticas a situações idênticas.

A segurança jurídica é princípio implícito na Constituição Federal, devendo dessa forma ser respeitada por todos os Poderes da União, e principalmente pelo Judiciário durante a tutela jurisdicional.

A segurança jurídica vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta é indispensável para a conformação em um Estado que pretenda ser “Estado de Direito.”<sup>27</sup>

O Poder Judiciário, ao atuar, deve proferir decisões pautadas em todo o sistema jurídico e não baseadas simplesmente em suas convicções pessoais. Cada órgão do Poder faz parte de um todo e em acordo com esse deve atuar.

---

27 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 120.

O juiz deve apenas decidir seguindo sua linha de raciocínio e a dos tribunais superiores. Não há respeito, nem segurança jurídica, nas decisões de um juiz que a cada ato posiciona-se de forma diferente, gerando insegurança ao jurisdicionado, e sem qualquer fundamentação lógica para cada decisão tomada.

O Professor José Eduardo Lourenço dos Santos salienta que como forma de convivência ideal em uma sociedade, espera-se uma convivência harmônica entre direitos fundamentais. Para ele a utilização dos precedentes é essencial como meio para solucionar os casos difíceis que envolvam os direitos fundamentais, principalmente quando se quer saber qual direito deve prevalecer. O caminho para uma correta aplicação do instituto dos precedentes mostra-se uma construção através dos princípios da segurança jurídica, da isonomia e principalmente ao respeito aos direitos fundamentais.<sup>28</sup>

## CONCLUSÃO

Dessa forma, podemos concluir que o jurista do civil law não está preparado para lidar com a jurisprudência, ou melhor dizendo, com a ciência de interpretação da produção judiciária. Reside neste ponto a necessidade de se buscar os valiosos subsídios aplicados no sistema da common Law.

A aproximação entre os dois sistemas é inegável, já não existindo diferenças suficientes que impeçam o Brasil de adotarem uma teoria dos precedentes.

A busca da segurança jurídica é o valor a ser alcançado pelos dois sistemas jurídicos, o constitucionalismo alterou de forma profunda o civil Law aproximando-o do common Law, dessa forma o juiz antes adstrito a estrita aplicação da lei, passou a interpretá-las e a exercer uma função criativa, dando efetividade aos princípios contidos no ordenamento jurídico.

Assim, sob a ótica de tudo que aqui foi exposto a aplicação de precedentes no Brasil visa restabelecer a credibilidade do Judiciário garantindo ao litigante previsibilidade na prestação jurisdicional, nesse contexto podemos observar, que nosso ordenamento jurídico, está em nítida mudança, abandonando um pouco das premissas do sistema da civil law, e infundindo premissas da teoria do common law.

Assim, tendo-se em vista a expansão da aplicação do precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se essencial a busca de instrumentos teóricos que permitam a análise e compreensão do processo de produção e apreensão do sentido das

---

28 SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **A discriminação racial na internet e o direito penal: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação**. Curitiba: Juruá, 2104.

decisões judiciais, pois, por meio da aplicação dos precedentes judiciais, uma decisão pode produzir efeitos em casos posteriores.

Nesse contexto será necessário repensar a prática jurisdicional brasileira, aceitando a convergência entre o common Law e o civil Law, buscando não só a reforma dos institutos de lei, mas também a adoção de uma sólida teoria dos precedentes adaptada á realidade brasileira, acompanhada de uma mudança de paradigma e da visão na aplicação de julgados, aplicando-se coerentemente os precedentes formados.

A força e a autoridade de uma Teoria dos Precedentes estarão vinculadas, aos responsáveis por sua interpretação e aplicação; o manejo incorreto dessa teoria quebra o sistema e faz cair á pretensão de estabilidade e segurança desejada pelo judiciário, assim os operadores do direito devem estar aptos ao manuseio dos precedentes. Tornando-se imperioso, o estudo, ainda nos bancos acadêmicos, tanto para estudantes como para juízes, o aprimoramento cultural no que se refere á aplicação dos Direitos Humanos e às demais disciplinas conexas com o caso concreto.

A estabilidade nas decisões judiciais será construída através do respeito aos precedentes e aos princípios norteadores da segurança jurídica, da isonomia e da coisa julgada.

## REFERÊNCIAS

AVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 07/2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília/Editora Universidade de Brasília. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos.1999

\_\_\_\_\_. Teoria da Norma Jurídica. São Paulo/Editora Edipro. Tradução de Fernando Pavan Batista e Ariana Bueno Sudatti.2008.

BRITO,Jaime Domingues;SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Precedentes vinculantes: Uma análise sob o viés das normas - Realidade ou utopia.Consulta em:  
[www.publicadireito.com.br/artigos/?codcdf49f5251e7b3eb](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?codcdf49f5251e7b3eb) em 27/06/2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do Precedente: a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais. – São Paulo: Noeses, 2012

BUROCRACIA. Disponível em: < <https://pt.wikipedia.org/wiki/Burocracia> > . Acesso em 12 de outubro de 2015.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos Fundamentais , Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário – Ed. Almedina. 2016,

CIAMPAGLIA, Silvio. Segurança jurídica é o princípio fundamental nas democracias. In: Segurança Jurídica no Brasil. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012.

CHALITA, Gabriel. Princípio da Segurança Jurídica. In: Segurança Jurídica no Brasil. Organizador: Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012.

COSTA, Antonio Tito. A propósito de Segurança Jurídica. In: Segurança Jurídica no Brasil – Organizador: Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Ives Granda da Silva. Visão histórica da Segurança Jurídica. In: Segurança Jurídica no Brasil. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012.

NASCIMENTO, Carlos Valder. THEODORO JUNIOR, Humberto. FARIA, Juliana Cordeiro. Coisa Julgada Inconstitucional – “A questão da segurança jurídica”. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

QUINTELA, Guilherme Camargos. Segurança Jurídica e Proteção da Confiança – A justiça prospectiva na estabilização das expectativas no direito tributário brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. A discriminação racial na internet e o direito penal: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2104.

SOARES, Carlos Henrique. Coisa Julgada Constitucional: Teoria Tridimensional da Coisa Julgada: Justiça, Segurança Jurídica e Verdade. Coimbra: Edições Almedina, Abril de 2009.

SOUZA, Gelson Amaro de. SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. Sentenças que não passam em julgado. In: Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas, ano 13 – número 13. Patos de Minas: Jurisvox, dezembro de 2012.

SOUZA, Miguel Teixeira. Estudos sobre o Novo Processo Civil. 2ªed. Lisboa, Lex, 1997.

THEODORO JUNIOR, Humberto. As reformas do Direito Processual Civil e o Princípio Constitucional da Segurança Jurídica. In: O Processo na Constituição – coordenadores Ives Granda da Silva Martins e Eduardo Jobim . São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.



# **O RECONHECIMENTO DA HOMOAFETIVIDADE COMO UM DIREITO HUMANO NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO**

Marco Antonio TURATTI JUNIOR<sup>1</sup>

## **RESUMO**

Pela interpretação dos direitos humanos, somados aos valores constitucionais dos direitos fundamentais e dos princípios da igualdade e da dignidade humana, considera-se a liberdade sexual - encarando como a orientação sexual e/ou a expressão de gênero - de cada ser humano como uma espécie dessa classe de direitos. Uma simples, porém conturbada culturalmente, decorrência da própria dignidade humana de cada um, e que acaba gerando preconceitos e aumentando o estigma da minoria. A homoafetividade é a possibilidade de escolha de se ter uma relação entre duas pessoas do mesmo sexo. Tal direito é reconhecido e respaldado juridicamente dentro do ordenamento jurídico e facilitado pelo contexto democrático, pós Constituição de 1988, que o Brasil se encontra atualmente.

**PALAVRAS-CHAVE:** homoafetividade; democracia representativa; direitos humanos

## **ABSTRACT**

By interpretation of human rights, added to the constitutional principles of fundamental rights and the equality and the human dignity, we can consider the sexual liberty of each one a type of these rights. A simple, but culturally troubled, right born in the human dignity. The “homo affection” (term for homoafetividade) is the possibility of choose in a relationship between people of the same sex. This conduct is recognized and backed up in judicial laws with great progress in the last years, but, in the cultural side of this discussion, it remains many obstacles to be overcome. This right is backed by the Brazilian juridical system and helped by the democratic situation, post 1988's Constitution, where Brazil can find itself nowadays.

**KEY-WORDS:** homo affection; representative democracy, human rights

## **INTRODUÇÃO**

A democracia, hodiernamente, parece intrínseca à formação de uma sociedade. Porém, sabe-se que ela não esteve sempre presente no contexto evolutivo e histórico de muitas, ou ainda, por agora, não é em algumas sociedades, mundo afora. Na concepção de um estilo de governo mais justo e que busca a igualdade de seus indivíduos, o objetivo dessa pesquisa e o enfoque deste trabalho será no tratamento dado à minoria homossexual, e do consequente reconhecimento do direito à homoafetividade no ordenamento jurídico, como um

---

1 Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos pelo curso de Alta Formação da Universidade de Pisa, na Itália, em 2013. Graduado pela Universidade Estadual do Norte do Paraná em 2015. É conciliador voluntário da Justiça Especializada Federal de Jacarezinho/PR e profissional do Projeto Educação em Direitos Humanos (SETI/PR, USF, UENP).

apanhado de direitos próprios e fora da normatividade proposta e criticada da heterossexualidade.

Para início da discussão, é válido ressaltar que o conceito de minoria pode ser um mal-entendido, se for entendido apenas quantitativamente, e não ligado ao fato que tal grupo se mostra apartado da sociedade. Também é necessário diferenciar “minorias” de “grupos vulneráveis”, pois estes termos se calçam na diferença numérica e dispositiva da classe perante a sociedade.

Apesar de não serem sinônimos, se entendem os dois como objetos de estudo aqui, por uma questão quantitativa (mesmo não havendo uma pesquisa institucionalizada que possa determinar este número da classe escolhida para ser o tema da pesquisa – os homossexuais<sup>2</sup>) e também por carência de direitos. Por isso, segue-se o mesmo raciocínio de Elida Séguin:

Existe certa confusão entre minorias e grupos vulneráveis. As primeiras seriam caracterizadas por ocupar uma posição de não dominância no país onde vivem. Os grupos vulneráveis podem se constituir num grande contingente numericamente falando, como as mulheres, crianças e idosos. Para alguns são grupos vulneráveis, posto destituídos de poder mas guardam a cidadania e os demais elementos que podem transformá-los em minorias. Na prática tanto os grupos vulneráveis quanto as minorias sofrem discriminação e são vítimas da intolerância, motivo que nos levou, no presente estudo, a não nos atermos a diferença existente. (2002, p. 12).

É interessante dizer que a maioria e a minoria vão se diferenciar pelos direitos que elas possuem a sua disposição. Não somente a questões numéricas, a minoria aqui tratada entra em conflito com a maioria que é determinante para pesquisas de interesses e de cunho social, político, econômico e cultural. Assim, o número é ainda menor quando se percebe quem determina ou detém o poder (ROCHA, 1996, p. 87).

O método escolhido fora o hipotético-dedutivo para a busca de uma solução, perpassando a temática pelas suas tentativas de solução, e solucionando assim os possíveis erros que elas apresentarem.

No sentido de amparar essa classe “marginalizada”, fora dos ditames de uma maioria e dos interesses dela que predominam, ou ainda, sem a atenção proporcional que ela recebe por suas condições, questiona-se quem é que luta por essas pessoas fora do acesso fácil ao direito. E se estes direitos são compreendidos dentro de um ordenamento jurídico que já se propõe em promover a dignidade da pessoa humana e a liberdade e igualdade entre os

---

2 Pelo Censo de 2010, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística são 60.002 casais de uniões homoafetivas, isto é, uniões de pessoas do mesmo sexo. Em termos comparativos, são 37.487.115 casais heterossexuais. O número de do público LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Travestis, Transexuais e Transgêneros) estima-se em 18 milhões, por uma pesquisa da inSearch Tendências e Estudos de Mercado de 2012, que levantou o perfil de consumo da classe.

brasileiros. Nisso, equipara-se a justificativa do presente trabalho.

## **A EXPERIÊNCIA DEMOCRÁTICA NO BRASIL PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988**

“Direito e sociedade são entidades congêntas e que se pressupõe.” (NADER, 2012, p. 28). Não conseguimos identificar uma sociedade, sem suas leis – justas ou injustas aos olhares alheios – ou uma lei, sem a quem se destinar.

Assim, e de fato é inquestionável, a sociedade precisa das leis que a regem, mas de acordo com aquela. De tal modo, tais devem ser totalmente atentas às necessidades e realidades da população. Declara Paulo Nader que

Atento aos reclamos e imperativos do povo, o legislador deve captar a vontade coletiva e transportá-la para os códigos. Assim formulado, o Direito não é produto exclusivo da experiência, nem conquista absoluta da razão. O povo não é seu único autor e o legislador não extrai exclusivamente de sua razão os modelos de conduta. O concurso dos dois fatores é indispensável à concreção do Direito. (p. 29, 2012)

Entende-se que o Direito não é apenas as leis, ou a sua criação em ambientes doutrinários e sem vista para a sociedade. A sociedade para qual é destinada faz parte de sua concretização de valores e princípios, e é tão importante quanto para o bom andamento da harmonização social, um de seus princípios mais basilares.

De qual pressuposto as liberdades e direitos fundamentais necessitam para consolidar num Estado? Buscando uma nova diagramação dos direitos fundamentais e adaptação destes para as necessidades do povo, neste trabalho, propõe se reconhecer quais são as dificuldades culturais para o reconhecimento da minoria homossexual na democracia brasileira.

Esta dificuldade (e afastamento dos princípios jurídicos por questões adversas) afeta o princípio da dignidade humana do cidadão, bem como o da igualdade da liberdade, todos regidos pela Constituição Federal. Assim, portanto, o “direito à homoafetividade” é uma decorrência de um direito humano. E sua luta para consolidação não deve se revestir de barreiras culturais, por não ser uma novidade jurídica: é apenas uma forma de representação diferente do comum – sim, por isso é um grupo minoritário –, mas que merece apoio e proteção do ordenamento jurídico, como qualquer outra.

Para tal reconhecimento como integrante do rol de direitos humanos, a primeira constatação da forma de governo necessária é que ela seja uma democracia para que possa garantir direitos ditos fundamentais para a sociedade (sem confusão classificatória de encaixar a democracia como direito fundamental).

A democracia, antes de ser considerada fundamental, contemporaneamente se

constitui como o próprio pressuposto de fundamentalidade (condição de possibilidade, num sentido kantiano) dos direitos fundamentais. Isso tem conotação dúplice: primeiro, a democracia é antecedente lógico dos direitos fundamentais; segundo, a democracia que atribui significado substantivo à fundamentalidade do que se convencionou determinar como “direitos fundamentais”. (ALVES, 2013, p. 117).

A população brasileira estava pronta para uma democracia, após o turbilhão político e social que fora a época da ditadura militar. Mais do que isso, talvez ela precisasse de uma democracia para fazer valer de seus direitos. E construir sua gama de direitos próprios para a sua própria sociedade seguindo seus anseios e necessidades. Era necessária uma democracia, aos moldes mais fundamentais (de direitos fundamentais) para criar no país uma identidade de direitos e deveres com o jeito (e identidade) brasileiro.

É notável que mesmo que o seu retrospecto não seja totalmente igualitário, a democracia buscou trazer direitos fundamentais<sup>3</sup> para o povo a qual ela foi inserida. De tal modo, manter este ranço de “governo da maioria”<sup>4</sup> é opressor às classes menores, bem como se esquecer dos ideais de participação popular e garanti-los dentro de um ordenamento jurídico e de um Estado de Direito. Mas, para isso há soluções de harmonização de interesses, como todo país democrático consciente.

Da concepção individualista da sociedade, nasce a democracia moderna (a

---

3 Necessário se faz aqui apenas uma nota explicativa sobre dois termos bastante utilizados ao longo deste trabalho. “Direitos humanos” e “direitos fundamentais” apesar de íntima relação não são sinônimos por possuírem diferentes gêneses: o primeiro se relaciona com o direito internacional e os princípios de igualdade e liberdade, que aqui no trabalho se identifica como a fonte do direito à homoafetividade; já o segundo se relaciona com os direitos trazidos na Constituição Federal, que dá um caráter mais normativo e imperativo ao ordenamento jurídico. Da lição de Ingo Sarlet: “Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’, guardaria relação como os documentos de Direito Internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.” (SARLET, 2006, p. 35).

4 “Já nos acostumamos a ouvir que democracia é governo da maioria. Mas é mais que isso. Democracia não é apenas o governo da maioria, e sim da maioria do povo. Isso significa que democracia não é o governo da maioria das elites, nem da maioria das corporações, nem da maioria dos grupos econômicos, nem mesmo da maioria de alguns grupos políticos, que, muitas vezes, são aqueles que efetivamente fazem a lei mas nem sempre defendem os interesses da população. A democracia legítima não é despótica, pois mesmo a maioria não pode escravizar a minoria. A propósito, cabe lembrar o dito que, com humor, assim define democracia direta: três lobos e uma ovelha votam em quem vai ser o jantar; e democracia representativa: as ovelhas elegem quais serão os lobos que vão escolher quem será o jantar (...) (BOVARD, 1994). A democracia moderna é mais do que apenas uma vontade majoritária. É o governo que se faz de acordo com a vontade da maioria do povo, colhida de maneira direta (plebiscito, eleições) ou de maneira indireta (pelo sistema representativo), mas desde que respeitados os direitos da minoria. Além disso, uma democracia representativa só funciona adequadamente se houver um sistema efetivo de partidos, com programas de governo – para que a vontade dos eleitores não seja burlada pelos eleitos que queiram trair os compromissos e programas partidários que foram usados para captar os votos dos eleitores” (MAZZILI, 2007).

democracia no sentido moderno da palavra), que deve ser corretamente definida não como o faziam os antigos, isto é, como o “poder do povo”, e sim como o poder dos indivíduos tomados um a um, de todos os indivíduos que compõem uma sociedade regida por algumas regras essenciais, entre as quais uma fundamental, a que atribui a cada um, do mesmo modo como a todos os outros, o direito de participar livremente na tomada das decisões coletivas, ou seja, das decisões que obrigam toda a coletividade. (BOBBIO, p. 51, 2004).

Encontra-se na democracia, pois, uma maneira de garantir a igualdade e a liberdade entre os cidadãos dentro da coletividade<sup>5</sup>. Não é talvez um objetivo, mas entendemos a democracia, tal qual uma necessidade nos dias de hoje.

“A democracia é a ideologia do nosso tempo, talvez não por convicção, nem por hábito, mas por falta de alternativas.” (ZAGREBELSKY, 2012, p. 36).

É ela, a princípio, que guiará os caminhos da efetividade dos direitos fundamentais, e deu a possibilidade deles existirem. Assim, para que se possa compreender o processo como um todo dentro das peculiaridades sociais do Brasil, analisar-se-á, agora, inevitavelmente, o retrato da democracia no país atualmente, pós Constituição de 1988.

Tendo em vista todo o processo histórico da política brasileira, pode-se dizer que o quadro atual, pós-Constituição de 1988, seja o mais democrático de sua história. Após um regime democrático, e com a construção de uma Constituição com a participação do povo e a alcunha de ser Cidadã, demonstram que ela coroa o regime do país nos dias de hoje.

Claro que não é apenas um texto constitucional que irá reduzir ou fazer esquecer de todo um passado que acentuou a desigualdade entre a sua sociedade, mas a sua efetivação é o bom caminho para reduzi-la e erradicá-la. Colocar os direitos humanos como mote principal e a visão democrática em sua elaboração fora um ótimo início de percurso. O que se faz agora e que se busca para efetivá-los é o que caracteriza e humaniza a democracia na experiência atual do país. Como objeto de estudo deste presente trabalho, o que se busca é perceber o se faz pela minoria homossexual no contexto democrático.

A dignidade da pessoa humana é trazida como principal fundamento na nova Lei e a

---

5 “Fundamentalmente são dois valores que inspiram a democracia: *liberdade* e *igualdade*, cada um destes valores, é certo, com sua constelação de vassalagem, ainda que em grau variabilíssimo. E pode-se até, conforme predomine este ou aquele valor, distinguir as concepções *liberais* das concepções *igualitárias* da democracia. A liberdade de cada um e de todos é, assim, inerente à democracia. Que é, porém, a liberdade? É ela a ausência de constrangimento ou a adesão à inexorável marcha da História? Ela se conquista contra o poder, e contra os poderosos, alargando a esfera da autonomia individual, ou se conquista pelo Poder, por meio deste contra o mundo? E a igualdade, outro dos sustentáculos da democracia? Resume-se ela na supressão dos privilégios juridicamente consagrados ou envolve a unificação do modo e da condição de vida de todos os homens? Entre as teses extremadas sobre liberdade e sobre igualdade, muitas outras se inserem, do que decorre uma perplexidade natural. E entre todos esses a opção decorre da filosofia de vida, da cosmovisão que cada um mais recebe do meio cultural do que forma por sua própria razão e convicção” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 101).

construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a redução das desigualdades são seus objetivos<sup>6</sup>. Não podendo ser diferente e explicitamente encrustada em seus dispositivos, uma Constituição proveniente de uma Assembleia Constituinte que aceitava emendas populares da sociedade e fora formada com os representantes do povo, votados democraticamente após 21 anos de regime militar.

Após esse esforço do poder legislativo, e 27 anos após a promulgação da Constituição Federal, percebe-se que certas lacunas ainda persistem a ponto de não permitir que essa democracia – tão ensejada – possa, de fato, ser vista nas relações sociais.

“O homem livre da pobreza, da miséria, da segregação cultural e educacionais, certo da garantia de efetividade dos direitos sociais relaciona-se socialmente de forma digna, reagindo aos fatores de dominação das elites sociais.” (NEME; TOLEDO, 2013, p.15).

A interação social de um excluído traz à tona diversas lacunas encontradas na sociedade que ainda precisam ser consertadas e costuradas a fim de garantir a efetividade e garantir o rol de direitos constitucionais.

Nessa toada do debate, como identificar num país que quer se desvincular de seu caráter repressor e identificá-lo numa democracia, sem preservar a igualdade de suas minorias? Estas ainda subordinadas e sufocadas pelas determinações da maioria relevante, votante/democrática e opressora, que como se viu, já neste trabalho, determina os mais diversos tipos de relações e condutas sociais, econômicas, políticas e culturais.

Por mais realistas que sejamos, cotidianamente acreditamos que a mudança das leis ensinará a mudança do mundo. É uma luta constante na busca de novas leis que tutelem liberdades e abram novos caminhos para a sociedade. O que não percebemos é que esse processo nada mais é do que uma movimentação do mundo para a consignação de práticas sociais, procedimentos políticos ou reconhecimentos jurídicos já existentes fenomenicamente e que precisam de formalização para ainda mais se disseminarem. Logo, é a prática do mundo, os jogos da sociedade e o exercício da cidadania que precederá a formalização jurídica pelo direito positivado. Diante disso, devemos abandonar a crença simplista de que a lei modifica o mundo, mas assumir o princípio de que o mundo modifica a lei (AGUIAR, 2002, p. 69).

De certa forma, entende-se que a Constituição de 1988 não foi apenas um sonho utópico para fazer valer a democracia no Brasil. Mas, sim, o primeiro passo de uma longa jornada, que entre preconceitos e percalços da igualdade e liberdade, enraizados em questões culturais na sociedade, se afasta da ideia principal do Estado e de suas leis. Para buscar vencê-

---

6 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** e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação** (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, grifo nosso).

los, basta lutar contra estes obstáculos, pois o grande artifício legal já está disponível.

## **A DEMOCRACIA SUBSTANCIAL E A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA**

Na seara da discussão de igualdade formal e material, tem-se que conceituar e identificar a dualidade de democracias, no presente momento: “democracia substantiva”, antagonista à ideia da “democracia formal”.

É sabido que, etimologicamente, a palavra democracia vem do grego e significa “governo do povo”.

As democracias pelo mundo têm no seu poder, governantes escolhidos pela maioria de seu povo, que se legitima por meio de eleições, sendo escolhidos por suas propostas de governos e promessas de ações políticas, dando voz a uma causa. Por vezes, essa voz cala outras, podendo ocorrer, entre mandatos de poder, uma opressão ao grupo marginalizado, ou minorias sem representatividade no poder.

Entende-se, a partir da análise da obra de Dworkin que a democracia meramente baseada numa decisão majoritária pode ser até mesmo injusta. Não é essa determinação a mais coerente, se única, para um Estado. Além dessa concepção majoritária (majoritarian conception) da democracia, temos a concepção da coletividade (partnership conception), onde se busca os conceitos de justiça, igualdade e liberdade para a tomada de uma decisão – não apenas procedural, mas mais próxima da realidade do povo e de seus anseios<sup>7</sup> (2008, p. 113-114). E é neste equilíbrio entre as duas concepções que a democracia deve se afirmar para garantir sua fundamentalidade.

Conceituando, “democracia significa o autogoverno com a participação de todas as pessoas, que atuam conjuntamente como membros de um empreendimento comum, em posição de igualdade” (DWORKIN, 2010, p.190).

E complementando a ideia central, “vontades majoritárias podem ser antidemocráticas, bem como decisões estatais contra majoritárias por muitas vezes são essenciais ao regime da democracia” (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 67).

---

7 (...) is whether the majority is entitled by the right theory of democracy to treat a minority in that way. That contrast brings out the crucial difference between the two conceptions of democracy. The majoritarian conception purports to be purely procedural and therefore independent of other dimensions of political morality; it allows us to say, as I indicated, that decision is democratic even if it's very unjust. But the partnership conception does not make democracy independent of the rest of political morality; on that conception we need a theory of equal partnership to decide what is or is not a democratic decision, and we need to consult ideas about justice, equality and liberty in order to construct such a theory. So on the partnership conception, democracy is substantive, not a merely procedural ideal (DWORKIN, 2008, p.133-134).

A ideia de democracia substantiva então se rende ao equilíbrio dessas duas ideias. Seja pela legitimidade que lhe é dada com a votação da maioria e a formalidade de seus procedimentos, mas também, buscando ideais de igualdade entre os seus indivíduos.

Deste modo se a democracia é um sistema político baseado na igual liberdade dos indivíduos, é imperativo reconhecer que ela tem por objetivo a promoção de um parâmetro normativo identificado como um bem moral específico, a dignidade da pessoa humana, e para tanto, apresenta uma série de métodos, vias e procedimentos de harmonização de bens e interesses individuais, sempre subordinados a esse objetivo primário. [...] Assim, a concepção substantiva de democracia não nega a necessidade de procedimentos, nem das decisões majoritárias para a caracterização do regime. Mas também não apenas neles sua identificação. (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 77-78).

Não se podem defender regras, mesmo que meramente formais ou procedimentais que sejam contras à ideia de igualdade, liberdade e fraternidade de uma sociedade. Independente de dicotomias, a democracia nunca poderá ficar imune à defesa de tais princípios.

O fato é que aquilo que entendemos por Estado Democrático de Direito, só é possível dentro de uma estrutura moral que tem como fundamento a igualdade de todos os homens em mesma dignidade, e consequentemente, a igual liberdade dos indivíduos. Tanto é que, mesmo as visões de democracia que se pretendem meramente procedimentais, não podem conceber argumentos que tolhem a liberdade, ou que se pretendam intolerantes, sob pena de autodestruição do próprio esquema democrático (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 71).

Em se tratando da igualdade entre a população de um Estado Democrático de Direito, a pergunta que fica é como todos esses indivíduos serão representados na luta pelos seus direitos no poder. Com o voto, representantes do povo assumem o local no Poder Legislativo e no Poder Executivo para movimentar o país, determinando com a legitimidade provinda da soberania popular, o que é prioridade, o que não é e por aquilo que vai se lutar.

É necessário, então, a consciência e participação da população no voto, para fortalecer o instituto da democracia. Pois, como se defende neste trabalho para a garantia de direitos como a igualdade e a liberdade, que logo serão base para o direito à homoafetividade, a sociedade deve estar contida num cenário de democracia. “A democracia, como direito fundamental, em alguma medida subverteria essa lógica de classificação dos direitos [entre patrimoniais e fundamentais], isso porque a sociedade com democracias reais experenciam arranjos equânimes entre igualdade e liberdade” (ALVES, 2013, p. 117). Ainda, cenário tal que promova e seja eficaz na luta de seus princípios e fundamentos. Ela não pode, por exemplo, apresentar falhas tal como na

[...] participação popular nos Estados democráticos reais [que] está em crise por pelo menos três razões: a) a participação culmina, na melhor das hipóteses, na formação



da vontade da maioria parlamentar; mas o parlamento, na sociedade industrial avançada, não é mais o centro do poder real, mas apenas, frequentemente, uma câmara de ressonância de decisões tomadas em outro lugar; b) mesmo que o parlamento ainda fosse o órgão do poder real, a participação popular limita-se a legitimar, a intervalos mais ou menos longos, uma classe política restrita que tende à própria auto conservação, e que é cada vez menos representativa; c) também no restrito âmbito de uma eleição uma tantum sem responsabilidades políticas diretas, a participação é distorcida, ou manipulada, pela propaganda das poderosas organizações religiosas, partidárias, sindicais, etc. (BOBBIO, 2004, p.64)

E ainda, completa Bobbio: “A participação democrática deveria ser eficiente, direta e livre: a participação popular, mesmo nas democracias mais evoluídas, não é nem eficiente, nem direta, nem livre” (2004, p. 64).

Dessa maneira, mais que a representatividade que a democracia traz, no texto constitucional (artigo 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.”), ela deve ser sensata.

A democracia crítica quer tirar o povo da passividade e também da mera reatividade. Quer fazer dele uma força ativa, capaz de iniciativa, e, portanto, de projetos políticos elaborados por si mesmo. Em resumo: quer um povo que seja o sujeito da política, não objeto ou instrumento (ZAGREBELSKY, 2012, p. 143).

Tanto o equilíbrio da democracia substantiva como o critério da população de escolher seus representantes da democracia é importante na consolidação do princípio. Ambos precisam conversar entre si, a fim de que os anseios da sociedade sejam os mais realistas e próximos da verdade, nas reuniões e decisões políticas.

Para fazer valer a democracia substancial<sup>8</sup>, é preciso identificar o que se espera da população para o país, e ainda, a melhor maneira de ser feito isso, é por meio do voto. Assim, no Brasil, é válida a democracia representativa.

A base fundamental da representação é a ideia exposta por Montesquieu de que os homens em geral não têm a necessária capacidade para bem apreciar e conseqüentemente bem decidir os problemas políticos. Assim, no interesse de todos, essas decisões devem ser confiadas aos mais capazes, aos representantes do povo. Mas todo e qualquer homem tem a capacidade de identificar, no seu círculo de convívio, esses que são mais capazes. Por isso, a seleção desses representantes deve ser dada a todo o povo, que a estabelecerá por meio de uma eleição (observe-se que, para a doutrina política helênica, a eleição era um método aristocrático de seleção, enquanto o sorteio é que era considerado mais democrático) (FERREIRA FILHO, 2007, p. 85).

A representação no Congresso Nacional sugere uma relação de confiança por parte

---

8 Para facilitar o leitor sobre conceitos, as teorias de democracia adjetiva não se confundem com as substantivas. “As teorias adjetivas se diferenciam das teorias substantivas da democracia, porque não fazem qualquer opção objetiva por valores substantivos. Dessa forma não conflitam entre si, constituindo-se, na verdade, em meta-teorias da democracia. Isso não significa, contudo, que as meta-teorias da democracia sejam epistemologicamente ou metodologicamente neutras. Elas expressam compromissos intrínsecos com teorias substantivas da democracia” (ALVES, 2013, p. 93).

do eleitor e do eleito, e claro, do partido político que se vota. Complicada relação, quando pouco se tem contato com quem vai se eleger, e com os potenciais colegas do partido que irão assumir no modelo de democracia representativa (isso no modelo proporcional que compõe o Poder Legislativo com deputados e vereadores).

Estrutura democrática com claro pilar aristocrático<sup>9</sup>, a democracia representativa deve compor o Poder Legislativo e Executivo do país, já que são estes os núcleos de decisões políticos. E os representantes devem representar seus representados à medida de seus interesses e daquilo que fora prometido a serem escolhidos, pelo bom senso político de atuação. O modelo tem por bases:

A soberania popular, o sufrágio universal, a observância constitucional, o princípio da separação dos poderes, a igualdade de todos perante a lei, a manifesta adesão ao princípio da fraternidade social, a representação como base das instituições políticas, limitação de prerrogativas dos governantes, Estado de Direito, temporariedade dos mandatos eletivos, direitos e possibilidades de representação, bem como das minorias nacionais, onde estas porventura existirem (BONAVIDES, 2006, p. 294).

O voto vem do povo, e então a decisão, teoricamente, também. Todos devem votar, de acordo com as regras da Constituição Federal. Contudo, ele se divide em duas formas de elegibilidade. A majoritária, onde é apto ao mandato aquele candidato que ganha mais votos – assim são escolhidos os chefes do Executivo e os Senadores – e a proporcional, onde uma conta determina uma relação entre votos, partidos, elegíveis e vagas no Congresso Nacional, para os componentes do Legislativo.

Atualmente, duras críticas se fazem ao modelo. Alguns questionam sobre perguntar à população sobre seus representantes apenas de quatro em quatro anos. Outros discutem sobre a formação daqueles que representam a população. Outros questionam se os partidos políticos possuem alguma identidade política para existirem.

Os inúmeros partidos políticos<sup>10</sup>, sem militância definida ou bandeira que se levanta,

---

9 “A representação moderna, fundada, como se viu, numa lição de Montesquieu e, depois, estruturada por Siéyès, tinha outro alcance. Era, como ainda é, um modo de compor o governo, dando aos escolhidos a decisão sobre os meios e modos de realizar o bem geral. Esta colocação, de nítido caráter aristocrático, tem um notório fundo político, em sua origem. Traduzia no século XVIII o temor da burguesia em relação a um governo em que o número, portanto a plebe, diria a última palavra. Esse horror à plebe, essa desconfiança em relação à massa, é a mola oculta que levou Siéyès a formular a sua célebre teoria. Segundo este, o supremo poder cabe não ao povo, conjunto de homens vivos num determinado instante em um determinado território, mas a *nação*, entidade abstrata, personificação dos interesses permanentes profundos das gerações em sucessão. A nação que é representada, não o povo. Este deve ser chamado a votar, mas ao fazê-lo, age como órgão da nação para a escolha dos representantes da nação. O eleitorado exerce, pois uma função para o soberano: escolhe aqueles indivíduos cuja deliberação, singular ou coletiva, formula a vontade de nação soberana. (FERREIRA FILHO, 2007, p. 86-87)”.

10 Atualmente, registrados no TSE são 35 partidos políticos. A maioria dos países, como Estados Unidos, Alemanha, Canadá, Portugal, Venezuela não possuem mais de quinze partidos políticos cada um. No Brasil, em rápida pesquisa, muitos partidos se confundem até mesmo nas suas siglas, mudando adjetivos pela suas

confundem o eleitor que possui uma causa para ser lutada. As suas propagandas políticas não são claras, e também, quando são, não se tem a certeza de que elas são sérias, ou mais uma demonstração da máxima democrática do Brasil: “os partidos políticos formulam, prioritariamente, políticas para ganharem as eleições, e não ganhar as eleições por formularem políticas.” (KLEIN, 2002, p.138).

Existem sim, pessoas conscientes que são votadas por outras – tão consciente quanto – que lutam pelos direitos dos menos favorecidos, ou por aquele programa ou aquela diretriz de seu partido e de seus representantes. Contudo, eles são “poucas exceções que acreditam na democracia e conduzem com seriedade os seus trabalhos nas casas legislativas, mas são tão poucos, que não conseguem ser ouvidos na defesa dos interesses populares.” (RODRIGUES, 1998, p. 64). Esta democracia, nestes moldes, consegue efetivar seus princípios e fazer valer a igualdade e a liberdade prevalecer? Fazendo com que tais princípios decorram na realidade aos mais diversos grupos vulneráveis e identifique direitos, como a escolha livre de um parceiro de um indivíduo homossexual,

Em síntese, a democracia, em sentido formal, aceita qualquer conteúdo ideológico, porque se estabelecem regras sobre como se chega à decisão política e não o que se decide. Entretanto, vive-se a crise da democracia representativa, uma vez presentes tais fatores como: a vontade do representante não se identifica com a do representado; cada vez mais se verifica o afastamento do povo do processo político [...] (CAMBI, 2007, p.11).

Para fazer valer a ideia de democracia, as pessoas que buscam os direitos de igualdade e liberdade devem confiar naqueles que detêm o Poder Legislativo, e pressionarem por ações afirmativas de inclusão e integração, ou ainda, e mais efetivas, pelas propostas de governo coerentes com a realidade e que fizeram candidato X ou Y serem votados.

## **A IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO À HOMOAFETIVIDADE COMO UM DIREITO HUMANO**

Após os períodos de guerra, o espírito de solidariedade recrudescceu entre os homens, e a garantia de seus direitos nasceu após serem assolados das mais diversas formas, cruéis e bélicas. À tentativa de não se viver mais aquilo que se viveu, criaram-se mecanismos para garantir a dignidade e a igualdade do povo. Pode-se destacar a criação da Organização das Nações Unidas e a regulamentação dos Direitos Humanos internacionalmente, pela Declaração de Direitos do Homem, em 1948.

---

Os Direitos Humanos são uma ideia política com base moral e estão intimamente locuções adjetivas correspondentes.

relacionados com os conceitos de justiça, igualdade e democracia. Eles são uma expressão do relacionamento que deveria prevalecer entre os membros de uma sociedade e entre indivíduos e Estados. Os Direitos Humanos devem ser reconhecidos em qualquer Estado, grande ou pequeno, pobre ou rico, independentemente do sistema social e econômico que essa nação adota. Nenhuma ideologia política que não incorpore o conceito e a prática dos Direitos Humanos pode fazer reivindicações de legitimidade. E, finalmente, há o reconhecimento crescente de que o respeito aos Direitos Humanos é imperativo para a sobrevivência da humanidade (CUNHA, 1998).

Sendo assim, não há discussão que, se os Direitos Humanos envolve a universalidade de pessoas da humanidade, as minorias estão presentes no raio de atuação dos mesmos. Vale a pena, para uma compreensão mais correta, analisarmos historicamente estes direitos.

A consolidação e determinação dos Direitos Humanos dentro de uma sociedade ou ordenamento jurídico são extremamente amplas e pautadas na evolução histórica, social e cultural do povo a quem ela destina seus preceitos e normas.

Quando da Revolução Francesa, em 1789, que surgiram três grandes pilares dos Direitos Humanos (liberté, égalité, fraternité) nos ordenamentos jurídicos mundiais, a sociedade era dividida em três grandes polos: povo, clero e nobreza. O primeiro deles tinha muito pouca vantagem em cima dos outros dois, o que gerou grande mobilização para mudança e abolição dessa classificação iníqua, no pós-revolução.

Sobre isso, escreve Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Na verdade um dos primeiros passos da Revolução de 1789 foi a abolição dos privilégios. E logo no art. 6º, parte final, da Declaração de 1789 está a afirmação solene: ‘Todos os cidadãos são iguais a seus olhos (da lei) e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e de seus talentos. (p.113, 2002)

Esta igualdade é a base principal para uma convivência harmônica dentro de uma sociedade, que não dará surgimento a conflitos de interesses ou de ausências de direitos jurídicos. A chamada universalidade de direitos e garantias que hoje se tem e que irá fundamentar toda a base dos Direitos Humanos. É dessa discussão que se retorna com a ideia de que a igualdade formal deve se transformar na material dentro do contexto social. E as duas formaria uma realidade a ser mantida para prevalecer uma igualdade una.

Igualdade jurídica formal é a igualdade diante da lei [...]. Ela pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito e, ao contrário, é proibido a todas as autorizações estatais não aplicar direito existente em favor ou à custa de algumas pessoas. (HESSE, p.330, 1998).

Fica claro, a partir do princípio da igualdade que seria incabível discriminar alguém pela sua opção sexual. Assim, reconhecer direitos a quem é homossexual ou escolheu viver

em uma relação homoafetiva parece ser uma ramificação de tal princípio. Ainda sobre o tema, conceitua Maria Berenice Dias, própria cunhadora do termo “direito à homoafetividade” (2000), o qual se defende e se utiliza neste trabalho, que:

O direito à homoafetividade, além de estar amparado pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, também se alberga sob o teto da liberdade de expressão. Como garantia do exercício da liberdade individual, cabe ser incluída entre os direitos de personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica. [...] Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que fortalece estigmas sociais que acabam por causar sentimento de rejeição e sofrimentos (DIAS (a), 2007, p.8).

Permitir que a pessoa escolha como e com quem viver é, também, demonstração do respeito à sua dignidade. “A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual é previsto no artigo 1º, inc. IIIº da Constituição [...]” (GIORGIS, 2002 apud DIAS (b), p.331, 2007).

O indivíduo não pode ter um tratamento na sociedade diferenciado por conta de suas escolhas afetivas, dentro de seu âmbito de privacidade. Não há relação jurídica que possa sustentar que a orientação sexual seja uma exceção à igualdade promovida por lei (DIAS (b), 2007, p.338). Digno ao homem é a oportunidade que ele tem de fazer valer seus direitos. E permitir, assim, que ele tenha o livre arbítrio dentro do limite de seus deveres e obrigações. Podendo ser livre com suas convicções tanto culturais, sociais, políticas e sexuais.

[...] A dignidade humana é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito. Há um razoável consenso que ela constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições. (BARROSO, 2013, p.63).

A escolha sexual de cada um é íntima, e esta deve ser preservada por participar da formação humana do indivíduo. Portanto, este direito além de se basear no princípio da igualdade, também encontra suporte no da dignidade do homem.

A análise da união homoafetiva à luz da dignidade humana [...] é muito menos complexa [...]. De fato, no plano do valor intrínseco, existe um direito fundamental em favor da legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo: a igualdade perante a lei. Negar o acesso de casais homoafetivos ao casamento – e a todas as consequências sociais e jurídicas a que ele implica – representa uma forma de discriminação baseada na orientação sexual. (BARROSO, 2013, p. 105).

E baseado nestes dois princípios, pode-se avançar a análise, e agora discutir sobre Direitos Humanos. Seria a homoafetividade, um instituto baseado na igualdade e na dignidade

humana, um direito humano? A cada época do desenvolvimento da sociedade, tem-se uma nova concepção do que são os Direitos Humanos. Por exemplo, o mesmo direito humano de séculos atrás pode hoje não ter mais importância dentro das novas regras e do novo comportamento da humanidade. Assim, a cada época tem-se uma reformulação destes direitos.

Sobre isso, Bobbio entende que:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. [...] O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. (2004, p. 13).

Destacam-se dentro da legislação, os direitos humanos que trazem para o campo legal, as reivindicações morais e comportamentais da sociedade. Eles são garantidores da vida digna em sociedade (BREGA FILHO, 2002, p. 73). Assim, concluímos que a homoafetividade é um direito dentro daqueles chamados humanos.

Qual a importância de identificá-lo como tal, então?

A sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade da livre orientação sexual. (DIAS, 2007, p. 333).

Ter a sua sexualidade defendida e livre dentro da sociedade está, em paralelo, sua afirmação do seu próprio espaço. “A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva da pessoa e o direito à livre orientação sexual.” (DIAS, 2007, p. 337). Ainda mais quando ela será a minoria e os preceitos gerais podem sucumbir os seus direitos e privilégios.

## CONCLUSÃO

Como os próprios direitos humanos, a dignidade humana, visitada neste estudo, também se modifica pela cultura de uma comunidade, como entende Ingo Sarlet (2001, p.60). Estes valores não tem uma determinação estática pelos anos dentro da evolução social. Assim, ela junto com os valores da democracia contornam e delimitam os princípios e direitos de um povo, sobre aquilo que necessita e anseia.

Não há como não consentir que a homoafetividade seja um direito humano, por todas

as vertentes e bases constitucionais aqui declaradas. Sejam elas, sobre a ótica da igualdade material, do princípio da dignidade humana e também dos próprios direitos fundamentais.

A barreira desta aceitação é muito mais cultural e histórica, que jurídica, uma vez que esse direito já existe, e pode ser muito bem aplicado pela livre orientação sexual ou expressão de gênero de cada um. Dentro da democracia e do ordenamento cabe o referido direito, como fora demonstrado aqui, agora o que precisa é buscar o problema sociológico e cultural da sua barreira na consolidação social e no crescente preconceito que gera centenas de vítimas anualmente.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto. Procurando superar o ontem: um direito para hoje e amanhã. In: Notícia do direito brasileiro. Nova série. Nº 9. Brasília: Faculdade de Direito da UnB, 2002.

ALVES, Fernando de Brito. Margens do Direito: a nova fundamentação do direito das minorias. Núbia Fabris Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. Constituição e participação popular: A Construção Histórico-Discursiva do Conteúdo Jurídico-Político da Democracia como Direito Fundamental. Editora Juruá. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2013.

\_\_\_\_\_. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Democracia constitucional. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. (Tradução Carlos Nelson Coutinho) Nova ed. - 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Castro. 2002.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: Revista Panotica, ano I, vol.6, 2007.

CUNHA, José Sebastião Fagundes: Os direitos humanos e o direito de integração. 1998. Disponível em: [http://www.fagundescunha.org.br/artigos/humanos\\_integracao.htm](http://www.fagundescunha.org.br/artigos/humanos_integracao.htm)

DIAS, Maria Berenice. A homoafetividade como Direito. In: Novos direitos: A essencialidade

do conhecimento, da cidadania, da dignidade, da igualdade e da solidariedade como elementos para a construção de um Estado Democrático Constitucional de Direito na contemporaneidade brasileira. Org. Mauro Nicolau Júnior. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

\_\_\_\_\_. Homoafetividade e o direito a diferença (texto de opinião). 2007 b. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/26\\_-\\_homoafetividade\\_e\\_o\\_direito\\_%E0\\_diferen%E7a.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/26_-_homoafetividade_e_o_direito_%E0_diferen%E7a.pdf)

\_\_\_\_\_. União homossexual: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. Um estatuto para a diversidade sexual. In. Família entre o público e o privado. Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012.

DWORKIN, Ronald. A justiça de toga. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. Is democracy possible here? principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. 5ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica. Revista da Ajuris. Porto Alegre, n.88, t.1, dez. 2002.

KLEIN, Antônio Carlos. A importância dos partidos políticos no funcionamento do Estado. Brasília: Brasília Jurídica, 2002

MAZZILLI, Hugo Nigri. O direito das minorias (texto de opinião). Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI49350,61044-O+direito+das+minorias>

NEME, Eliana Franco; TOLEDO, Claudia Mansani Queda de. A redução das desigualdades na CF de 1988 por meio do aperfeiçoamento da democracia social e da revolução educacional. In: Estudos contemporâneos de direitos humanos. Organizado por Dirceu Pereira Siqueira e Luiz Fernando Kazmierczak. Birigui: Boreal Editora, 2013.

RODRIGUES, Pedro Pereira. A falência da democracia representativa formal. Goiânia: Sinasefe, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. A crucificação e a democracia. São Paulo: Saraiva. 2011. 1ª edição, 2ª tiragem. 2012.



# O SIGILO DOS DADOS ARMAZENADOS EM DISPOSITIVOS INFORMÁTICOS VERSUS A PROVA PERICIAL

Bruna de Oliveira da Silva Guesso SCARMANHÃ<sup>1</sup>

Mario FURLANETO NETO<sup>2</sup>

## RESUMO

Com os avanços tecnológicos, novas ferramentas de acesso e armazenamento surgiram, destacando-se, dentre eles, os smartphones. Os dispositivos informáticos atuais são capazes de armazenar imagens, vídeos, sons, mensagens e registro de chamadas, entre outras funções. Frente à nova forma de armazenamento de dados surge a necessidade de tutelar o sigilo das informações e garantir a segurança pública, pois muitos se utilizam destas ferramentas para a prática de delitos. Nesse sentido, buscou-se verificar a necessidade ou não de ordem judicial para a coleta de informações contidas nos dispositivos informáticos para embasamento da prova pericial. Assim, por meio de revisão bibliográfica e legislativa, buscou-se enfrentar os conceitos de liberdade, intimidade, privacidade e vida privada como alicerce e referencial teórico para discutir a necessidade de ordem judicial para a realização da prova pericial. Conclui-se, portanto, que os dados e informações armazenados em dispositivos informáticos estão tutelados pela Constituição Federal, em respeito ao direito à intimidade, o que permite confirmar a hipótese de que tal prova somente poderá ser produzida, ou por autorização do titular ou possuidor do dispositivo informático, ou por ordem judicial prévia, sob pena de produzir prova ilícita, por latente violação à Constituição cidadã.

**PALAVRAS-CHAVE:** sigilo; prova pericial; intimidade; privacidade; dispositivos informáticos.

## ABSTRACT

With technological advances, new tools for access and storage have emerged, highlighting among them smartphones. The current computing devices are able to store images, videos, sounds, messages and call log, among other functions. Faced with the new form of data storage comes the need to protect the confidentiality of information and ensure public safety, as many are using these tools to commit irregularities. In this sense, it sought to verify whether or not a court order for the collection of information contained in computer devices for foundation of expert evidence. Thus, through literature and legislative review, we sought

- 1 Mestranda em Direito na área de concentração: Teoria do Direito e do Estado - atuando na área de pesquisa: construção do saber jurídico: Bolsista CAPES - Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Integrante dos grupos de pesquisas NEPI (Núcleo de Estudos em Direito e Internet) e GRADIF (Gramática dos Direitos Fundamentais) no UNIVEM/Marília. Ênfase em Direito Constitucional e Civil, ampliando e aplicando investigações acadêmicas em Biodireito e Biotecnologia em relação aos Direitos Fundamentais. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM - pesquisadora no Programa Iniciação Científica, de 2011 a 2015. Bolsista Programa IBERO-AMERICANAS SANTANDER, Ed. 2012/2013 - Intercâmbio na Universidade de Granada (Espanha).
- 2 Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Marília Fundação Eurípides Soares da Rocha, Mestrado e Doutorado em Ciência da Informação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Atualmente é professor titular da graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Delegado de Polícia da Polícia Civil do Estado de São Paulo, professor da Academia da Polícia Civil do Estado de São Paulo, atuando principalmente nos seguintes temas: crimes informáticos, furto mediante fraude, pornografia infantil na internet e inquérito policial eletrônico.

to address the concepts of freedom, intimacy, privacy and private life as a foundation and theoretical framework to discuss the need for a court order to carry out the expert evidence. It follows, therefore, that the data and information stored on computing devices are protected by the Constitution, with respect to the right to privacy, which confirms the hypothesis that such evidence could be produced only, or authorization of the owner or possessor the computer device, or by prior court order, under penalty of producing illegal evidence, latent violation of the citizen constitution.

**KEY-WORDS:** secrecy; expert proof; intimacy; privacy; computing devices.

## INTRODUÇÃO

Os dispositivos informáticos atuais possuem inúmeras funções e vários meios de armazenamento de dados. Grande exemplo disso são os smartphones, capazes de armazenar imagens, vídeos, sons, mensagens e registro de chamadas, entre outros.

Contudo, diante das novas tecnologias surgem novos meios para a prática de crimes. Os criminosos utilizam as tecnologias para potencializar suas ações, frente a isso, observa-se novas ferramentas e aplicações visando evitar a identificação e a coleta de provas a viabilizar futura investigação criminal.

Ocorre que, as informações contidas nos dispositivos informáticos são de caráter íntimo ou privado e não podem ser manipuladas sem o consentimento de seu titular ou sem prévia ordem judicial, posto estar sob o manto do sigilo assegurado pelo direito fundamental à intimidade garantido pela Constituição Federal (CF).

No entanto, verifica-se a necessidade de assegurar a segurança pública da sociedade, principalmente, nos casos de flagrante delito. Nessa situação, pode ocorrer a manipulação ou eliminação dos dados pelo usuário, comprometendo a instrução da prova pericial. Diante do conflito de direitos, discute-se a necessidade de prévia ordem judicial ou autorização do titular para a realização de perícia frente o sigilo dos dados armazenados em dispositivos informáticos.

Nesse passo, de um lado, constata-se que o artigo 5º, XII, da CF, ao fazer referência ao processo que envolve a transmissão e a recepção de mensagens entre um emissor e um destinatário receptor por via telefônica (comunicações telefônicas), exige autorização judicial para interceptação telefônica instantânea, porém, por outro lado, a captação do registro de dados armazenados em dispositivos informáticos está direcionada a informações ocorridas no passado.

Assim, seria possível, no caso concreto, permitir o acesso e a coleta de dados contidos em dispositivos informáticos, sem a prévia ordem judicial, materializando-se a prova pericial?

A fim de enfrentar o problema, por meio de revisão bibliográfica e legislativa, analisar-se-á, inicialmente, os conceitos de liberdade, privacidade, intimidade e vida privada, como alicerce e referencial teórico para enfrentar a necessidade ou não da ordem judicial para acesso e coleta de dados nos dispositivos informáticos apreendidos frente o manto do sigilo decorrente do direito à intimidade, visando confirmar a hipótese de que o artigo 5º, inciso XII, da CF, a princípio, resguarda a comunicação de dados, não os dados em si, porém, denota-se que os dados armazenados em dispositivos informáticos, como smartphones, ainda, estão providos de proteção constitucional materializado no direito à intimidade.

## **O SIGILO DOS DADOS ARMAZENADOS EM DISPOSITIVOS INFORMÁTICOS**

O indivíduo possui o direito de manter aspectos de sua vida em sigilo, seja no âmbito familiar, profissional ou social. Destarte, a informação de caráter íntimo ou privado de cada pessoa, não poderá ser manipulada sem o consentimento do usuário, sob pena de violar a tutela à liberdade.

Nesse seara, Montesquieu (1956 apud SILVA, 2016, p. 233) conceitua a liberdade como “o direito de fazer tudo o que as leis permitem”, contudo, Silva (2016) adverte que este conceito traz um risco, pois deve levar em conta, para fins de validade, leis consentidas pelo povo. Mais aceitável, de acordo Silva (2016), é o conceito trazido pela Declaração de 1789 que condiciona o direito à liberdade aos limites que tangenciam os direitos dos demais membros da sociedade, que tem direito ao gozo dos mesmos direitos. Destaca que apenas a lei pode estabelecer tais limites, isto é, senão aqueles que sejam nocivos à sociedade.

Nessa dimensão, o conceito de liberdade frente o armazenamento de dados abrange outros direitos fundamentais, tais como a privacidade, a intimidade e a vida privada.

Com efeito, de acordo com Canotilho (2003, p. 383) “os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva”, isto é, em um primeiro plano, “constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual” e, em uma segunda dimensão, “implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de

exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”.

Em consonância, preceitua Miranda (2012, p. 7, grifo do autor) que “por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material”.

Assim, dispõe o artigo 5º, inciso X, da CF, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e imagem das pessoas (BRASIL, 2016).

Nas palavras de Lafer (1998 apud MEIRA, SOARES e PIRES, 2012) privacidade é “o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada”.

Na definição de Bastos (2000, p. 55-56, apud MEIRA, SOARES e PIRES, 2012), o direito à privacidade é “a faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano”.

Nesse passo, Silva (2016) conceitua a privacidade enquanto gênero, dos quais são espécies, a intimidade, a vida privada, o direito à honra, à imagem das pessoas, entre outros. Dessa maneira, a privacidade compõe um conjunto mais amplo que a intimidade, pois todo íntimo é privado, mas nem todo o privado é íntimo, a ponto de agrupar no direito à privacidade.

Logo, “o conceito de direito à privacidade é subjetivo, pois é inerente a cada indivíduo delimitar os fatos e informações que deseja manter sob sigilo” (MEIRA, SOARES e PIRES, 2012).

Nesse raciocínio, acrescenta Bastos (2000, p. 55-56 apud MEIRA, SOARES e PIRES, 2012) que o direito a intimidade “consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um (...)”, e finaliza seu pensamento ao afirmar que o direito a intimidade também visa “(...) impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano”.

Dotti (1980, p. 69) conceitua a intimidade como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”, isto é, evitar disponibilizar ao conhecimento de outrem aquilo que é pessoal, íntimo ou particular.

Nessa seara, Davara Rodríguez (2008, p. 55) explica que os dados pessoais têm conexão com a intimidade (unidos ao indivíduo e em seu entorno social) e que a privacidade é a possibilidade de mantê-los em sigilo, resguardados de acesso e intromissões alheias, ressaltando, no entanto, que o surgimento da informática e a rápida transmissão de informações possibilitou uma fonte potencial de agressividade contra a intimidade da pessoa em diferentes formas.

Ocorre que no meio ambiente da rede mundial de computadores a discussão sobre a intimidade, a vida privada e a privacidade não pode ficar restrita aos arquivos de dados pessoais. Assim, levando em conta que os dispositivos informáticos são utilizados como verdadeiros depósitos de informações, necessário se torna que tais informações também sejam objeto de alguma proteção pelo ordenamento jurídico, pois de acordo com Davara Rodríguez (2008, p. 49, tradução nossa) “(...) trata-se de proteger as pessoas ante o manejo ou manipulação, não autorizada, de seus dados pessoais (...)”<sup>3</sup>.

Nessa dimensão, nota-se que a CF brasileira, em seu artigo 5º, X, preocupou-se em tutelar a intimidade, que por sua vez engloba o sigilo dos dados armazenados em dispositivos informáticos.

Observa-se que os dispositivos informáticos atuais são utilizados como verdadeiros depósitos de informações, sendo que a popularização dos smartphones cada vez mais multifuncionais possibilita ao seu usuário, além de efetuar e receber chamadas, “realizar envio e recebimento de mensagens, fotografar, filmar, ter conexão com a Internet, envio de e-mails, agenda telefônica, armazenamento de dados e utilização de aplicativos de mensagens” (BARRETTO; FÉRRER, 2016).

Assim, diante desse contexto, compreende-se que o fluxo e o armazenamento de dados são inúmeros e diante dessa nova situação surge a discussão sobre a intimidade, a vida privada e a privacidade, pois, por um lado as novas funcionalidades dos dispositivos informáticos têm contribuído para a migração de todos os serviços num só lugar e concentração de dados, mas, em contrapartida, de acordo com Barreto e Férrer (2016), o dispositivo informático “(...) tem sido utilizado como meio para o cometimento de vários

---

3 (...) se trata de proteger a las personas ante el manejo o manipulación, no autorizada, de sus datos personales (...).

delitos, desde a simples ameaça até a extorsão mediante sequestro”.

Destarte,

A polícia judiciária tem encontrado dificuldades na investigação de delitos, em razão dos criminosos utilizarem de aplicações de Internet disponíveis para celulares como potencializadores de suas ações. A contabilidade de um traficante, por exemplo, na realização de uma busca e apreensão, era encontrada em anotações. Hoje, armazenada em um telefone, não deixou de ser elemento informativo de interesse à individualização da autoria e materialidade delitiva. Da mesma forma, é o conteúdo de aplicativos de mensagens armazenadas no aparelho de um investigado que, ao ser apreendido, pode trazer dados úteis à apuração do fato (BARRETTO; FÉRRER, 2016).

Frisa-se que os dispositivos informáticos estão aptos a armazenar dados pessoais, assim como o produto do fluxo das comunicações de informática, motivo pelo qual formula-se a assertiva de que os dados armazenados em dispositivos informáticos estão protegidos pelo manto do sigilo que decorre da privacidade, intimidade e vida privada, ambos tutelados constitucionalmente.

Desse modo, discute-se se há ou não necessidade de ordem judicial para que seja realizada a perícia em dispositivos informáticos, partindo-se do pressuposto de que de um lado há o direito fundamental à privacidade e de outro há o direito à segurança pública (artigo 5º, X, caput, da CF).

Pois bem, acerca dos dados pessoais, não há no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) um conceito específico do que os seria, porém, Lima (2014, p. 155) chega à conclusão de que dado pessoal pode ser considerado “como qualquer informação que permita a identificação, direta ou indireta, de um usuário, incluindo dados cadastrais (...) e técnicas (endereço de IP) (...)”.

Sob o aspecto dos dados cadastrais, o Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016 (BRASIL, 2016b), que regulamentou o Marco Civil da Internet, estipulou-os como sendo os relativos a filiação, endereço e a qualificação pessoal, entendida como nome, prenome, estado civil e profissão do usuário do provedor.

Com efeito, Lima (2014, p. 155, grifo nosso) assegura que o Marco Civil da Internet “mitigou a proteção ao acesso aos dados cadastrais, que digam respeito à qualificação pessoal, filiação e endereço do usuário, os quais podem ser solicitados diretamente pelas autoridades administrativas, independentemente de ordem judicial, nos termos do artigo 10 § 3º da Lei nº 12.965/2014”.

No entanto, o artigo 10, § 1º da Lei supramencionada, estabelece a regra de que “os provedores responsáveis pela guarda dos registros eletrônicos somente deverão disponibilizá-

los, incluindo os demais dados para identificação do usuário, mediante ordem judicial, deixando esclarecido que a regra é a proteção dessas informações” (LIMA, 2014, p. 156). A ordem judicial aventada faz referência à hipótese de o provedor ser provocado a informar os registros de acesso, válida tanto para provedores de conexão como para provedores de aplicações de Internet.

Constata-se, portanto, que a exceção do artigo 10 § 3º, apenas diz respeito ao acesso aos “dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição”, mas, “não se encontra autorizada a entrega de dados envolvendo endereços de IP, sem ordem judicial” (LIMA, 2014, p. 156-157).

Destaca Lima (2014, p. 157) haver eventual “falha da lei e de aparente contradição, pois, em tese, o IP deveria ter proteção mais branda do que os dados cadastrais”, tendo em vista, segundo o autor, “não haver autorização legal para o fornecimento de registros de conexão sem ordem judicial, conforme expressamente disposto no artigo 22 do Marco Civil da Internet”.

Nessa dimensão destaca-se o artigo 11 da Lei nº 12.965/2014, ao exigir que “em todas as atividades que envolvam coleta, armazenamento, guarda e tratamento de quaisquer dos registros eletrônicos”, é imprescindível que “sejam respeitados o direito à privacidade e a proteção aos dados pessoais” (LIMA, 2014, p. 158).

Logo, os dados constantes nos dispositivos informáticos estão resguardados pela cláusula geral de resguardo da intimidade, disposta no artigo 5º, X da Constituição Federal, sendo, portanto, a proteção dos dados armazenados latente ao direito fundamental à privacidade.

Ressalta-se, ainda que a Lei nº 12.965/2014, no artigo 7º, III, estabelece os princípios, garantias e deveres para o uso da Internet no Brasil, ao prever, dentre os direitos assegurados aos usuários da rede mundial, “a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial” (BRASIL, 2014).

Dessa maneira, em caso de flagrante delito, as autoridades policiais poderiam apenas acessar dados, como imagens e conversas existentes em dispositivos informáticos, somente após requerimento judicial da quebra do sigilo dos dados armazenados em respeito ao direito fundamental à intimidade, sendo observados, em medida proporcional, os interesses constitucionais envolvidos, isto é, o direito difuso à segurança pública previsto no artigo 5º,

caput, da CF, e o direito fundamental à intimidade disposto no artigo 5º, X, da CF.

Observa-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no que tange o acesso aos dados contidos nos dispositivos informáticos para fins de investigação criminal, recentemente se manifestou no sentido de preservar o sigilo destas informações antes da concessão de ordem judicial para a quebra destes dados, a fim de assegurar o direito fundamental à intimidade do indivíduo. Senão vejamos:

EMENTA. PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial. 2. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos (BRASIL, 2016).

Observa-se que, com base na decisão supramencionada, para que haja a intervenção judicial nas comunicações eletrônicas e no acesso a dados armazenados em dispositivos informáticos deve-se respeitar as normas constitucionais, em observância aos direitos fundamentais no que tange a intimidade e privacidade do indivíduo, sendo ainda observado na autorização judicial - determinando a quebra de sigilo do conteúdo contido no dispositivo informático - a fundamentação e a finalidade específica, disposta em lei, tendo em vista que a observância destes pressupostos legais irá determinar ou não a licitude da prova coletada.

Nesse sentido, assegura Guardia (2012, p. 9) que “a intervenção no fluxo de dados (de conteúdo ou de tráfego), meio de obtenção de prova que tem como característica a restrição de direitos fundamentais, pode ocorrer em canal aberto ou fechado”. Ainda, nas palavras do referido autor “neste caso, trata-se de medida excepcionalíssima, pois limita o exercício do direito ao segredo das comunicações, da proteção de dados pessoais e da liberdade de pensamento e expressão”.

Nota-se que,

A intervenção nas comunicações eletrônicas e a busca e apreensão de aparelho digital exigem juízo de proporcionalidade: averiguada a inexistência de outros meios menos lesivos aos direitos do investigado (necessidade); avaliada a eficácia da medida para atender o escopo de apuração dos fatos (idoneidade); valoradas as consequências do ato, em relação à estigmatização jurídica e social que sofrerá o inculcado (proporcionalidade em sentido estrito). (...) A busca e apreensão de aparelho eletrônico constitui diligência investigativa de procura e assecuração de fontes de prova, limitativa de direito individual, destinada a apreender elementos de convicção necessários à prova de infração ou à defesa do réu, decretada sempre mediante autorização judicial (GUARDIA, 2012, p. 10-11).

Deveras, “o direito à privacidade e à intimidade nada mais é do que projeção da



dignidade humana”, assim, “para ser digno, é necessário que o ser humano possa dispor, no âmbito da sua esfera individual, de um largo espaço em que prefira permanecer sozinho, sem a intromissão de terceiros”, no qual “esse reduto diz respeito à própria liberdade individual”, sendo que “nem o Estado, muito menos outros indivíduos podem nele interferir” (SANTOS, 2001, p. 166).

Portanto, por ser inerente ao sistema jurídico brasileiro o direito à intimidade e à vida privada consagram-se estes entre os direitos e liberdades fundamentais a serem assegurados ao indivíduo, impondo-se ao Estado a tutela da privacidade do indivíduo na sociedade digital, porém sem descuidar da necessidade de assegurar à segura pública.

### **A NECESSIDADE DA COLETA DA PROVA PERICIAL EM FACE DA PRÉVIA ORDEM JUDICIAL**

As novas ferramentas tecnológicas, no que diz respeito aos avanços trazidos pelos dispositivos informáticos, têm trazido inúmeros benefícios aos usuários, especialmente, no que tange aos aplicativos de trocas de mensagens que permitem entre outras funções a realização e gravação de áudio, fotos, vídeos e mensagens, o que tem proporcionado contato instantâneo, reduzindo os custos da comunicação serviços.

Em que pese haver discussões doutrinárias a respeito, as quais não serão discutidas no presente artigo, tais ferramentas tecnológicas possibilitam concretizar direitos trazidos pela quarta geração, conforme entendimento compartilhado por Bonavides (2015, p. 571, grifo nosso), ao enfatizar que “são direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”. Em análise às dimensões dos direitos humanos, Wolkmer (2003, p. 15) aponta os “novos direitos advindos das tecnologias de informação (Internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral” enquanto direitos de quinta dimensão.

Nesse diapasão, vale destacar que, em contrapartida, os novos direitos advindos das tecnologias, trouxeram algumas consequências na atualidade, merecendo atenção, pois, as novas ferramentas tecnológicas, além de proporcionar benefícios aos seus usuários, trouxeram riscos à segurança pública, pois criminosos têm se utilizado desses recursos para potencializar delitos.

Nesse contexto surge a necessidade da preservação e coleta de dados dos dispositivos informáticos logo após a apreensão, pois, de acordo com Barreto e Caselli (2016), “em que

pese à polícia buscar continuamente um aperfeiçoamento de suas técnicas investigativas, a persecução penal não mais fica adstrita à prova testemunhal e exames periciais (...)”, sendo que “a investigação não deve ser estanque: há a necessidade de que o investigador policial busque o elemento informativo através dos dados contidos nas atividades telefônicas e telemáticas do criminoso, principalmente, no último caso”.

Com efeito, ao explicar acerca da necessidade do acesso aos dados contidos nos dispositivos informáticos para a constituição da prova pericial, Barreto e Caselli (2016) explica que:

Nessa interlocução haverá dados trafegados sobre a comercialização de drogas, crimes contra a administração pública e da justiça, grupos de extermínio, pedofilia, crimes contra o patrimônio e uma infinidade de outras empreitadas criminosas. Em várias situações, não há como se chegar à autoria de determinada conduta criminosa sem que haja acesso a esse conteúdo trafegado. Nenhum outro procedimento investigativo, por mais diferenciado que seja, suprirá essa lacuna. A polícia necessita, para tanto, da coleta desses dados para agregar valor ao procedimento investigativo.

Assim, advertem Barreto e Férrer (2016) que “na ocorrência de uma situação de flagrante delito, caso a Polícia não acesse rapidamente o conteúdo de mensagens já trocadas, diligências podem ficar comprometidas no sentido de buscar a materialidade”.

Barreto e Férrer (2016) ressaltam, ainda, acerca da necessidade do acesso célere aos dados inseridos nos dispositivos informáticos apreendidos, tendo em vista que há “necessidade de acesso rápido ao terminal móvel do investigado ou autuado no momento de sua prisão ou da realização de busca e apreensão, sob pena de se perderem elementos informativos importantíssimos à investigação em curso”, pois, de acordo com os autores, “os avanços tecnológicos têm permitido o acesso remoto aos dispositivos móveis, possibilitando ao seu proprietário, ou a quem tiver acesso à sua conta, apagar todos os dados, incluindo: cartão SD, e-mail, agenda, contatos, fotos, áudios, vídeos e todo conteúdo armazenado no aparelho” e, ainda, chama atenção para os dispositivos que utilizam o sistema operacional IOS com compartilhamento familiar, alertando que será possível remover o conteúdo de todos os devices compartilhados.

Dessa maneira, demonstram Barreto e Férrer (2016) a necessidade da coleta dos dados contidos em dispositivos informáticos durante a investigação criminal:

Durante uma investigação criminal, a autoridade policial, além de colher elementos informativos que servirão para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias, deverá zelar na preservação destes, providenciando para que não se altere seu estado e conservação. No caso de uma prisão em flagrante, por exemplo, se a polícia não tiver acesso rapidamente ao telefone do autuado, impedindo a exclusão remota do conteúdo ali armazenado, certamente a investigação será prejudicada.

Nesse aspecto, enseja dizer que o Marco Civil da Internet, ao trazer a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, não outorgou direito absoluto ao usuário, isto é, em caso de conflito entre o direito a intimidade ao direito a preservação da segurança pública, conclui-se que deve haver a ponderação de ambos os direitos no caso em concreto, porém, deve-se ter em vista que o direito a segurança pública nada mais é do que uma “prerrogativa constitucional indisponível garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitam o efetivo acesso a tal serviço” (BRASIL, 2011).

Ocorre que, de acordo com Barreto e Caselli (2016) “o Marco Civil da Internet garante ao cidadão a inviolabilidade e o sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, excetuando-se os casos de ordem judicial”.

Assim, a atividade policial, ao representar por uma interceptação telemática, “não está em busca de conteúdo trafegado pelo cidadão comum que usa esses aplicativos para atos não criminosos”, pois, “a medida solicitada restringe-se apenas ao círculo de investigados especificados e individualizados numa determinação judicial” (BARRETO; CASELLI, 2016).

Nessa dimensão, Barreto e Caselli (2016) constataam que,

A investigação de um fato criminoso demandará, por vezes, a solicitação de medidas judiciais de interceptação ou quebra de sigilo telefônico ou telemático. Assim, quando representa pela quebra de sigilo, a polícia pretende ter acesso a informações de eventos não comunicacionais de um investigado, quais sejam: dados cadastrais; chamadas originadas e recebidas; dia, hora e duração da chamada e da conexão; protocolo de internet utilizado, etc.

Pois,

A expedição de um mandado judicial determinando o fornecimento do registro das ligações originadas e recebidas ou das conexões de internet de determinado investigado obriga a empresa de telefonia ou de internet a fornecer esses dados não comunicacionais de um terminal telefônico ou de uma conexão de internet. Diferente da quebra, a interceptação telefônica ou telemática visa à obtenção do conteúdo das comunicações de um investigado. A partir da expedição de um mandado judicial é que pode ser implementada uma interceptação, abarcando apenas situações presentes e futuras. Não se intercepta o passado.

A partir desse pressuposto, observa-se que o artigo 5º, XII, da CF, exige autorização judicial para interceptação telefônica, porém, essa interceptação é instantânea, já a captação do registro de dados armazenados em dispositivos informáticos está direcionada a informações ocorridas no passado, logo, o artigo 5º, inciso XII resguarda a comunicação de dados, não os dados em si mesmos, o que eventualmente poder-se-ia pensar ser crível a quebra do sigilo dos dados armazenados em dispositivos informáticos sem a necessidade de

ordem judicial ou autorização do titular para a realização de perícia.

Sob essa dimensão, parte-se do pressuposto de que a CF estipula como regra geral o sigilo das comunicações de informática (dados) e, levando em conta que os dispositivos informáticos armazenam o produto das comunicações de informática e ali estão depositadas informações relacionadas diretamente à intimidade do possuidor ou titular, tais informações também estão tuteladas pela CF.

Maximizando este raciocínio, o artigo 154-A do Código Penal (CP) criminaliza a violação de dispositivo informático, se o agente invadir, mediante violação indevida de mecanismo de segurança, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações, sem autorização tácita ou expressa do titular do dispositivo informático. Levando em conta que o acesso ao dispositivo informático para fins de investigação visa obter dados ou informações para fins probatórios, resta patente a violação à intimidade, quando o acesso não é autorizado expressa ou tacitamente pelo titular do dispositivo informático.

Por outro lado, adverte Pinheiro (2013, p. 87) que “é evidente que o direito à privacidade constitui um limite natural ao direito à informação”, entretanto, “não há limites naturais ao direito à privacidade quando atinge interesses coletivos. Nesse caso, a predominância do interesse coletivo sobre o particular requer verificação no caso a caso”.

Nesse sentido, preceitua Guardia (2012, p. 09) que “o acesso aos dados de tráfego afigura-se decisivo na investigação de determinados delitos. O estudo conjugado dos dados externos à comunicação permite investigar a prática de crimes, especialmente quando perpetrados nas redes de computadores, pois a partir deles segue-se o rastro de uma comunicação”, desse modo, de acordo com o pensamento do autor, “ainda que a obtenção de dados de tráfego possa ter intensidade lesiva menor, a autorização judicial é imprescindível em ambos os casos, assim como a precisa individualização dos aspectos subjetivo e objetivo da medida”.

Dessa forma, a autorização judicial possui o objetivo de “viabilizar a investigação dos ilícitos e preservar possíveis fontes de provas” (GUARDIA, 2012, p. 09).

Indubitavelmente, o direito a intimidade deve ser preservado conforme preceitos constitucionais, assegurando-se que a coleta da prova pericial do conteúdo inserido em dispositivos informáticos apenas será realizada com prévia autorização judicial, sob pena de produzir-se prova ilícita, por violação ao direito à intimidade, tutelado constitucionalmente.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O referencial teórico apresentado possibilitou concluir que os dispositivos informáticos contemporâneos possibilitam armazenar dados pessoais, assim como o resultado do fluxo das comunicações de informática.

De fato, a obtenção do fluxo das comunicações de informática, em tempo real, é regida pela Lei nº 9.296/1996. In casu, buscou-se enfrentar a questão do acesso, para fins probatórios na persecução criminal, dos dados armazenados nos dispositivos informáticos, decorrentes das comunicações de informática.

O Estado, representando pelas instituições que atuam na persecução criminal, devem promover a repressão criminal garantista, em que os direitos e garantias individuais da pessoa humana sejam preservados.

Conclui-se, portanto, que os dados e informações armazenados em dispositivos informáticos estão tutelados pela CF, em respeito ao direito à intimidade, o que permite confirmar a hipótese de que tal prova somente poderá ser produzida, ou por autorização do titular ou possuidor do dispositivo informático, ou por ordem judicial prévia, sob pena de produzir prova ilícita, por latente violação à Constituição cidadã.

Há de se reconhecer que, eventualmente, o acesso a tais informações devem ser céleres, sob pena de perder provas indispensáveis para a cabal apuração do crime, no entanto, o Estado deveria aparelhar as instituições que compõem o macro sistema de repressão à Segurança Pública, para viabilizar a atuação imediata de equipe pericial para produzir a prova de plano, assim como possibilitar que a autoridade policial, presidente da investigação, utilizando-se de recursos e ferramentas tecnológicas, possibilitasse acesso em tempo real ao juiz de direito para postular a ordem para a realização da perícia, nomeadamente quando a necessidade da produção de tal prova não for adremente previsível no decurso da investigação.

## **REFERÊNCIAS**

BARRETO, Alesandro Gonçalves; FÉRRER, Everton Ferreira de Almeida. Perícia em celular: necessidade de autorização judicial? 2016. Disponível em: <<http://direitoeti.com.br/artigos/pericia-em-celular-necessidade-de-autorizacao-judicial/>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

BARRETO, Alessandro Gonçalves; CASELLI, Guilherme. Whatsapp: é possível cumprir decisões judiciais? 2016. Disponível em: <<http://direitoeti.com.br/artigos/whatsapp-e->

possivel-cumprir-decisoes-judiciais/>. Acesso em: 12 jun. 2016.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. 862p.

BRASIL. Constituição Federal: de 05 de outubro de 1988. In: Vade Mecum compacto. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 7-92.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 abr. 2014. ed. 77. Seção 1. p.1. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Recurso em Habeas Corpus nº 51.531 - RO (2014/0232367-7). Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Recorrente: Leri Souza e Silva. Advogados: Roberto Pereira Souza e Silva e Outro(s) Bruno Espineira Lemos. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Brasília, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340165638>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. RE 559.646-AgR. Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJE de 24-6-2011. Brasília, 07 de junho de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp.doc>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional: e a teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522p.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. Manual de Derecho Informático. Ed. 10. Navarra: Arazandi, 2008. 534p.

DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação. São Paulo: RT, 1980. 299p.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Comunicações eletrônicas e dados digitais no processo penal. 2012. 288 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

LIMA, Caio César Carvalho. Garantia da privacidade e dados pessoais à luz do marco civil da internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. Marco civil da internet. São Paulo: Atlas, 2014. p.148-164.

PINHEIRO, Patrícia Peck Direito digital. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. 671p.

SANTOS, Antonio Jeová. Dano moral na internet. São Paulo: Método, 2001. 287p.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. ed. 39. São Paulo: Malheiros, 2016. 928p.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 2012. 472p.

MEIRA, Laís Moreschi de; SOARES, Matheus Fernandes de Souza; PIRES, Panmella Rodrigues. Direito à privacidade e as relações na internet, 2012. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/7319>>. Acesso em: 09 jun. 2016. 12p.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003. 353p.

# **O TERCEIRO SETOR NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PERSPECTIVAS E AVANÇOS**

Patrícia Naomi ASAKURA<sup>1</sup>

Bruna IMAZU<sup>2</sup>

## **RESUMO**

O presente artigo visa analisar o avanço do tratamento jurídico destinado ao Terceiro Setor no Brasil. A promoção dos direitos fundamentais é tarefa precípua do atual Estado Democrático de Direito. Contudo, diante da globalização, das crises econômicas e políticas, além da evolução do rol de direitos considerados fundamentais, ele já não consegue por si só propiciá-los aos seus cidadãos. Nesse contexto, é oportuno o estudo das organizações da sociedade civil, comumente conhecidas como ONGS, as quais compõem o Terceiro Setor. Tais entidades não se confundem com a atuação estatal (primeiro setor), apesar de se dedicarem à prestação de serviços de interesse público, nem com o mercado (segundo setor), embora sejam levadas a efeito por particulares, pautando-se pela liberdade de associação e solidariedade entre os indivíduos. Apesar de seu papel na promoção dos direitos fundamentais, há receios no tocante à falta de transparência e segurança jurídica envolvendo suas atividades. Em face disso, veio a ser editada a Lei nº 13.019/2014, novo marco regulatório do Terceiro Setor no país.

**PALAVRAS-CHAVE:** ONGs. Entidades sem fins lucrativos. Organizações da Sociedade Civil.

## **ABSTRACT**

This article aims to analyze the progress of the legal treatment for the Third Sector in Brazil. The promotion of fundamental rights is the main task of the democratic State. However, because of globalization, economic and political crises, in addition to the evolution of the fundamental rights, it can no longer propitiate them by itself to its citizens. In this context, it is important to study the civil society organizations, commonly known as NGOs, which make up the third sector. Such entities are not confused with the State action (first sector), despite also engaging in the provision of public services, nor to the market (second sector), although they too are carried out by individuals and based on freedom of association and solidarity among individuals. Despite its role in the promotion of fundamental rights, there are concerns regarding the lack of transparency and legal certainty surrounding their activities. Thus, the Law No. 13,019 / 2014 was enacted as the new Third Sector regulatory framework in the country.

**KEY-WORDS:** NGOs. Nonprofits Entities. Civil Society Organizations.

## **INTRODUÇÃO**

---

1 Advogada, bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

2 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, UENP. Atualmente é estagiária da Justiça Federal de Primeiro Grau no Paraná - 1ª Vara Federal de Jacarezinho. Tem experiência na área de Direito.



Os direitos fundamentais assumem um papel primordial na sociedade, visto que estão intimamente ligados à condição humana e ao princípio da dignidade.

A doutrina costuma classificá-los em gerações ou dimensões, no entanto, independentemente da classe em que sejam inseridos, tais direitos são relevantes e necessários para todos os indivíduos. É dizer, são direitos fundamentais.

Por essa mesma razão, eles devem ser respeitados e concretizados, não somente pelo Estado (eficácia vertical), mas também pelos próprios particulares (eficácia horizontal). Dentro desse contexto, destaca-se a atuação do Terceiro Setor, composto por entidades privadas, que desenvolvem atividades de interesse público, sem, contudo, auferirem lucros.

É de se ressaltar, assim, que tais entidades não se confundem com a atuação estatal (primeiro setor), apesar de se dedicarem à prestação de serviços de interesse público, nem com o mercado (segundo setor), embora sejam levadas a efeito por particulares, pautando-se pela liberdade de associação e solidariedade entre os indivíduos.

A promoção dos direitos fundamentais é tarefa precípua do atual Estado Democrático de Direito. Contudo, diante da globalização, das crises econômicas e políticas, além da evolução do rol de direitos considerados fundamentais, o Estado já não consegue por si só propiciá-los aos seus cidadãos.

Nesse contexto, ganha importância a atuação do Terceiro Setor, que complementa a atuação do Estado e coloca à disposição da sociedade serviços relevantes, bem como colabora na efetivação dos direitos fundamentais.

Desta forma, o presente trabalho, pautado no método histórico dedutivo e valendo-se de pesquisa bibliográfica em livros, artigos e no meio eletrônico, tem como objetivo o estudo do Terceiro Setor e sua ligação com os direitos fundamentais.

Para tanto, o artigo se divide em três partes:

Primeiramente, busca apresentar noções indispensáveis à compreensão dos direitos fundamentais, especialmente no tocante às suas dimensões e eficácia.

Depois, tece alguns apontamentos no que se refere às organizações do Terceiro Setor, como sua definição e modo de atuação perante o Estado e os direitos fundamentais.

Por fim, o enfoque se volta ao Terceiro Setor no Brasil, que se compõe pelas Organizações Sociais, previstas na Lei nº 9.637/98 e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), que se regulam pela Lei nº 9.790/99.

Além disso, são analisados os temas identificados como prioritários pelo GIFE –

Grupo de Institutos, Fundações e Empresas em 2009 para o processo de aperfeiçoamento do Marco Legal do Terceiro Setor, dentre os quais se destacam a transparência e a segurança jurídica nas relações dessas entidades sem fins lucrativos com o poder público, bem como se procede à análise dos mecanismos que visam satisfazer essas necessidades, em especial, a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014 (Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC).

## DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas ou direitos fundamentais (SILVA, 2005, p. 175), não importa a nomenclatura a que se dê preferência, ainda que seja difícil alcançar um consenso terminológico e determinar o que sejam definitivamente, atualmente não há quem não os entenda para si e lhes reconheça sua importância.

Nesse ponto, oportuna é a conceituação trazida por José Afonso da Silva (2005, p. 178, grifos do autor):

*Direitos fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada a este estudo [...]. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. *Do homem*, não como macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*.

Assim, o presente artigo adotará a mesma terminologia, referindo-se ao tema deste tópico como direitos fundamentais.

Por sua vez, para Brega Filho (2002, p. 67) tratam-se de “interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e propiciar às pessoas a fim de que elas tenham uma vida digna”. Ainda segundo o mesmo autor, seriam “o mínimo necessário para a existência da vida humana” (2002, p. 66). Destarte, os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos constitucionalmente como indispensáveis ao ser humano.

Na Constituição Federal de 1988, o Título II, denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”, traz, ao longo de seus capítulos, direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade e direito políticos. Contudo, os direitos fundamentais não se limitam àqueles inseridos no rol desses artigos, podendo ser encontrados também ao longo de toda a carta magna, implícitos em seus princípios e até mesmo fora do texto constitucional, nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, por

força da Emenda constitucional nº 45/2004.

Diante disso, para fins didáticos, a doutrina classifica os direitos fundamentais em gerações ou dimensões (o que não significa que uma substitui a outra, mas que se complementam), levando-se em conta o momento histórico em que surgiram e o seu conteúdo.

Os direitos de primeira dimensão (também conhecidos como individuais ou negativos) são aqueles ligados ao valor liberdade, como o direito à vida, à honra, à intimidade, à propriedade, entre outros. Tais direitos exigem a abstenção do Estado, de modo que este não intervenha nas relações e nos interesses dos indivíduos.

Por sua vez, os direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais, ou direitos positivos), ao contrário dos de primeira dimensão, impõem uma prestação positiva do Estado, de modo que lhe incumbe garantir efetivamente os direitos à educação, à saúde, à assistência social e ao trabalho, dentre outros. Estes, somando-se aos direitos individuais, vieram no sentido de prover os meios necessários para a efetivação das próprias liberdades individuais.

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão (difusos e coletivos) são chamados de direitos de solidariedade e pertencem a toda a coletividade de maneira indeterminada, podendo, inclusive, ultrapassar as fronteiras entre os países. Entre eles se encontram o direito ao meio ambiente, à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade, à autodeterminação dos povos e à comunicação.

Conforme observa Bonavides (2011, p. 571/579), já despontam outras dimensões de direitos, por exemplo, uma quarta dimensão, referente ao direito à democracia, à informação, ao pluralismo, além de uma quinta dimensão, na qual se inclui o direito à paz. Todavia, antes de se falar em novos direitos fundamentais ou novas gerações de direitos, deve-se efetivar aqueles que já existem, como bem aponta Brega Filho (2002, p. 29), criticando a recorrente banalização dos direitos fundamentais.

Assim, uma vez definidos os contornos iniciais sobre os direitos fundamentais e sua classificação, deve-se atentar à sua eficácia.

Acompanhando o mesmo raciocínio da classificação dos direitos em dimensões, decorre que, em um primeiro momento, eles eram dotados de eficácia vertical, ou seja, os direitos fundamentais somente incidiam nas relações entre indivíduo e Estado, de modo que este não poderia invadir as liberdades daquele, e o primeiro poderia exigir a efetividade de seus direitos perante o segundo.

Essa nova postura do Estado foi desenvolvida e conquistada ao longo de vários séculos: se, em um primeiro momento, o Estado era autoritário e não respeitava os direitos de seus cidadãos, uma vez conquistados os direitos de primeira dimensão, passou a bastar que não se ofendessem essas liberdades públicas (o que se conhece por Estado liberal); entretanto, conforme já se apresentou anteriormente, essa atitude meramente absenteísta não se mostra suficiente para garantir a eficácia das dimensões de direitos seguintes.

O Estado torna-se um Estado social, positivamente atuante para ensejar o *desenvolvimento* (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização de *justiça social* (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico). (SUNDFELD, 2009, p. 55, grifos do autor)

É dizer, passa a ser imprescindível que o Estado apresente uma postura positiva, no sentido de realizar condutas visando à efetivação dos direitos fundamentais, atitude esta que lhe conferiu o título de Estado social.

Veja-se, com isso, que tradicionalmente os direitos fundamentais balizavam as relações entre os cidadãos e o Estado, em uma relação vertical, ora exigindo uma prestação negativa, ora prestativa por parte deste. Contudo, os direitos e garantias individuais e coletivas dos indivíduos permeiam não só suas relações com o Estado (relação vertical), mas também as relações entre os próprios particulares (relação horizontal) (MOARES, p. 28, 2014).

Isso porque

a eficácia vertical dos direitos fundamentais é insuficiente diante da pulverização das violações desses direitos. Tutelar os direitos fundamentais apenas quando eles são desrespeitados pelo Estado é realizar uma proteção incompleta, pois deixa de vislumbrar os mais variados abusos perpetrados na esfera privada, protegida pela concepção liberal dos direitos. (LIMA, 2012, p. 68)

Dessa maneira, os direitos fundamentais não se aplicam apenas nas relações Estado-indivíduo, mas também nas relações entre particulares-cidadãos, o que se denomina eficácia horizontal, conforme leciona Daniel Sarmento (2006, p. 140):

É possível transplantar para o direito brasileiro esta doutrina, nascida em solo alemão, já que ela não apenas se revela perfeitamente compatível com o espírito da Constituição de 88, como representa uma grande contribuição para o enfrentamento jurídico dos graves problemas da sociedade brasileira, marcada pela desigualdade e pela violência, e tão necessitada da afirmação concreta dos valores constitucionais e dos direitos humanos.

Destarte, compreende-se que os direitos fundamentais não se restringem à mera abstenção por parte do Estado, nem mesmo às prestações somente de sua parte, mas abrangem todas as áreas de convivência dos indivíduos, posto que lhes sendo fundamentais, esses direitos os acompanham em toda e qualquer relação.

Com efeito, em um primeiro momento, os direitos fundamentais eram vislumbrados por meio de uma perspectiva subjetiva, limitando-se às pretensões que o ordenamento jurídico permitia ao indivíduo exigir do Estado. No magistério de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 168), essa dimensão subjetiva liga-se à “noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”.

Entretanto, tais direitos também limitam a autonomia dos atores privados, com o fito de protegê-los da opressão exercida pelos poderes sociais não-estatais, ou seja, dos próprios particulares:

A **dimensão objetiva dos direitos fundamentais** prende-se ao reconhecimento de que neles estão contidos os valores mais importantes de uma comunidade política. Estes valores, através dos princípios constitucionais que os consagram, penetram por todo o ordenamento jurídico, modelando suas normas e institutos, impondo ao Estado deveres de proteção. Assim, já não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos humanos. É preciso que ele aja concretamente para protegê-los de agressões e ameaças de terceiros, inclusive daquelas provenientes dos atores privados. (SARMENTO, 2006, p. 140, grifos não originais)

Com isso, compreende-se que a eficácia dos direitos fundamentais não se satisfaz com a mera abstenção por parte do Estado, nem com o dever-prestação deste, mas exige uma atuação muito mais ampla e conjugada com a sociedade, sendo necessário também que os próprios indivíduos se abstenham de ofender os direitos dos demais, bem como que contribuam para a efetividade do bem geral.

Tal cooperação se mostra ainda mais imprescindível à medida que diante das recentes crises econômicas, agravadas pela globalização, o Estado já não consegue manter controle sobre todas as variáveis e condições que podem afetar a economia. “Deteriora-se sua capacidade de formulação e implementação de políticas públicas, de regulamentação e fiscalização do seu mercado interno, e com isso o seu poder de garantir a eficácia dos direitos sociais”. (SARMENTO, 2006, p. 27)

Isso supõe deslocar as tarefas do Estado, das simplesmente orientadas a preservar a

ordem estabelecida na direção de outras destinadas a configurar uma nova ordem e às formas próprias de ação para atender a tais incumbências. Nesse contexto, os meios imperativos tradicionais, em especial a Lei e o ato soberano, poderiam já não ser suficientes. Ademais, amiúde, uma série de medidas estatais só é executável se se conta com o concurso ou, ao menos, com a aprovação das forças econômicas ou de certos poderes sociais, e isso é algo que o Estado tem que conseguir por via da negociação. (HESSE, 2009, p. 17)

Verifica-se que o Estado como único provedor dos direitos sociais já não se mostra mais sustentável, já que não é possível vislumbrá-lo como “unidade isolada capaz de resolver grandes problemas políticos ou gerir com eficiência uma gama de serviços, tal qual fazia no auge do Welfare State”, sendo imprescindíveis formas multilaterais de colaboração, envolvendo a sociedade como um todo a fim de se efetivarem os direitos fundamentais (FERRAREZI, 2007, p. 28).

Dessa forma, o Estado “vai buscar parcerias com a iniciativa privada e com o terceiro setor, para a prestação de serviços públicos e desempenho de atividades de interesse coletivo, sempre sob sua supervisão e fiscalização” (SARMENTO, 2006, p. 33, grifos não originais).

Veja-se que tal mudança da postura estatal ocorreu porque a garantia dos direitos fundamentais não é apenas um problema do Estado, mas sim de toda a sociedade:

A dimensão objetiva liga-se a uma perspectiva comunitária dos direitos humanos, que nos incita a agir em sua defesa, não só através dos instrumentos processuais pertinentes, mas também no espaço público, através de mobilizações sociais, da atuação em **ONG's e outras entidades**, do exercício responsável do direito de voto. (SARMENTO, 2006, p. 106-107, grifos não originais)

É dizer, a atuação dos particulares não se restringe a não violação dos direitos fundamentais, mas deve também abranger a sua promoção, seja por meio da cobrança de atitudes do poder público, seja por iniciativa própria, de maneira organizada e, principalmente, sem fins lucrativos. Com isso, alcançamos o objeto do presente estudo, qual seja, a atuação do terceiro setor na efetividade dos direitos fundamentais.

## **DO TERCEIRO SETOR**

O Terceiro Setor guarda íntima relação com os direitos fundamentais, principalmente com os de segunda geração, também chamados direitos sociais, culturais e econômicos, os quais correspondem aos direitos de igualdade.

Tais direitos, diferentemente dos de primeira geração, exigem uma prestação positiva do Estado, de modo a garantir aos cidadãos direitos mínimos e indispensáveis à sobrevivência, tais como à saúde, educação, assistência social e o trabalho, entre outros.

Embora o Estado busque atuar de forma ativa na prestação desses direitos, ocorre que nem sempre consegue oferecê-los da melhor maneira, isto é, para todos e com qualidade. Assim, pautado em princípios constitucionais, dentre eles, o da eficiência, surgem organizações que visam concretizar direitos fundamentais, por meio do desenvolvimento de atividades de interesse público, mas sem o intuito de obtenção de lucro.

E é justamente por não se enquadrarem como organismos do governo e nem terem como objetivo auferir vantagens econômicas, que essas organizações são chamadas de Terceiro Setor. Esse terceiro gênero surge porque o Estado é considerado o primeiro setor, enquanto o mercado é chamado de segundo setor.

O Terceiro Setor é composto por Organizações Não Governamentais (ONG's), Associações, Organizações Sociais, Organizações de Interesse Social Civil e Grêmios, dentre outros. Essas organizações, como dito, colocam à disposição da população serviços relevantes, mas não se confundem com o Estado, visto que são formadas por meio da iniciativa de particulares, sem, contudo, constituírem sociedades empresariais.

Nas palavras de Luis Eduardo Patrone Regules (2011, p. 125-126):

O Terceiro Setor, composto por organizações e movimentos da sociedade civil não se confunde com o Estado, pois, apesar de também perseguir determinadas finalidades públicas (como a proteção do meio ambiente, a defesa da criança e do adolescente, a promoção dos direitos humanos em suas mais variadas facetas), origina-se do esforço comum dos particulares no bojo do exercício do direito à livre associação. Também não se confunde com o mercado (Segundo Setor) na medida em que o Terceiro Setor, mesmo permeado como aquele por organizações constituídas sob a égide do direito privado, não se dedica ao desenvolvimento de atividades econômicas entendidas como aquelas que perseguem o lucro; as organizações do Terceiro Setor não possuem fins lucrativos.

Sheila Maria Reis Ribeiro (1997, p. 20) vislumbra três particularidades características do Terceiro Setor que são bastante elucidativas:

A sua particularidade é simultaneamente econômica, política e social: (i) econômica no que se refere à geração de uma lógica alternativa à do lucro, que está na base do capitalismo industrial, coexistente com a lógica lucrativa; (ii) política porque implica uma modificação da concepção de esfera pública [nem liberal, nem social], dado que parte do pressuposto de que a democracia não se limita ao Estado de Direito. Nesta perspectiva, a esfera pública amplia-se com a participação da cidadania mediante a prestação de serviços autônomos; e (iii) social, porque se forja num contexto em que a categoria trabalho (lucrativo, produtor de mais valia, estruturado sobre a relação patrão-empregado, legalmente "protegido"), que serviu de base à estruturação da sociedade industrial, perde a sua centralidade, passando a coexistir com outras formas de atividade, não-lucrativas.

Dessas breves definições acerca do Terceiro Setor, é possível extrair suas principais características, quais sejam: são entidades privadas (juridicamente, são fundações ou

associações, consoantes os artigos 53 e 62 do Código Civil); não possuem fins lucrativos<sup>3</sup>; possuem autonomia (ou seja, não dependem do Estado para sua criação); e exercem atividade de interesse coletivo, social ou público.

O surgimento do Terceiro Setor, portanto, está relacionado com a questão da liberdade de associação. Há doutrinadores que remetem sua origem à Europa, no século XIX, na época do capitalismo. E quanto à “expressão ‘Terceiro Setor’, ela foi traduzida do inglês (“Third Sector”) e faz parte do vocabulário sociológico corrente nos Estados Unidos (CHOY; LEVI, online, p. 5).

No Brasil, a liberdade de associação foi trazida expressamente na Constituição Federal de 1891, em seu artigo 72, §8º. Já na Constituição Cidadã, ela vem tratada no artigo 5º, inciso XVII, e assim preleciona o inciso XVIII: “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”.

Desse modo, percebe-se que diferentemente dos entes da administração pública indireta, as organizações do Terceiro Setor não necessitam ser criadas ou autorizadas por lei, nem mesmo precisam de autorização estatal para serem instituídas. Há, sobretudo, a garantia da autonomia privada, desde que estejam presentes fins lícitos.

Embora o Terceiro Setor não se confunda com o Estado, não fazendo parte de sua estrutura, há que se falar que aquele acaba atuando ao lado deste, complementando-o. Isso porque, ao desenvolver atividades de interesse público, o Terceiro Setor colabora para a garantia do bem-estar da população e fomenta ações que não precisam ser necessariamente realizadas somente pelo Estado.

Com efeito, a atuação das organizações do terceiro setor não exclui a responsabilidade do primeiro setor, de tal forma que não deixa de ser competência deste concretizar direitos fundamentais e promover o bem comum.

**As organizações do Terceiro Setor complementam a atuação do Estado na área social, não têm o condão de substituí-lo.** [...] o convite às organizações não governamentais (Terceiro Setor) para o exercício de iniciativas de interesse público (fomento), não implica, obviamente, na renúncia pelo Estado de suas competências e missões constitucionais. (REGULES, 2011, p. 138, grifos não originais)

Crítica recorrente ao Terceiro Setor aponta-o como um mecanismo de terceirização

---

3 Nos termos da Lei nº 9.790/99 – Lei das OSCIPs, artigo 1º, §1º, “considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social”.



dos serviços estatais, como um meio pelo qual o Estado estaria se evadindo de suas obrigações. Contudo,

É de meridiana clareza que o Poder Público não poderia renunciar ao seu dever de cumprir aquilo que fosse considerado interesse público. [...] Por certo, ninguém duvidaria de que o Poder Público está impedido de, por contrato [com as entidades de terceiro setor], renunciar ao exercício de suas competências e de, por contrato, assumir o compromisso de não realizar aquilo que viesse a se configurar como interesse público em dado momento. (MELLO, 2009, p. 229)

No Brasil, existem inúmeras organizações sem fins lucrativos atuando em diversas áreas, dentre elas, na proteção do meio ambiente, educação, direitos das crianças e dos adolescentes, assistência à saúde. Como exemplos, podem ser citados a ONG “Moradia e Cidadania”, que se envolve com iniciativas na área de educação, geração de trabalho e renda e apoio às ações de combate à fome e à miséria para comunidades de baixa renda; a “WWF Brasil”, que se compromete com a conservação da natureza dentro do contexto social e econômico brasileiro; e a ONG “Bicharedo”, que atua na promoção do bem estar dos animais.

Destarte, o Terceiro Setor assume um papel de suma relevância na sociedade, atuando juntamente com o Estado na efetivação dos direitos fundamentais, pois, ao desenvolver atividades de interesse público, entende-se que põe em prática ações que visam garantir direitos e interesses coletivos, sociais e, portanto, essenciais aos cidadãos.

Nesse sentido, testemunho de que o Terceiro Setor vem ganhando destaque no mundo todo foi transmitido por Domingos Farinho (informação verbal), em palestra intitulada "A Promoção e Protecção Institucional dos Direitos Humanos: O Caso das ONGD - Organizações Não Governamentais para o Desenvolvimento em Portugal", o qual apontou a imprescindibilidade das ONGs na sociedade contemporânea, mais especificamente em Portugal. Em seu país, existe a Plataforma Portuguesa das Organizações Não Governamentais para Desenvolvimento, que consiste em uma associação privada sem fins lucrativos, criada para representar 65 ONGD - Organizações Não Governamentais para o Desenvolvimento registradas no Ministério dos Negócios Estrangeiros. Tal Plataforma é fruto da união das forças do governo português com essas instituições pelo bem geral dos portugueses, em nível interno e internacional, pelo desenvolvimento da nação, bem como para contribuir pela solidariedade e paz entre os povos do mundo<sup>4</sup>.

O Terceiro Setor, conforme mencionado, não vem substituir o dever do primeiro

---

4 Palestra proferida por Prof. Dr. Domingos Farinho, no Curso de extensão “Direitos Humanos”, organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em parceria com a Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM), em Lisboa, no dia 08 de janeiro de 2014.

setor, mas intenciona complementá-lo, visto que a competência para garantir os direitos sociais não pode ser simplesmente transferida para outros organismos, embora possa por outros ser fomentada.

Em que pese os limites da atuação estatal, nossa concepção é que o crescimento das OSC no Brasil repousa também na pluralidade e diversidade de interesses, valores, ideias e demandas existentes nas sociedades contemporâneas, questões essas tanto maiores quanto mais complexa, dinâmica, diferenciada e reflexiva for a sociedade. Independentemente do quanto o Estado se adaptou às exigências neoliberais, o crescimento e a proliferação das organizações da sociedade civil é uma resposta às necessidades da modernidade reflexiva, da globalização multifacetada e da democratização e não somente à diminuição do escopo do Estado ou das funções do Estado. (FERRAREZI, 2007, p. 122)

É por isso que o Estado e o Terceiro Setor devem caminhar juntamente, sem que aquele interfira na criação e administração deste, o que não significa que não possa regular sua atuação ou até mesmo oferecer incentivos para os organismos sociais.

É através da colaboração entre particulares que as organizações do Terceiro Setor se instituem, o que demonstra na prática uma das facetas da horizontalidade dos direitos fundamentais.

Assim, indubitável é a importância do papel do Terceiro Setor na sociedade, na qual particulares assistem a outros particulares, e dessa forma, colaboram para o fomento e a concretização dos interesses coletivos.

### 3 O Terceiro Setor no Brasil

No Brasil, o terceiro setor é composto pelas Organizações Sociais (OS), previstas na Lei nº 9.637/98 e pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), que se regulam pela Lei nº 9.790/99.

Existiam também as Entidades de Utilidade Pública Federais, reguladas pela Lei nº 91/1935, contudo, elas não traziam muitos benefícios e sofriam com desnecessária burocracia, não tendo sido capazes de alcançar o papel de grande relevo das entidades que vieram a ser regulamentadas posteriormente. Em vista disso, a lei que permitia ao governo federal reconhecer as associações e fundações como Utilidade Pública Federal (UPF) foi revogada pela Lei nº 13.204 de 2015, deixando elas de existir a partir de então.

As figuras mencionadas [parcerias estatais com o terceiro setor, na forma das OS e OSCIP], componentes de uma pretensa reforma administrativa, são expressões de um movimento impulsionado pelo neoliberalismo. Este, pretendendo a submersão do Estado Social de Direito, apresenta-o como praticante de um intervencionismo exacerbado, incompetente e economicamente inviável, propondo, então, uma “Reforma do Estado”, com uma redefinição de suas atividades. (MELLO, 2009, p. 222)

Assim, verifica-se que o surgimento das OS e OSCIP guarda relação com esta nova tomada de postura do Estado, a fim de redefinir sua estrutura organizacional e administrativa, bem como sua forma de se relacionar com a sociedade. É dizer, o intervencionismo extremo do Welfare State cede espaço às parcerias público-privadas, inspiradas pelo neoliberalismo.

Tal reforma estatal se deu principalmente pelo Plano Diretor da Reforma do Estado, que foi elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, no ano de 1995.

#### Tal Plano

Propõe uma alternativa de transformação da estrutura do Estado claramente fundamentada na **descentralização das estruturas burocráticas** (quer no interior do Estado, quer voltada para o mercado). Ao criar uma forma intermediária entre o Estado e o Mercado, a alternativa do governo rompe com o padrão institucional gestado a partir dos anos 30. O movimento de desestatização da economia conjugado ao desenho de uma **política de Publicização de serviços sociais** aponta para uma tendência de redefinição do papel do Estado na economia e, particularmente, na área social. Na perspectiva do referido Plano Diretor, a publicização equivale à descentralização de funções sociais para entes criados pelo Estado sob a denominação de Organizações Sociais. (RIBEIRO, 1997, p. 18, grifos não originais)

Visando aumentar a capacidade administrativa do Estado de governar com efetividade e eficiência, foram delimitados quatro setores estatais: Núcleo estratégico, que correspondia aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e ao Poder Executivo; Atividades exclusivas, que seriam os serviços a serem prestados exclusivamente pelo Estado; Produção para o Mercado, que corresponderiam às atividades das empresas estatais; e Serviços não-exclusivos, para os quais o Estado atuaria em conjunto com outras organizações públicas não estatais e privadas.

Nesse contexto, surgem as Organizações Sociais, previstas na Lei nº 9.637/98. As OS são um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade, por meio do qual essas organizações públicas não-estatais, constituídas pelas associações civis sem fins lucrativos, prestam serviços de interesse público não exclusivos do Estado, mediante o preenchimento de requisitos formais, atingimento de objetivos predefinidos e cumprimento do contrato de gestão.

A proposta da MARE [Ministério da Administração e Reforma do Estado] não tinha como princípio básico fortalecer o terceiro setor, embora isso tenha ocorrido

indiretamente. Nessa proposta, o Estado promove a extinção de organizações estatais e transfere patrimônio, pessoal e recursos financeiros para uma nova instituição de direito privado, sem fins lucrativos, que assume as atividades, antes, de responsabilidade direta do Estado. (FERRAREZI, 2007, p. 44)

Com o advento da Lei nº 9.790/99, foram introduzidas as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

Tratam-se de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, que têm por objetivos sociais pelo menos uma das finalidades arroladas no artigo 3º da referida lei, por exemplo, a promoção da assistência social, desde que não se encontrem no rol de matérias impedidas do artigo 2º (como o são as sociedades comerciais e as instituições religiosas), e que possuam estatutos elaborados em consonância com o artigo 4º dessa lei.

Uma vez preenchidos todos esses requisitos, “a outorga da qualificação prevista neste artigo é ato vinculado” (art. 1º, §2º), diferentemente do que ocorre com as OS, cuja atribuição é discricionária.

Outras diferenças entre elas são observadas por Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 242):

[A OSCIP] não prevê o trespasse de servidores públicos para nelas prestar serviço; não celebram “contratos de gestão” com o Poder Público, mas “termos de parceria”, conquanto, tal como neles, seja especificado um programa a cumprir, com metas e prazos fiscalizados, além da obrigação de um relatório final, o que os faz mais distintos, entre si, pelo nome que pelo regime [...]; o Poder Público não participa de seus quadros diretivos, ao contrário do que ocorre [nas OS]; e o objetivo delas é muito mais amplo, compreendendo, inclusive, finalidades de benemerência social, ao passo que as “organizações sociais” perseguem apenas atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

A despeito dos avanços dessa nova figura institucional, há ainda muito a se aprimorar no trato das ONGs no país, de tal modo que o GIFE (2009, p. 7) identificava cinco temas como prioritários no processo de aperfeiçoamento do Marco Legal do Terceiro Setor:

(1) liberdade de organização e funcionamento para as organizações da sociedade civil; (2) transparência e controle social (*accountability*); (3) imunidades e isenções tributárias; (4) incentivos fiscais para iniciativas de interesse público; e (5) segurança jurídica, na qualidade de tema transversal.

Com relação à liberdade de organização e atuação, verifica-se, primeiramente, que o direito de livre associação se encontra constitucionalmente previsto (art. 5º, XVII) e, além disso, o próprio fundamento do Terceiro Setor é ser uma alternativa ao Estado, com o fito de se evitar sua máquina burocrática e, de maneira autônoma, buscar maior eficiência na

realização dos direitos fundamentais.

A seu turno, a transparência e controle social (*accountability*) são questões de elevada importância, principalmente se não se olvidar da CPI das ONGs, que buscou investigar sobre repasses de recursos do governo federal para organizações não-governamentais (ONGs), no período de 2003 a 2006, não tendo, contudo, sido satisfatoriamente concluído, vindo seu processo a ser arquivado em 2010.

*Accountability* (ou responsabilização): pode-se considerar a *accountability* como uma relação em que uma parte tem o dever de prestar contas de seus atos e decisões à outra, que, por sua vez, tem o poder de controlar a primeira e aplicar-lhe consequências se houver impropriedades. (GIFE, 2009, p. 11)

Nesse ponto, um grande aliado da sociedade e do Terceiro Setor era o Cadastro Nacional de Entidades de Utilidade Pública – CNEs/MJ, criado pela Portaria nº 24, de 11 de outubro de 2007, da Secretaria Nacional de Justiça. Cuidava-se de um “sistema eletrônico que tem como principal objetivo facilitar a comunicação entre Estado, entidades e sociedade, à medida que desburocratiza, padroniza e dá transparência aos processos referentes às qualificações federais” (online).

Entretanto, o CNES foi desativado definitivamente, tendo em vista a revogação da lei que permitia o governo federal reconhecer as associações e fundações como Utilidade Pública Federal (UPF)<sup>5</sup>, tendo em vista que apenas estas entidades estavam obrigadas por lei a prestar contas anualmente de suas atividades. As demais entidades continuam a prestar contas apenas diretamente junto ao órgão que as contratar.

Não há mais qualquer sistema que o substitua quanto a essa funcionalidade, o que é de se lamentar, pois consistia em uma ferramenta que se prestava ao Estado otimizando sua capacidade fiscalizatória, às próprias entidades que otimizavam sua auto gestão (à medida que deveriam prestar contas anualmente, sob pena de perderem sua Certidão de Regularidade), e à sociedade que poderia participar mais efetivamente da avaliação das políticas públicas e acompanhando para onde ia o dinheiro público.

Nesse mesmo sentido, a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) também

---

5 A Lei nº 91 de 1935, que tratava dos títulos de Utilidade Pública Federal (UPF), foi revogada pela Lei nº 13.204 de 2015, que altera o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC). “Tal medida visa estender a todas as organizações sem fins lucrativos os benefícios previstos em lei, independentemente da exigência de cumprir requisitos formais e burocráticos para certificação e titulação de UPF. A nova lei universalizará o acesso aos benefícios previstos em lei a todas as entidades que cumpram alguns requisitos, independentemente de certificação. Isso vai desburocratizar o processo e contribuir para uma nova lógica de interações entre Estado e sociedade civil.” Disponível em: <<http://justica.gov.br/noticias/nova-lei-universaliza-e-desburocratiza-acesso-a-beneficios-de-organizacoes-da-sociedade-civil>>. Acesso em 20 jun. 2016.

auxilia no direito constitucional de acesso às informações públicas. Em decorrência dela, os três Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como os Tribunais de Contas, Ministério Público e as entidades privadas sem fins lucrativos devem fornecer informações referentes ao recebimento e à destinação dos recursos públicos por elas recebidos.

O Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão (e-SIC) permite que qualquer pessoa, física ou jurídica, encaminhe pedidos de acesso à informação, que já não estejam disponíveis em outros meios, como o Portal da Transparência.

O Portal da Transparência, da Controladoria Geral da União, interessa especialmente ao presente estudo, à medida que possui o Cadastro de Entidades Privadas Sem Fins Lucrativos Impedidas – CEPIM, um banco de informações regulado pelo Decreto nº 7.592/2011, que traz uma relação das entidades que estão impedidas de celebrar contratos de repasse ou termos de parceria com a administração pública federal e de receber transferências de recursos, por apresentarem irregularidades na prestação de contas ou na execução de suas atividades.

Finalmente, mais uma garantia para a sociedade é o Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse do Governo Federal (Siconv), uma ferramenta eletrônica que reúne e processa informações sobre as transferências de recursos do Governo Federal para órgãos públicos e privados sem fins lucrativos. Antes de celebrar estes contratos, as entidades devem estar previamente cadastradas no sistema, e todas essas informações ficam abertas à consulta pública, por meio do Portal de Convênios, bem como ao Tribunal de Contas da União (TCU), ao Ministério Público Federal (MPF), ao Congresso Nacional e à Controladoria-Geral da União (CGU), a fim de que esses órgãos possam fiscalizar a aplicação do dinheiro público mais eficientemente.

Por sua vez, no tocante às imunidades, isenções tributárias e incentivos fiscais para iniciativas de interesse público, estas se mostram necessárias à medida que tais entidades não possuem fins lucrativos e atuam em áreas que seriam de responsabilidade do Estado, de modo que não seria justo tributar suas atividades, e sim incentivá-las.

Finalmente, no que se refere à segurança jurídica:

**A existência de um marco regulatório claro e estável é condição inevitável para a consolidação de qualquer segmento econômico.** Surpresas ou alterações frequentes no plano legislativo ou, até mesmo, na interpretação dada a determinada norma pelos órgãos administrativos ou judiciais responsáveis por sua aplicação devem ser evitadas a todo custo. (GIFE, 2009, p. 73, grifos não originais)

E esse tão esperado novo marco regulatório veio a lume por meio da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014 (Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil - MROSC), que

Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999.

Oportuno salientar que o MROSC veio a ser alterado pela Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015, passando a ter a redação acima transcrita.

Verifica-se ao longo do novo Marco um fortalecimento do controle interno e externo da atuação em parceria da administração e organizações civis, levando-se em conta grande parte do exposto até aqui: visando amenizar a insegurança jurídica e a desconfiança para com o Terceiro Setor, o MROSC regulamenta com cuidado redobrado a prestação de contas por parte desses entes. Traz importante inovação também em seus artigos 77 e 78, ao tipificar novas condutas da Lei de Improbidade.

Ainda é cedo para saber se a referida lei poderá satisfazer todas as necessidades do Terceiro Setor, mas sua edição por si só já é uma vitória, posto que responde aos anseios da sociedade, por maior segurança jurídica e controle da aplicação do dinheiro público, com a consequente responsabilização por eventuais desvios e abusos, pautado ainda pela transparência e publicidade, tudo com vistas à melhor efetividade dos direitos fundamentais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A promoção dos direitos fundamentais é tarefa precípua do atual Estado Democrático de Direito. Se num primeiro momento, a mera abstenção estatal já servia à proteção dos direitos denominados de primeira geração, ou seja, as liberdades públicas, com o passar do tempo, a dignidade da pessoa humana não se satisfazia mais com somente isso, advindo então novas dimensões de direitos fundamentais: a segunda dimensão, que abrange os direitos sociais, culturais e econômicos, relacionados à igualdade, e os de terceira dimensão, que dizem respeito a direitos difusos e coletivos, como à paz e ao meio ambiente equilibrado.

Dessa forma, o Estado também deve ter uma postura ativa, como provedor dos direitos fundamentais, o que se manifesta por meio das políticas públicas. Contudo, diante da

globalização, das crises econômicas e políticas, e da evolução do rol de direitos considerados fundamentais, o Estado não consegue mais por si só propiciá-los satisfatória e suficientemente aos seus cidadãos.

Nesse contexto, exsurge o Terceiro Setor, composto pelas organizações da sociedade civil sem fins lucrativos, comumente conhecidas por ONGS. Elas se diferenciam da atuação estatal (primeiro setor), apesar de também se voltarem à prestação de serviços de interesse público, e igualmente não se confundem com o mercado (segundo setor), posto que a despeito de se constituírem de indivíduos particulares e se pautarem pela autonomia e liberdade de associação, é lhes vedada a busca pelo lucro, tendo em vista que seu fundamento é a solidariedade entre os indivíduos.

No ordenamento jurídico brasileiro, tal setor é composto pelas Organizações Sociais, previstas na Lei nº 9.637/98 e pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), que se regulam pela Lei nº 9.790/99.

Essas duas últimas instituições surgiram em um contexto de descentralização das estruturas burocráticas, conjugado ao desenho de uma política de Publicização de serviços sociais, que teve como marco o Plano Diretor da Reforma do Estado, datado de 1995, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado.

Inobstante a notória importância dessas entidades para a sociedade moderna, há ainda muito que se aprimorar na relação entre o Estado e as ONGs, a fim de que a sociedade possa de fato contar com estas na promoção dos direitos fundamentais com segurança e confiança, bem como para que essas entidades possam atuar com liberdade e autonomia.

Diante disso, surgiram diversas iniciativas a fim de se satisfazer tais necessidades. Foram desenvolvidos poderosos mecanismos de transparência e controle social, como o o Portal da Transparência, que auxilia o Estado em sua atividade fiscalizatória, bem como a sociedade no seu direito à informação e também as próprias organizações sem fins lucrativos em sua gestão.

Ainda, em resposta aos anseios da comunidade por maior segurança jurídica na atuação do Terceiro Setor e melhor controle na aplicação do dinheiro público, com a responsabilização por eventuais desvios e abusos, surgiu a Lei nº 13.019/2014, que se denominou o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil - MROSC.

Certamente, ainda há muito a melhorar em termos jurídicos e práticos na atuação das ONGs no Brasil, bem como cabe ainda esperar os efeitos que decorrerão dessa nova lei, mas



não se perdendo de vista a solidariedade nas relações tanto entre Estado e indivíduos, como entre os próprios particulares, e principalmente com o auxílio das entidades não governamentais, a sociedade só há de ganhar no que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais e garantia da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 26. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Presidência da República, Brasília/DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

Cadastro Nacional de Entidades Sociais - CNES/MJ. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ1DB98056PTBRIE.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

CHOY, Marco Aurélio de Lima; LEVI, Márcia Cristina Henriques. Reforma do Estado: a proposta neoliberal e as organizações sociais no contexto brasileiro. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/a\\_crise\\_posit\\_marco\\_a\\_de\\_lima\\_choy\\_e\\_marcia\\_h\\_levi.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/a_crise_posit_marco_a_de_lima_choy_e_marcia_h_levi.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2014.

FERRAREZI, Elisabete Roseli. A reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil: a criação da lei das OSCIP (Lei 9.790/99). 2007. 306p. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de ciências sociais. Departamento de Sociologia. Universidade de Brasília, Brasília.

GIFE – Grupo de Institutos, Fundações e Empresas. Perspectivas para o marco legal do terceiro setor. São Paulo: GIFE. 2009. Disponível em: <[http://www.gife.org.br/arquivos/publicacoes/16/MARCOLEGAL\\_site.pdf](http://www.gife.org.br/arquivos/publicacoes/16/MARCOLEGAL_site.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2014.

HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional, textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Jairo Néia. Direito fundamental à inclusão social: a eficácia prestacional nas relações privadas. Curitiba: Juruá, 2012.

MELHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina; VALIM, Rafael (Coord.). Direitos humanos: desafios e perspectivas. 1ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Portal da Transparência. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

RIBEIRO, Sheila Maria Reis. Perspectivas da dinâmica institucional: a emergência do setor público não-estatal. 1997. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Instituto de ciências sociais. Departamento de Sociologia. Universidade de Brasília, Brasília.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

Sistema de Gestão de Convênios (Siconv). Disponível em: <<https://www.convenios.gov.br/siconv/>> . Acesso em: 20 jun. 2016.

Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão (e-SIC). Disponível em: <<http://www.acessoainformacao.gov.br/>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4 ed. rev., aum. e atual. 10 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

# OS PERIGOS DA LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL POR MEIO DA JUSTIÇA UTILITÁRIA

Giovane Moraes PORTO<sup>1</sup>

## RESUMO

A presente pesquisa pretende analisar a teoria do utilitarismo formulada por Jeremy Bentham (1748-1832) como legitimadora da decisão judicial e suas consequências no Estado Democrático de Direito, Tendo como principal referencial a análise sobre a justiça de Michel Sandel e a teoria da decisão judicial dos teóricos do positivismo pós-hartiano. Assim, o objetivo desta pesquisa é desconstruir a crença na ideia de que o discurso racional do cálculo utilitarista utilizado para legitimar uma decisão judicial garante a concretização da justiça e dos interesses da comunidade em geral, e demonstrar os perigos, as objeções, de utilizar esta forma de discurso racional. Verificar-se-á no que consiste o utilitarismo, o porquê da necessidade de legitimar uma decisão judicial e não apenas a forma jurídica abstrata e os perigos do utilitarismo para o positivismo pós-hartiano. A metodologia utilizada será de caráter hipotético-dedutivo a partir de pesquisa bibliográfica, principalmente no que concerne nas construções teóricas do utilitarismo e do positivismo pós-hartiano. É esperado chamar atenção dos juristas para os perigos de se utilizar os argumentos, os cálculos, utilitaristas com a finalidade de legitimar uma imposição exercida na decisão judicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Utilitarismo; Jeremy Bentham; Positivismo Pós-hartiano; Decisão judicial; Michel Sandel.

## ABSTRACT

This study aims to analyze the theory of utilitarianism formulated by Jeremy Bentham (1748-1832) as legitimizing of the legal decision and its consequences for the democratic state of law, having as main reference the analysis of the Michel Sandel's justice and theoreticals of judicial decision of post-hartian positivism. The objective of this research is to deconstruct the belief in the idea that utilitarian rational discourse used to legitimize a court decision ensures the realization of justice and the interests of the community in general, and to demonstrate the dangers, the objections, to use this form of rational discourse. It will find It, in utilitarianism is, why the need to legitimize a court decision and not just the abstract legal form and the dangers of utilitarianism for post-hartian positivism. The methodology used is hypothetical-deductive character from literature, especially regarding the theoretical constructs of

---

1 Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Bolsista PIBIC/CNPq, sob orientação do Professor Dr. Nelson Finotti Silva. Realiza Estágio-docência desde 2015 na disciplina do Mestrado em Direito do UNIVEM intitulada "Recursos no Direito Constitucional Processual Civil" ministrada pelo Professor pós Doutor Luis Henrique Barbante Franzé. Realiza Estágio-docência desde 2015 na disciplina do Mestrado em Direito do UNIVEM intitulada "Pressupostos Críticos: Teoria Geral da Proval" ministrada pelo Professor pós Doutor Nelson Finotti Silva. Realiza Estágio-docência desde 2016 nas disciplinas da Graduação em Direito do UNIVEM intituladas "Introdução ao Estudo do Direito; História do Direito e Filosofia do Direito" ministrada pelo Professor Doutor Roberto da Freiria Estevão. Membro e secretário do Grupo de Pesquisa Constitucionalização do Direito Processual (CODIP) vinculado ao CNPq - UNIVEM. Membro do grupo de pesquisa Bioética e Direitos Humanos, vinculado ao CNPq - UNIVEM liderado pelo prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior. Membro do grupo de pesquisa O Estado Democrático de Direito Como Projeto Ético: Diálogos Interdisciplinares (GEDDPE), vinculado ao CNPq - UNIVEM liderado pelo prof. Dr. Juliano Napoleão Barros. Cursou 4 anos completos do curso de graduação em filosofia pela UNESP (graduação interrompida). Contato: giovanemoraesporto@hotmail.com

utilitarianism and post-hartian positivism. It is expected to draw attention of lawyers to the dangers of using the arguments, calculations, utilitarianism in order to legitimize an imposition exerted on the court decision.

**KEY-WORDS:** Utilitarianism; Jeremy Bentham; Post hartian Positivism; Judicial decision; Michel Sandel.

## **INTRODUÇÃO**

A pesquisa irá analisar um dos grandes obstáculos da ciência jurídica contemporânea que é a busca por razões que venham a legitimar a decisão judicial, ou seja, teorias que sirvam de parâmetro para determinar se um discurso racional é legítimo ou não para a justificação da decisão. Tendo como principal referencial a análise sobre a justiça do Michel Sandel e as construções teóricas do positivismo pós-hartiano.

Assim, em um primeiro momento, este estudo examinará o utilitarismo e suas consequências para o Estado Democrático de Direito. Pretende-se desconstruir a crença supersticiosa no fundamento das ações sociais pelo cálculo utilitarista de custo e benefício.

Busca-se analisar a necessidade de legitimar cada decisão judicial e não apenas a forma jurídica abstrata, com fundamento no positivismo pós-hartiano e demonstrar os perigos do discurso utilitário para o sistema jurídico, sendo necessário o debate sobre as teorias da justiça para determinar um parâmetro de análise sobre a legitimidade do argumento racional utilizado para justificar a decisão judicial.

A determinação de qual espécie/forma de teoria da justiça que será adotada na sociedade dependerá de um debate democrático exercido em esfera público, não é tarefa das ciências humanas nem dos julgadores determinar qual deve ser a concepção de justiça adotada, sob pena de incorrer em um discurso autoritário e arbitrário.

No mais, esta pesquisa não tem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas de trazer informações que instiguem o debate, notadamente, sobre a necessidade de estabelecer uma teoria da justiça como parâmetro para determinar a força do melhor argumento e os perigos de considerar o utilitarismo como a teoria norteadora. A metodologia utilizada foi de caráter hipotético-dedutivo utilizando a pesquisa bibliográfica como fonte de observação teórica.

## **UTILITARISMO**

Jeremy Bentham é o principal expoente do utilitarismo, uma doutrina ética e de

justiça, que estabelece o objetivo, o telos, o fim último, das ações sociais. Esta concepção como teoria da justiça causa diversas implicações no sistema jurídico e legitima ações que são repugnantes às outras concepções de Justiça.

“Bentham, filósofo moral e estudioso das leis, fundou a doutrina utilitarista. Sua ideia central é formulada de maneira simples e tem apelo intuitivo: o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor. De acordo com Bentham, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade. Como “utilidade” ele define qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite a dor ou o sofrimento.” (SANDEL, 2012, p. 48)

Portanto, para este teórico, é simples o princípio que deve reger nossas ações e da sociedade como um todo. Devemos buscar o prazer ou felicidade e evitar a dor ou o sofrimento, esta máxima visa legitimar todas as ações, que por meio de um cálculo, gerem uma quantidade maior de prazer.

Transportando a lógica utilitária para a Administração Pública chegamos ao entendimento de que em todo e qualquer caso o interesse público, a felicidade, o prazer público deve prevalecer sobre o interesse privado, pois, no cálculo utilitarista prevalece a felicidade do todo sobre a dor ou sofrimento de um indivíduo privado ou de uma minoria social.

“Bentham chega a esse princípio por meio da seguinte linha de raciocínio: todos somos governados pelos sentimentos de dor e prazer. São nossos “mestres soberanos”. Prazer e dor nos governam em tudo que fazemos e determinam o que devemos fazer. Os conceitos de certo e errado “deles advêm”” (SANDEL, 2012, p. 48)

O cálculo utilitarista pode parecer um absurdo, algo irreal, mas o problema do utilitarismo não é que ele “deu errado”, mas que ele “deu muito certo”. Ao entender que o conceito de certo e errado dependem, advêm, do conceito de prazer e dor implica que todas as ações que causam prazer ao indivíduo ou ao maior número de pessoas são certas.

Michel Sandel, ao analisar a teoria do utilitarismo, traz vários exemplos de absurdos que o cálculo utilitarista pode legitimar, por exemplo, os casos “Arrebanhando mendigos”, “navio Mignonette”, “Jogando cristãos aos leões”, “A cidade da felicidade”, “Os benefícios do câncer de pulmão”, “Explodindo tanques de combustível”, entre outros. Mas, o problema não está nos casos absurdos, nos extremos, mas no cálculo de custo benefício do cotidiano, principalmente no que concerne ao cotidiano das decisões judiciais, por exemplo, liberar áudio de escuta telefônica sigilosa para beneficiar interesses políticos de uma classe.

“Todos gostamos do prazer e não gostamos da dor. A filosofia utilitarista reconhece esse fato e faz dele a base da vida moral e política. Maximizar a “utilidade” é um princípio não apenas para o cidadão comum, mas também para os legisladores. Ao

determinar as leis ou diretrizes a serem seguidas, um governo deve fazer o possível para maximizar a felicidade da comunidade em geral.” (SANDEL, 2012, p. 48).

Ao utilitarismo é levantada uma forte objeção quanto aos direitos individuais, pois, que proteção, defesa, terá o indivíduo em face da comunidade em geral? Se a comunidade em geral por meio de uma escuta telefônica sigilosa que foi propositalmente veiculada nas grandes mídias condena um indivíduo, qual a defesa que este indivíduo terá em face da comunidade em geral? Com base no cálculo utilitarista todos os direitos individuais podem ser mitigados, afastados, não observados, não há uma esfera mínima de direitos que todos devem respeitar.

As decisões judiciais devem ser justificadas a fim de que a parte dispositiva seja legítima, mas quando a justificativa é feita por meio de um cálculo utilitarista, sopesando os interesses, o prazer e a dor, o indivíduo não possui segurança alguma, podendo ter seus direitos suspensos e é autorizada toda e qualquer lesão, violência, aos seus direitos individuais. Acarreta, até mesmo, em uma ditadura da felicidade da comunidade em geral em face de minorias sociais ou indivíduos particulares.

“A vulnerabilidade mais flagrante do utilitarismo, muitos argumentam, é que ele não consegue respeitar os direitos individuais. Ao considerar apenas a soma das satisfações, pode ser muito cruel com o indivíduo isolado. Para o utilitarista, os indivíduos têm importância, mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais. E isso significa que a lógica utilitarista, se aplicada de forma consistente, poderia sancionar a violação do que consideramos normas fundamentais da decência e do respeito no trato humano.” (SANDEL, 2012, p. 51)

Sendo assim, quando o julgador utiliza do anseio social, da felicidade imediatista da comunidade em geral, para legitimar uma decisão, um controle sobre a conduta dos indivíduos, pode estar lesando uma esfera mínima de direitos que todos os indivíduos devem ter assegurados que não podem ser violados de forma alguma, portanto, é possível que suspensão estes direitos. Isto pode se dar tanto no âmbito individual como no grupo de minorias sociais.

O utilitarismo não rege apenas as ações do Direito, mas de toda a sociedade, sendo perigoso em todas as camadas, em todos os poros, da sociedade. Além da objeção sobre os direitos individuais o utilitarismo sofre uma forte objeção quanto à tarifação dos valores sociais, dos direitos individuais, utilizando estes como moeda em comum.

“A fim de explorar essa objeção, consideremos a maneira pela qual a lógica utilitarista é aplicada em análises de custo e benefício, uma forma de tomada de decisões amplamente utilizada por governos e corporações. A análise de custo e benefício tenta trazer a racionalidade e o rigor para as escolhas complexas da

sociedade, transformando todos os custos e benefícios em termos monetários – e, então, comparando-os". (SANDEL, 2012, p. 56)

A tarifação, a monetarização, dos valores acarreta em uma lógica mercantilista como regente da forma jurídica. A forma jurídica deriva da forma mercantil, sendo um meio para os interesses do mercado, do capital, da classe social que detém o poder econômico.

A análise de custo e benefício transmuta os valores, os direitos, sociais em termos monetários. O princípio que rege o Estado é o da gestão de empresas privadas, o que implica em práticas unicamente de interesse de quem detém o poder, pois o custo de lesar os interesses particulares e/ou das minorias compensa, monetariamente, os benefícios que o Estado irá obter.

A utilização de provas e/ou procedimentos ilícitos para condenar um indivíduo ou uma minoria social pode ser considerada justa e legítima, desde que se utilize da lógica utilitarista. Portanto, ao sustentar que mesmo ilícitos estes atos permitem a condenação de indivíduos até então não responsabilizados é justificado por argumentos utilitaristas que não observam os direitos individuais e os compara de forma monetária com os interesses de uma maioria.

“Bentham achava que seu princípio da utilidade era uma ciência da moral que poderia servir de base para a reforma política. Ele propôs uma série de projetos com vistas a tornar a lei penal mais eficiente e humana. Um deles foi o Panopticon, um presídio com uma torre central de inspeção que permitisse ao supervisor observar os detentos sem que eles o vissem. Bentham sugeriu que o Panopticon fosse dirigido por um empresário (de preferência, ele mesmo), que gerenciaria a prisão em troca dos lucros gerados pelo trabalho dos prisioneiros, que trabalhariam 16 horas por dia. Embora o plano de Bentham tenha acabado por ser rejeitado, pode-se dizer que ele era avançado para sua época. Recentemente, a ideia de terceirizar os presídios para companhias privadas foi retomada nos Estados Unidos e na Inglaterra". (SANDEL, 2012, p. 49).

Portanto, vemos como é importante a análise das teorias da justiça para verificar sobre quais parâmetros uma decisão é considerada justa ou não. Ocorre que, o Estado acaba utilizando em cada situação uma teoria que acha mais adequada para legitimar seu posicionamento, como se fossem álibis persuasivos para cumprir um requisito da decisão judicial e nada mais. Mas, o Estado deveria adotar uma teoria da justiça, a fim de que a construção e a aplicação do sistema jurídico sejam coerentes sistematicamente.

Um dos exemplos mais fortes que o utilitarismo explana é o da bomba-relógio, que justificaria até mesmo a tortura, ou seja, se houver a ameaça de um bomba-relógio em um local de grande concentração de pessoas deveria se analisar os custos e benefícios na moralidade a fim de autorizar o uso da tortura em um indivíduo suspeito de terrorismo.

“Entretanto, como um teste para a argumentação moral do utilitarismo, o caso da bomba-relógio pode levar a um engano. Ele pretende provar que os números devem ser levados em consideração, assim, se um determinado número de vidas estiver em risco, devemos abandonar nossos escrúpulos sobre dignidade e direitos humanos. E, se isso for verdade, então a moralidade deve considerar os custos e benefícios finais”. (SANDEL, 2012, p. 53).

Mesmo nos argumentos mais extremos o utilitarismo não se sustenta por si, em todo e qualquer caso o cálculo de custo benefício permite a supressão dos direitos individuais e considerada os valores como moedas de troca que podem ser afastadas ante um suposto “anseio social” ou “segurança pública”, estes conceitos são álibis para legitimar o uso de uma violência institucional com embasamento jurídico, como é o caso, também, do conceito de “ordem pública”.

“Entretanto, a situação da tortura não significa que a expectativa de salvar muitas vidas justifique infligir sofrimento grave a um inocente. Lembremo-nos de que a pessoa torturada com o objetivo de se salvarem muitas vidas é suspeita de terrorismo. Na verdade, é a pessoa que acreditamos que tenha colocado a bomba. A justificativa moral da tortura depende muito do fato de presumirmos que aquela pessoa seja responsável, de alguma forma, pelo perigo que tentamos afastar. Ainda que não seja responsável pela bomba em questão, presumimos que tenha cometido outros atos terríveis que a fizeram merecedora do cruel tratamento. As instituições morais no caso da bomba-relógio não estão relacionadas apenas com custos e benefícios, mas também com a ideia não utilitarista de que terroristas são pessoas más que merecem ser punidas”. (SANDEL, 2012, p.54).

A objeção feita por Sandel, ao exemplo da bomba-relógio, pode ser transportado para a realidade brasileira em dois casos emblemáticos: a) A utilização do cálculo utilitarista para legitimar a invasão das polícias nas favelas com o objetivo de pegar o suposto “dono do morro”, mesmo que inocentes venham a morrer, mesmo que invada propriedade privada alheia, entre outros direitos dos moradores da comunidade; b) A não observância de garantias processuais do sistema penal com o objetivo de condenar políticos supostamente corruptos.

Assim como para legitimar a tortura no suposto terrorista é necessário partir do pressuposto de que terroristas são pessoas más e devem ser punidas, para legitimar a ação da polícia nas favelas parte-se do pressupostos que são todas pessoas más (“bandidos”) e que merecem ser punidos por estarem ali, ou que todos os políticos são corruptos e devem ser punidos inquisitivamente, de preferência com suplício em praça pública.

“Podemos ver isso mais claramente se alterarmos a situação de modo a remover qualquer elemento de presunção de culpa. Suponhamos que a única forma de induzir o suspeito de terrorismo a falar seja a tortura de sua jovem filha (que não tem noção das atividades nefastas do pai). Seria moralmente aceitável fazer isso? Acredito que até mesmo o mais convicto utilitarista vacilasse ao pensar na possibilidade. Mas essa versão da situação de tortura é um teste mais verdadeiro do princípio utilitarista. Ela põe de lado a percepção de que o terrorista merece ser punido de alguma forma (apesar da valiosa informação que esperamos extrair dele) e nos força a avaliar o cálculo utilitarista em si”. (SANDEL, 2012, p. 54).



Independente do fim que se propõe ele não deve justificar os meios de lesão aos direitos fundamentais, a esfera mínima de direitos que todos os indivíduos devem ter protegidos em toda e qualquer hipótese, ao permitir o afastamento destes direitos, a relativização dos direitos fundamentais, o Estado está tutelando os sujeitos de direitos apenas de acordo com seus interesses e não pela mera condição de existência do indivíduo, mas por ser mais benéfico ao Estado, pois o indivíduo fica com a falsa sensação de segurança, continua trabalhando, gerando lucro e não se rebela contra o Estado.

### **NECESSIDADE DE LEGITIMAR CADA DECISÃO JUDICIAL**

Desde o momento em que o homem passou a viver em sociedade se fez necessária a legitimação da “forma jurídica”. Isto para haver o controle de comportamento dos indivíduos que estivessem na condição de sujeitos de direitos de uma determinada localidade, com o escopo de tornar possível a vida em sociedade de forma pacífica e segura, e decidir sobre os conflitos de interesses entre os indivíduos.

Atualmente, se fala no “pós-positivismo” como teoria adequada que estabelece os parâmetros para a legitimação da forma jurídica. O termo “pós-positivismo” tem sido muito criticado pela doutrina, e entendemos que de forma adequada, pois não há uma superação do positivismo, algo depois, além, do positivismo, mas um novo jeito de compreender a teoria jurídica, uma nova vertente do positivismo, pois o positivismo não deixa de existir, há apenas uma nova maneira de interpretá-lo, de atribuir significado a ele. O que pode se falar é em um “positivismo pós-hartiano”, formulado principalmente por autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, mas não uma superação, pois ainda se interpretam textos (enunciados) normativos, preposições postas por quem tem competência para tal tarefa. Portanto, passaremos a chamar de positivismo pós-hartiano.

No Positivismo pós-hartiano não mais se tem que legitimar apenas a forma jurídica abstrata, mas também cada decisão proferida pelo Poder Judiciário. Retoma a questão da racionalidade do Renascimento e da interação/interdependência entre Direito e Moral, pois uma decisão jurídica só será legítima se for devidamente justificada de forma racional, por meio das construções teóricas do saber predominantes na Hermenêutica e na Teoria da Argumentação.

“A forma de se legitimar as decisões no novo paradigma que Alexy descreve como “Constitucionalismo discursivo”, não é apenas através da fonte ou da autoridade que a prolatou, mas também por meio de uma justificação racional – e, portanto, correta em sentido jurídico-moral – da própria decisão e dos juízos de valor e escolhas

éticas que se realizam junto a ela". (BUSTAMANTE, 2012, p. 38).

Portanto, neste novo paradigma, a hermenêutica adquire fundamental importância, pois será o meio necessário para legitimar a decisão judicial, para legitimar a imposição de conduta. O saber construído pela hermenêutica servirá de base para fazer valer as imposições da forma jurídica. A aposta do positivismo pós-hartiano é na justificação racional, na teoria do conhecimento.

No ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de justificar as decisões judiciais é um imperativo constitucional, previsto no artigo 93, IX da CRFB de 1988, e o novo Código de Processo Civil (lei 13.105/2015) em seu artigo 489, §1º reafirma este imperativo e estabelece os elementos necessários para que uma decisão seja considerada como devidamente fundamentada.

"A justificação das decisões judiciais encerra um imperativo constitucional, de modo que a referência ainda que rápida às principais constituições do segundo pós-guerra bem demonstra tal assertiva (Constituição da Itália, art. 111; Constituição da Espanha, art. 120.3; e Constituição de Portugal, art. 205). Na Alemanha, não obstante a ausência de texto expresso, a exigência de fundamentação é extraída do art. 103.1, mais claramente do direito que qualquer cidadão tem de ser ouvido em juízo". (ROCHA, 2015, p. 288).

Sendo assim, o controle da atividade judicial e sua legitimação se dão por meio da fundamentação, portanto o juiz não mais pode justificar suas decisões exclusivamente em sua autoridade, como era no positivismo, é necessária uma fundamentação racional. O que passa a justificar a decisão é a "ratio" e não mais a "auctoritas". Este imperativo constitucional tem como finalidade evitar decisões arbitrárias e ter maior aceitação por parte da sociedade, a fim de que realizem, concretizem, a imposição feita na decisão.

"Através das teorias da argumentação jurídica, a filosofia jurídica penetra no coração do discurso jurídico para tornar explícita a referência às razões morais que os juízes sempre invocaram para justificar suas decisões. Elas deixam claro que a validade de uma regra jurídica não pode se reduzir à sua autoridade e, mais, permitem reconciliar reason e fiat [Fuller 1946], ratio e auctoritas [Bergholtz 1990], ou facticidade e validade [Habermas 2005-a] em todo e qualquer ordenamento jurídico: uma boa teoria jurídica será aquela que se volte para os fundamentos, para as razões que justificam uma decisão jurídica como correta, que são em grande parte razões de natureza moral" (BUSTAMANTE, 2012, p. 186).

O positivismo pós-hartiano aposta na construção do saber, na teoria do conhecimento, na produção de conhecimento decorrente das teorias da argumentação jurídica, da hermenêutica, das razões morais.

Em um Estado Democrático de Direito, para o positivismo pós-hartiano, a decisão judicial não pode ficar a mercê da vontade do magistrado, de sua consciência por mera

arbitragem como era feito na Roma antiga em que as partes se submetiam a decisão autoritária do *Judex*, que não necessitava de fundamentação, pois se isto ocorrer não haverá a aceitação desta decisão por parte da sociedade e consequentemente sua imposição de conduta não será respeitada, ou seja, “em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não há (mais) espaço para que ‘a convicção pessoal do juiz’ seja o ‘critério’ para resolver as indeterminações da lei, enfim, ‘os casos difíceis’”. (STRECK, 2013, p. 58).

Quanto a fundamentação das decisões jurídicas, por muitas vezes o julgador utiliza de “álibis persuasivos” devido a textura aberta da linguagem para justificar suas decisões. Estes mecanismos permitem justificar entendimentos completamente opostos com base no mesmo texto normativo e o próprio ordenamento jurídico permite esta prática devido aos textos normativos que possuem molduras semânticas ou quadros interpretativos, muito amplos.

“essa perspectiva é perceptível pela utilização descriteriosa dos princípios, transformados em “álibis persuasivos”, fortalecendo-se, uma vez mais, o protagonismo judicial (nas suas diversas roupagens, como o decisionismo, o ativismo, etc.). O uso da ponderação é também nesse ramo do direito outro sintoma de uma espécie de “constitucionalismo da efetividade”, pelo qual o mesmo “princípio” é utilizado para sustentação de teses antitéticas”. (STRECK, 2013, p. 51).

Utilizando-se dos “álibis persuasivos” o julgador pode fundamentar praticamente qualquer coisa, a fundamentação é secundária, primeiro ele decide, depois ele busca um “princípio” para fundamentar, ou seja, é um caráter finalístico, e esta prática implica em uma ampla discricionariedade na hora de decidir.

Porém, não podemos confundir arbitrariedade com discricionariedade, desde o positivismo o julgador já podia decidir de forma discricionária, não precisava justificar sua decisão, o mero fato de sua autoridade já justificava sua decisão, mas o julgador tinha que atribuir um sentido ao texto normativo dentro do quadro semântico, esta atribuição, porém, era arbitrária, pois se considerava um mero ato de escolha que o julgador tinha liberdade para realizar.

No positivismo pós-hartiano, o julgador pode decidir de forma discricionária, ou seja, dentro dos limites previstos pela forma-direito e pelos fatos do caso concreto (dados da realidade). “Colocam-se, portanto, dois limitadores: (i) o texto da norma; e (ii) a interpretação dos fatos (dados da realidade) na revelação da norma jurídica”. (ROCHA, 2015, p. 292).

Contudo a discricionariedade que possui o julgador é muito ampla, devido, ao que dissemos anteriormente, a textura aberta da linguagem que permite atribuições distintas, e até

mesmo opostas, sobre um mesmo texto, um mesmo aglomerado de signos, portanto o que chamar-se-á de “álibis persuasivos”. Mas, a atribuição de sentido dentro do quadro semântico não é mais um mero ato de escolha, conforme já sustentava Kelsen no famoso capítulo VIII de sua insigne obra Teoria Pura do Direito, o julgador deve justificar racionalmente sua atribuição de sentido, e com a técnica dos precedentes judiciais o julgador além de justificar sua atribuição de sentido, se houver uma decisão anterior contrária em um caso semelhante, deve ainda superar de forma argumentativa o entendimento anterior.

No ordenamento brasileiro podemos constatar esta permissão de uma decisão subjetiva e discricionária nos moldes do Positivismo pelo “livre convencimento motivado” e pela “livre apreciação da prova pelo magistrado” (STRECK, 2013). Esta decisão solipsista e discricionária se dá, principalmente, quando o julgador aplica de forma direta os princípios constitucionais, pois geralmente possuem um quadro interpretativo muito amplo, por exemplo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o que seria “dignidade da pessoa humana”? Podemos atribuir uma infinidade de significados a este texto.

“A normatividade atribuída aos princípios constitucionais exterioriza uma das mais singulares nuances do direito contemporâneo, razão pela qual são eles fartamente utilizados na solução de casos concretos. Vale dizer, embora seja comum visualizá-los como parâmetro de controle da constitucionalidade de leis ou atos normativos ou quiçá como fundamento à adequada interpretação das regras jurídicas, hoje, independentemente de mediação legislativa ou mesmo quando deficitária a densificação infraconstitucional, ainda é possível invocá-los, princípios constitucionais explícitos ou implícitos, em atenção à determinada pretensão de direito material, perspectiva que naturalmente intensifica a subjetividade do intérprete/aplicador”. (ROCHA, 2015, p. 287).

Ainda assim, no positivismo pós-hartiano não apenas a forma-direito abstrata tem que ser justificada, como também cada decisão judicial, pois o direito é um saber argumentativo, se constrói pela fundamentação, pelo diálogo, pelo discurso, não pela vontade de um soberano. Para os positivistas o Direito é posto por uma autoridade, portanto um ato de vontade, mas após o linguist turn – conceito que será analisado no item “1.2.” – este direito autoritário não possui uma validade material, a referida validade se daria por meio da esfera pública, pois o dialogo intersubjetivo resulta em um conteúdo válido. O direito é uma “criação” da sociedade, logo só será legítimo se provindo desta.

“A formação do direito legítimo [...] se dá com a participação, na formação do direito, de todos os concernidos, ou seja, de todos os cidadãos que podem reivindicar direitos a partir das tematizações feitas dentro da esfera pública política, através do princípio da democracia, do princípio do discurso que sustenta a forma jurídica”. (RAMIRO, 2012, p. 112).

Nas decisões judiciais onde o julgador utiliza de álíbis persuasivos é como se, ao

formular a decisão, todos os códigos, livros doutrinários fossem revogados, prevalecendo a consciência do julgador. O paradigma é o do livro *O Processo de Kafka* (2006).

O conhecimento jurídico deve estar relacionado com as construções da filosofia, deve acompanhar o desenvolvimento das concepções da filosofia da linguagem, da teoria do conhecimento e da hermenêutica. O direito e a filosofia devem se relacionar a fim de constatar o verdadeiro funcionamento dos institutos.

Com o giro linguístico (*linguist turn*), formulado por Wittgenstein e Heidegger, o objeto só adquire sentido por meio da linguagem exercida entre os sujeitos, passa a se ter, portanto, não mais uma relação entre sujeito-objeto, mas sim entre sujeito-sujeito. Esta concepção, além da relação entre hermenêutica e teoria do conhecimento, atrai a relação entre a hermenêutica e a filosofia da linguagem, pois por meio da linguagem é que se produzirá o saber sobre o objeto.

Sob o amparo da concepção do paradigma linguístico o texto normativo é um mero aglomerado de símbolos. Só na interpretação/aplicação ao caso concreto é que o aplicador do direito lhe atribui um significado, o produto desta interpretação do texto normativo e dos fatos do caso concreto gera a norma jurídica, a partir da norma jurídica deriva-se a norma de decisão que é a proferida pelo magistrado.

Uma norma de decisão só será válida se derivar de um intenso debate contraditório entre as partes e justificação racional da decisão por parte do magistrado, de modo que se um juiz decidir apenas de acordo com a sua consciência essa decisão é inválida, o ato de julgar nunca poderá ser um ato de vontade, pois a partir do *linguist turn* a justificação do sentido não está mais no objeto, ou seja, o objeto não é detentor de uma essência natural em que o interprete apenas extrairia esta essência do objeto para compreendê-lo (Paradigma da essência), nem a consciência é detentora desta essência que seria atribuído ao objeto analisado, de modo subjetivo e relativo à consciência de cada ser (paradigma da consciência), mas a linguagem, que em um processo é exercido pelas partes, é que atribuirão uma justificação ao sentido do objeto em análise.

O significado do texto é revivido e renovado sempre, sem cessar seu sentido. Por isso que o texto pode permanecer o mesmo por anos, mas seu significado, sua interpretação, pode mudar como aconteceu com o termo “mulher honesta” que vigorou de 1942 a 2005 no Código Penal, o termo permaneceu o mesmo, mas com as tranformações da sociedade seu significando foi sofrendo mudanças.

Outra característica do giro linguístico é a de que, a atribuição de significado dentro do quadro semântico deve provir do intersubjetivismo (relação sujeito-sujeito) e não apenas da vontade de um sujeito solipsista (relação sujeito-objeto) como propõe a concepção convencionalista.

Portanto, há a necessidade de uma formação de saber intersubjetiva na seara jurídica, tanto na hora de construir como na de aplicar o Direito. O conhecimento sobre qual teoria da justiça deve determinar as diretrizes dos atos não cabe ao julgador de forma solipsista, necessita de uma legitimação de toda a sociedade, sob pena de cair em argumentos autoritários e derivados da cultura do arbítrio.

## **TEORIAS DA JUSTIÇA E O POSITIVISMO PÓS-HARTIANO**

O positivismo pós-hartiano assegura, a grosso modo, que a racionalidade utilizada na decisão para justificar o entendimento será suficiente para construir um direito legítimo e o mais benéfico possível à comunidade em geral. Mas, para falarmos em justificação da decisão precisamos analisar antes as Teorias da Justiça, pois esta é quem dará os parâmetros/critérios a fim de concluir se uma decisão, uma justificação é racional, válida, justa, ou não.

O presente texto possui o objetivo de apenas mostrar que a teoria da justiça do utilitarismo não deve reger a justificação da decisão, mas ocorre que é a teoria que tem predominado não só no Direito como em todas as relações sociais, legitimando violências que deveriam ser abolidas, exterminadas da comunidade em geral.

“Algumas das nossas discussões refletem o desacordo sobre o que significa maximizar o bem-estar, respeitar a liberdade ou cultivar a virtude. Outras envolvem o desacordo sobre o que fazer quando há um conflito entre esses ideais. A filosofia política não pode solucionar discordâncias desse tipo definitivamente, mas pode dar forma aos nossos argumentos e trazer clareza moral para as alternativas com as quais nos confrontamos como cidadãos democráticos”. (SANDEL, 2012, p. 28).

Michel Sandel analisa diversas teorias da justiça, principalmente o utilitarismo, a ideologia libertária, a teoria ética kantiana, a justiça distributiva de Rawls e a ética aristotélica de maximização das virtudes pessoais. Independente de qual deve ser a teoria utilizada como parâmetro, o importante é que tenha uma a fim de ter uma coerência sistêmica na construção e aplicação do Direito.

“Para saber se uma sociedade é justa, basta perguntar como ela distribui as coisas que valoriza – renda e riqueza, deveres e direitos, poderes e oportunidades, cargos e honrarias. Uma sociedade justa distribui esses bens da maneira correta; ela dá a cada indivíduo o que lhe é devido. As perguntas começam quando indagamos o que é devido às pessoas e por quê”. (SANDEL, 2012, p. 28).

Porém, esta justiça não pode ser a do utilitarismo, as ações não devem se pautar na análise mercantil de custo e benefício, pois, se isto ocorre – como ocorre – os direitos dos indivíduos poderão ser suspensos, lesados, não observados e poderão ser legitimadas práticas autoritárias e a cultura do arbítrio em face dos indivíduos e das minorias sociais.

Quando se fala em acesso à justiça, na maioria das vezes, o autor diferencia do acesso ao judiciário, mas dificilmente analisam um momento antes, o do “o que é a justiça?”. Para falar em acesso à algo, precisamos saber o que este “algo”, portanto, para falar em acesso à justiça, precisamos saber o que é a justiça ou de qual justiça estamos tratando. O mesmo ocorre quando se fala que a decisão deve ser justificada, fundamentada, motivada, que a decisão deve ser racional, para que se tenha a força do melhor discurso, mas qual o parâmetro, o critério, para analisarmos se uma decisão é racional ou não, este critério pode ser vislumbrado com influência na teoria da justiça de será adotada.

“Essas questões não dizem respeito apenas à maneira como os indivíduos devem tratar uns aos outros. Elas também dizem respeito a como a lei deve ser e como a sociedade deve se organizar. São questões sobre justiça. Para responder a elas, precisamos explorar o significado de justiça”. (SANDEL, 2012, p. 14).

Na seara criminal do ordenamento jurídico brasileiro é constatada a falta de política criminal, a falta de uma teoria da justiça que permita uma coerência sistêmica, uma construção integral do direito, não há como construir o Direito desta forma sem que se tenha uma teoria da justiça por trás. No âmbito penal o Brasil em um momento adota atitudes de direito penal máximo, em outro momento de direito penal mínimo, direito penal do inimigo, abolicionismo, mas sempre de acordo com a conveniência e sem uma coerência.

A tomada de decisão é algo que deve ser feito com muita cautela, principalmente no âmbito do judiciário, pois seus efeitos se alastram pela sociedade e influenciam diretamente a vida do jurisdicionados. Portanto, ao sustentar a necessidade do sistema jurídico se adequa às exigências do positivismo pós-hartiano, precisamos nos atentar também à teoria da justiça que servirá de parâmetro legitimador das ações e escolhas do Poder Público.

“Atualmente não pensamos na política como algo que tenha uma finalidade particular e independente, mas como algo aberto às diversas finalidades que os cidadãos venham a adotar. Não é por esse motivo que realizamos eleições – para que as pessoas possam escolher, em um determinado momento, os propósitos e as finalidades que queiram atingir coletivamente? Atribuir por antecipação qualquer propósito ou finalidade à comunidade política seria privar o cidadão do direito de decidir sobre si mesmo. Haveria também o risco de impor valores que nem todos compartilham. Nossa relutância em atribuir à política um determinado telos ou finalidade mostra uma preocupação com a liberdade individual. Vemos a política como um procedimento que permite às pessoas escolher suas finalidades por conta própria”. (SANDEL, 2012, p. 240).

Portanto, a escolha de qual teoria da justiça deve embasar os atos da vida civil deve ser realizada em esfera pública, por meio do debate democrático entre todos os indivíduos. O pretende demonstrar que o cálculo de custo e benefício tem sido o princípio legitimador das ações, mas que isto pode ser muito prejudicial, principalmente quando utilizado para justificar uma decisão judicial, que deve ser justificada racionalmente, mas não com fundamento no utilitarismo.

“Podemos nos sentar em um canto e meditar sobre que tipo de diretriz adotariamos se tivéssemos de decidir. Mas isso não é o mesmo que participar de uma ação significativa e assumir a responsabilidade pelo destino da comunidade como um todo. Só nos tornamos eficientes para deliberar quando entramos em campo, avaliando as alternativas, discutindo nosso argumento, governando e sendo governados - em suma, praticando a cidadania”. (SANDEL, 2012, p. 247).

Não é, nem deve ser, o papel da filosofia política o caráter profético de prever e/ou determinar qual a melhor forma de viver, quais diretrizes deve a sociedade seguir. Se isto acontecer podemos cair em Estados absolutistas, totalitários, ditatoriais. As correntes políticas que estabelecem de pronto como cada um deve agir, sobre quais princípios, não considerando a individualidade, a particularidade dos indivíduos está lesando-os e lesando o Estado Democrático de Direito.

Por mais que, "a priori" parece benéfico e que possui uma solução imediatista, a longo prazo isto pode acarretar em uma escravidão, uma dominação, uma exploração de quem detém o poder sobre quem não detém, a sede por soluções imediatas pode implicar em consequências avassaladoras sobre os direitos fundamentais. Devemos tomar muito cuidado e analisar com cautela os discursos dos políticos, que pretendem impor soluções para a sociedade, para a "crise", seja econômica, educacional, valorativa, etc.

“Quem poderá estabelecer o papel que me é adequado ou apropriado à minha natureza? Se eu não for livre para escolher meu papel social por conta própria, poderei ser forçado a aceitar o papel contra minha vontade. Portanto, a noção de adequação pode facilmente transformar-se em escravidão, se aqueles que detêm o poder concluírem que em determinado grupo seja, de alguma forma, adequado a um subalterno”. (SANDEL, 2012, p. 248)

O positivismo pós-hartiano tem ganhado forças e sendo considerado pela maioria dos juristas como a teoria que deve formar as diretrizes para a construção e aplicação do Direito. Esta teoria aposto muito na racionalidade, na força do melhor argumento como forma de reger a sociedade. Mas, se utilizarmos a teoria do utilitarismo para embasar tanto a construção como a aplicação do Direito, a sociedade pode estar sendo levada para um caminho de trevas (analogia com a forma que os filósofos iluministas chamavam a idade média).



O Julgador ao utilizar do cálculo utilitarista de custo e benefício pode estar até escravizando um indivíduo, mesmo que seja uma escravidão moderna assalariada. Decisões políticas, como geralmente são as decisões das cortes superiores, não podem se pautar em diretrizes utilitaristas, de efeito imediatista que dá à sociedade uma falsa sensação de segurança, de efetividade do Direito, mas esta sensação pode custar os direitos individuais e fundamentais de um indivíduo ou de uma minoria social, pois estão utilizando estes direitos como moeda de troca, trocando por uma aclamação social.

Porém, o oposto - uma sociedade sem uma teoria da justiça definida - pode ser até mesmo mais perigoso, pois poderão utilizar as teorias da justiça como álibis para justificar os interesses de quem detêm o poder, seja o poder de construir ou aplicar o Direito. Sendo, totalmente, necessário o debate sobre como devemos viver em sociedade de forma justa e pacífica.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O cálculo de custo e benefício sustentado pelos ideais utilitaristas rege a maioria dos atos na vida civil, principalmente na gestão de empresas, mas estas ideias cada vez mais estão sendo implementados no Estado, principalmente como legitimadores da tomada de decisões do judiciário.

Porém, o utilitarismo permite a supressão dos direitos individuais e das minorias sociais, e permite, também, a tarifação, a monetarização destes direitos e valores intrínsecos aos indivíduos, utilizando-os como moedas em comum.

As decisões, em um Estado Democrático de Direito, devem ser justificadas e legitimadas pela racionalidade do discurso, pela força do melhor argumento, mas para determinar se uma decisão é justa/racional, precisamos estabelecer em esfera pública, por meio do debate democrático entre os indivíduos, qual teoria da justiça deve embasar os atos da comunidade em geral e do Estado, a fim de ter uma construção e aplicação coerente e sistêmica do Direito.

Não podemos estabelecer de pronto a teoria da justiça mais adequada, sob pena de argumentos autoritários e agir conforme a cultura do arbítrio, mas verificamos que o cálculo de custo e benefício utilitarista que tem regido a maioria das ações não pode perpetuar, as decisões judiciais que utilizam este raciocínio de satisfação da felicidade de uma maioria em detrimento dos direitos de uma minoria devem ser consideradas irracionais e ilegítimas.

## REFERÊNCIAS

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

KAFKA, Franz. O processo. Tradução: Marcelo Backes. L&PM, 2006.

PASUKANIS, Evgeny Bronislavovic. A teoria geral do direito e o marxismo. Coimbra: Perspectiva Jurídica, 1972.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Direito e esfera pública: uma leitura a partir de Habermas. In A nova Interpretação do Direito; Luiz Henrique Martins Herrera e Lucas Seixas Baio (org.), 1ed, Birigui: Boreal, 2012.

ROCHA, Mauro Sérgio. Aplicação direta de princípios constitucionais: justificação das decisões judiciais. In: Cunha, J. S. Fagundes (Org.). O Direito nos Tribunais Superiores: com ênfase no novo direito processual civil. Curitiba: Bonijuris, 2015.

SANDEL, Michael J. Justiça – O que é fazer a coisa certa. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 8 ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? – 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista. Revista Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 52, p. 127-162, jan/jun. 2008.

\_\_\_\_\_; ABBoud, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013-b.

# OS PRIMEIROS ANOS DE WEIMAR: A GERAÇÃO DE CARL SCHMITT

Fernanda Ewelyn BELTRAM<sup>1</sup>

## RESUMO

O objetivo principal deste trabalho é apontar a transição do império para a república e localizar a geração de Carl Schmitt no contexto histórico favorável do período, tendo em vista a instabilidade econômica e social pós-guerra, bem como a crise de agonia do parlamento clamando uma nova ordem de representação. Para referenciar essa investigação analisamos a inserção de Carl Schmitt na república de Weimar e, partindo de um método hermenêutico, de uma compreensão inicial de para onde nos encaminha sua produção intelectual, qual o sentido de suas apostas ideológicas e sua colaboração para a corrosão das instituições de Weimar, via crítica da democracia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pós-guerra, Weimar, Carl Schmitt.

## ABSTRACT

The main objective of this paper is to show the transition from empire to republic and locate the generation of Carl Schmitt in favorable historical context of the period, with a view to economic instability and post-war social, and the agony of crisis of parliament calling a new order of representation. To reference this research analyzed the inclusion of Carl Schmitt in the Weimar Republic and, starting from a hermeneutical method, an initial understanding of where forwards in his intellectual production, which the sense of their ideological stakes and their collaboration to corrosion of Weimar institutions through critique of democracy.

**KEY-WORDS:** Post-war, Weimar, Carl Schmitt.

## INTRODUÇÃO

### TRANSIÇÃO DO IMPÉRIO PARA A REPÚBLICA: O NASCIMENTO DA CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR

A análise do período entre as duas grandes guerras mundiais (1919-1939) se mostra de suma importância para o estudo do desenvolvimento do pensamento do jusfilósofo Carl Schmitt – considerado um dos principais juristas da Alemanha do século XX –, visto que ele constrói seu pensamento no cenário caótico a qual estava inserido.

Findada a primeira guerra planetária, que exigiu o máximo das forças do povo alemão<sup>2</sup> e o começo decididamente do cansaço dos países beligerantes, em 9 de novembro de

---

1 Possui graduação em Direito pela Faculdade Cidade Verde.

2 É curioso notar que para alguns a impressão inicial da guerra é de um grande entusiasmo, conforme se vê no relato de Ernst Jünger, no início de seu livro *In Stahlgenwitten*, em que relata “Havíamos deixado salas de

1918, houve a queda do governo imperial e, na cidade de Weimar, frente a constantes tumultos revolucionários e radicais, foi proclamada na Alemanha uma República Parlamentar, com o aparecimento de um documento constitucional que leva o nome da cidade da proclamação e ficam conhecidos como República e Constituição de Weimar. O fim do conflito se deu principalmente por intermédio da Revolução Alemã.

Às vésperas do Natal de 1918 as guarnições de marinheiros estacionados em Berlim se rebelaram. O exército os atacou, mas eles receberam apoio não só dos operários como dos próprios soldados que, recusando-se a tomar parte no assalto, desertaram. O governo cedeu; mas enquanto cedia, alimentava a mão da extrema direita; Ebert permitiu que duas divisões de “corpos francos” entrassem em Berlim com o propósito de intimidação. (ALMEIDA, 1982, p. 29).

A Revolução parecia uma alternativa real e com a nova ordem republicana, pós-1918, observava-se a efervescência intelectual e cultural em todos os campos da atividade humana, que, naquele momento na Europa, apenas a Alemanha era capaz de oferecer. Segundo Karl Mannheim (1959, p. 79):

A questão fundamental eram as diferenças políticas que se desenvolveram sob a pressão pós Revolução Francesa. Diferentes formas de pensamento dissolveram-se paralelamente, dessa maneira podemos falar de pensamento ‘liberal’ e ‘conservador’, aos quais devemos adicionar com o passar do tempo o modo ‘socialista’. Essa tendência polarizadora é especialmente característica na Alemanha. Na Alemanha sempre houve uma tendência para ir aos extremos, levando argumentos lógicos às últimas consequências – uma tendência que não existiu de maneira tão marcada em nenhum país europeu fora a Alemanha.

O que se buscava com a República de Weimar era o estabelecimento de compromissos de colaboração entre todos os grupos sociais e políticos, novos institutos jurídicos no bojo constitucional como forma de resposta à condição de um povo e um país destruídos na Primeira Guerra Mundial, a possibilidade de diferentes projetos de vida e visões políticas, um espaço cultural plural, o desaparecimento da luta de classes tomando lugar o surgimento de uma teoria social pluralista contrária à soberania existente no findado império, a fim de que os conflitos passassem a ser resolvidos pelo novo procedimento democrático-parlamentar, que é, no fundo, exigido pela democracia (NEUMANN, 2005, p. 26 e 27).

Todavia, por consagrar um sistema parlamentar, havia um enfrentamento do então derrotado império alemão interiorizado como quase guerra civil, com avanços e retrocessos; o

---

aula, bancos de escola e mesas de trabalho e, em curtas semanas de treinamento, estávamos fundidos em um grande e entusiasmado corpo. Criados em uma época de segurança, todos sentíamos a nostalgia do incomum, do grande perigo. [...] A guerra, por certo, nos proporcionaria o imenso, o forte, o solene. Ela nos parecia uma ação máscula, uma divertida peleja de atiradores em prados floridos e orvalhos de sangue” (JÜNGER, 2013, p. 7). Jünger será um pensador nacionalista de projeção no período weimariano e presente nas reflexões de Carl Schmitt.

povo e as autoridades políticas colidiam com o início do regime republicano num constante cenário de milícias, greves, revoltas e revoluções, em especial, devido a ruptura da aliança de forças que articulava a situação político-institucional e social arquitetada pelo “chanceler de ferro” Otto Von Bismarck (GONZÁLEZ, 1992, p. 318).

Cabe, substancialmente, apresentar, um problemático acordo de paz que, entre outros motivos que cercavam o novo regime de governo, foi considerado determinante para o fracasso de Weimar, qual seja: o Tratado de Versalhes. Assinado em 28 de junho de 1919 para por fim a Primeira Guerra Mundial, o Tratado de Versalhes estabeleceu as condições que exigiam da Alemanha uma humilhante declaração reconhecendo sua responsabilidade como causadora do conflito, impondo sanções de reparação a inúmeros Estados e, ainda, impondo à Alemanha a perda de uma parte de seu território para certo número de nações fronteiriças, de todas as colônias sobre os oceanos e sobre o continente africano, além da limitação de seu exército e a altíssima reparação econômica arbitrada posteriormente que, diante da impossibilidade da Alemanha efetivar o pagamento, teve consequência a invasão por parte da França e da Bélgica, agravando ainda mais a inflação econômica que, no decorrer do presente trabalho, será apresentada.

Assim, os grupos contrários ao governo utilizavam-se, além dos fragmentos internos – disputas dos grupos políticos –, do Tratado de Versalhes para de evidenciar a fraqueza do regime republicano. Mary Fulbrook (2012, p. 178 e 179) destaca que:

No início do verão de 1919, os termos severos do Tratado de Paz de Versalhes foram revelados. O gabinete de Scheidmann renunciou e foi substituído pelo de Bauer, que enviou uma delegação para assinar o Tratado de Versalhes em 28 de Junho. A Alemanha perderia vastos territórios: a Alsácia-Lorena seria devolvida à França, a Prússia Ocidental, a Alta Silésia e Posen passariam para a recém-reconstruída Polônia, Danzig se tornaria uma cidade livre sob a supervisão da Liga das Nações, com o “Corredor Polonês” separando o Leste da Prússia do restante da Alemanha. A Alemanha ficou desprovida de colônias e qualquer união entre o país e a Áustria foi proibida. As forças armadas foram limitadas a 100 mil homens e a margem esquerda do Reno seria desmilitarizada sob a supervisão dos Aliados, que desocupariam a área aos poucos. Na notória “cláusula da culpa da guerra”, a Alemanha foi onerada com a responsabilidade pela guerra. Quando as indenizações a serem pagas pelos alemães foram finalmente enunciadas na Conferência de Paris de janeiro de 1921, provocaram tanta indignação como as outras cláusulas do Tratado de Versalhes.

Nessa perspectiva, não havia concordância nem da esquerda nem da direita, todos os compromissos firmados pela recém-criada república não sufocaram a insatisfação da estrutura política, institucional e socioeconômica da tessitura social alemã. Nas palavras de Fulbrook (2012, p. 173):

A chamada revolução de 1918 não foi mais do que uma revolução política e

constitucional, do Império à República, mas – de modo crítico – não conseguiu realizar mudanças radicais nas estruturas socioeconômicas da Alemanha, nem reformou as elites principais. As instituições do Exército, da burocracia, do judiciário, bem como as educacionais e religiosas, mantiveram suas posições de poder e influência – e as usaram para falar e agir principalmente contra a nova República.

A percepção quanto à ideia de democracia era inexistente, eis que a cultura imperial do governo (período guilhermino) estava desassossegada pelos efeitos morais, sociais e econômicos em decorrência dessa tradição e, por assim ser, “os edificadores da república de Weimar, de frente a tarefa de construir depois da revolução de 1918 um novo estado e uma nova sociedade, trataram de expressar uma nova filosofia de vida e um novo sistema, omnicompreensivo e universalmente aceito, de valores” (NEUMANN, 2005, p. 25).

As problemáticas políticas internas continuavam a florescer, tendo em vista que as mudanças estavam acontecendo de cima para baixo, não modificando a forma de representação governamental e ignorando quão longe abrangeria a mudança para a população alemã. Não havia programação e respostas claras, haviam inúmeros problemas surgindo e falta de posição quanto ao futuro do estado parlamentar.

A expectativa pós-guerra era de superação pelos políticos parlamentaristas e, apesar de ser uma revolução capitaneada pelos socialistas, não fora uma revolução socialista, o que havia era um embate progressista entre a social-democracia nascente e o estado liberal moribundo, embasado numa ideia que não representava a história e a cultura do povo alemão, notoriamente, o aparato burocrático continuou o mesmo. De acordo com Francisco González (1992, p. 321):

O teor dos acontecimentos, da denominada “revolução de novembro” consistiu mais em um colapso da monarquia e do poder ditatorial de seu último defensor, o general Ludendorff. Longe de culminar um processo revolucionário ao estilo bolchevique, o nascimento da república de Weimar foi fruto de um acordo entre as principais forças sociais e políticas que reconfigurou o equilíbrio do poder imperante na velha Alemanha guilhermina.

Apesar de herdeira das tradições liberais, havia um contraponto dentro do próprio pacto constitucional, haja vista a existência de um presidente com fortes poderes para suspender os direitos individuais e dissolver o parlamento, mas, ao mesmo tempo, previa, em sua segunda parte, de modo extremamente iniciador, direitos fundamentais de segunda geração. Deste modo, as intenções do regime de Weimar se chocavam com os eventos que arrasavam a Europa.

Para Francisco Colom González (1992, p. 323):

A nova Constituição se estruturava em duas partes principais: uma primeira, referia-

se a organização do Reich, e uma segunda que recolhia os direitos individuais e coletivos dos cidadãos com respeito ao Estado. Teóricos constitucionais de orientações tão distintas como Hermann Heller e Carl Schmitt chegaram posteriormente a coincidir na observação de que as partes do texto constitucional sobrepunham uma série de princípios contraditórios de caráter liberal e socialista, respectivamente.

Ainda que o nascer do viés socialista estivesse expressivamente forte dentro da Alemanha, os movimentos políticos que lideraram a revolução de 1918 viviam em uma disputa irreconciliável, e a esquerda alemã começou um verdadeiro gládio ideológico, com inúmeras rupturas do partido social-democrata (SPD) e aparecimento de novas agremiações partidárias como, por exemplo, o Unabhängige Sozialdemokratische Partei Deutschlands (Partido Social-Democrata Independente da Alemanha – USPD) e o Kommunistische Partei Deutschlands (Partido Comunista da Alemanha – KPD), esse último conhecido por um grupo “espartaquista” cujas lideranças eram Rosa Luxemburgo e Karl Liebknecht, assassinados em Berlim em 1919 por atividades do exército e dos Freikorps<sup>3</sup>, todos num firme propósito de transformarem os rumos da Alemanha em desencontro ao que pretendia o regime parlamentar. Nas palavras de Mary Fulbrook (2012, p. 175) “a divisão entre socialistas moderados e radicais sobreviveria até o colapso da democracia Weimar, quando os comunistas viam os social-democratas como um mal maior até do que os nazistas”.

O ambiente conturbado do núcleo político da república favoreceu, então, o fortalecimento da direita germânica, sob argumento de que os apregoados na Constituição weimariana afrontavam a nação alemã e suas tradições, todavia, os problemas eram para além do conflito entre a esquerda, uma vez que, de acordo com Franz Neumann, o ponto fundamental para as agressões da democracia é o fracasso do partido-social democrata. Diz Neumann (2005, p. 31) que:

Em que pese todas as explicações oficiais, o fato fundamental é o fracasso do partido social-democrata. Esse fracasso se deveu ao que o partido não se deu conta de que o problema central era o imperialismo do capital monopolista alemão, problema que cada vez se fazia mais urgente com o desenvolvimento contínuo do processo de monopolização. Quanto mais crescia o monopólio, mais incompatível resultava com a democracia política.

Ademais, não bastando à luta incessante dos partidos políticos e do povo alemão frente às pretensões da nova República, a economia vivia um momento desordenado; a renda, as empresas, o governo, viviam corroídos pelo registro de uma inflação incontável, que acarretava a falta de emprego, de produção, oriundos, também, do débito exorbitante devido

---

3 Os “Corpos Livres”, grupos para-militares voluntários financiados pela indústria e treinados pelas forças armadas para suprimir os levantes político-revolucionários (FULBROOK, 2012, p. 175).

aos custos da guerra. Diz Fulbrook (2012, p. 180) que:

As agravantes dificuldades políticas e econômicas ligadas à questão das reparações complicaram ainda mais a política nacional. A revelação sobre a amplitude das reparações causou uma consternação sobre como uma economia alemã já fraca poderia arcar com os pagamentos. Os problemas econômicos da Alemanha tinham em parte origem nos métodos de financiamentos da guerra – por meio de empréstimos e apólices em vez do aumento de tributos –, a inflação já estava presente antes mesmo da questão das indenizações exacerbarem a situação. Contudo, a inflação foi extremamente fomentada pela chamada “política de cumprimento”, empreendida pelo governo de Wirth de 1921 a 1922 uma política atacada como uma capitulação às demandas das potências vitoriosas, mas designada de fato a mostrar que a Alemanha não tinha condições de cumprir com os pagamentos das reparações. Segundo um comentarista, as dificuldades econômicas da Alemanha foram apresentadas como dificuldades de pagamento de indenizações.

Nota-se que não há possibilidade de se esgotar os motivos que contribuíram para o fim da república, todavia, a crise monetária e econômica experimentada pela Alemanha, sem dúvidas, foi um fenômeno determinante para sua queda. Segundo o estatístico E. J. Gumbel (1958, p. 203-209):

A [Primeira] Guerra foi financiada pela inflação. A República deu continuidade ao processo inflacionário, que durou até 1923. Esse processo alcançou uma dimensão sem precedentes. De 1917 até o início de 1923, o valor do Dólar subiu de 4,2 [Marcos] para 10.000,00 [Marcos]. Não obstante, apenas nos anos de 1923, o Dólar subiu de 10.000,00 para  $4,2 \times 10^{12}$ . Em outras palavras, em 5 anos, o Marco Alemão caiu a  $10^{12}$  parte de seu valor original. Isso criou degeneração moral, uma corrupção alastrada (um fenômeno novo na história alemã), e novos riscos de origens e fins duvidosos. Por esses motivos, grandes parcelas da população tornaram-se hostis ao governo.

Nessa linha, verifica-se um abismo entre a aposta no pluralismo democrático do novo regime e os interesses do capital monopolista alemão, que irá propagar uma ideologia de agressão ao regime democrático e a constituição de Weimar, apontando que a realidade política e social interna da Alemanha, frente aos eventos de instabilidades políticas, institucionais e socioeconômicas, que, sendo um terreno fértil a efervescência cultural dos teóricos direitistas do período, fortaleciam um pensamento e um discurso anti-governista, o que custaria, brevemente, as liberdades e democracia do povo alemão.

Diante do que restou dito até aqui, cabe agora buscar as linhas de força de um dos autores mais críticos da democracia parlamentar de Weimar, a saber: Carl Schmitt. Desse modo, as pretensões que se seguem têm por objetivo inventariar a geração de Carl Schmitt e, apontando suas bases teóricas, demonstrar o pensamento que se constrói contra a república de Weimar.

## **A GERAÇÃO DE CARL SCHMITT E A CRÍTICA A WEIMAR**



A partir desse momento a investigação irá se concentrar nas reflexões de Carl Schmitt no contexto weimariano, fundamentalmente na análise de alguns aspectos de produção intelectual que se coloca de maneira crítica a constituição de Weimar, o que evidencia impactos para sua análise da nova república parlamentar e lançam as bases para formação de sua teoria do Estado, não se admitindo como tarefa da presente investigação a exposição pormenorizada de tal perspectiva.

Filho de família católica, Carl Schmitt foi um jurista alemão, nascido em Plettenberg, na região de Vestefália, cidade de maioria protestante, em 1888. Estudou direito e ciência política nas suas passagens por Berlim, Munique e Estrasburgo, concluindo os seus estudos acadêmicos em 1915. Tornou-se professor, tendo lecionado em várias universidades, das quais se destacam a Universidade de Berlim e de Munique, tendo como especialidade jurisprudência (FLICKINGER, 1992, p. 10).

Participou ativamente das transformações da Alemanha na primeira metade do século XX e, já desde 1910, quando tornou-se doutor em direito, começou a desenvolver sua crítica ao sistema liberal-burguês de governo. Esteve filiado ao Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães (NSDAP), entre 1933 a 1936 e, conforme se transformavam as conjunturas históricas nos quadros políticos entre os séculos XIX e XX, suas ideias eram expostas de forma a apontar a neutralidade e a fragilidade frente ao excepcional na forma de organização da democracia liberal, que estava fadada a desaparecer, fundamentando um novo modelo de Estado, o Estado total. Nas palavras de Roberto Bueno (2014, p. 135) “Schmitt não hesitou em responder às suas vicissitudes, e para tanto ocupou-se prioritariamente do constitucionalismo liberal.”

A argumentação de Schmitt quanto ao próprio tempo apontando a crítica ao sistema representativo do parlamentarismo, releva-se essencial para o entendimento da constituição política, haja vista que, nas palavras de Hans Flickinger (1992, p. 11):

Como jurista, Carl Schmitt contribuiu, antes de tudo, ao desenvolvimento da doutrina da constituição moderna, cuja base encontra-se na atenta releitura da tradição européia: Mac-chiavelli, Hugo Grotius, Jean Bodin e os revolucionários conservadores Bonald, de Maistre, Donoso Cortés fundamentaram seu pensamento, destacando-se, porém, Thomas Hobbes como autor preferido, no qual Carl Schmitt enraizou sua crítica ao sistema político de Weimar. Com esta orientação opôs-se ele aos outros teóricos contemporâneos do Estado, como por exemplo, Otto Kirchheimer, Hermann Heller ou Hans Kelsen e Gerhard Anschütz.

Schmitt pertenceu a uma geração de intelectuais alemães que cresceram num ambiente de prosperidade, haja vista que o clima era de uma forjada paz e segurança nos anos

anteriores a Primeira Guerra Mundial. Segundo Ellen Kennedy (2012, p. 79):

De uma geração que nos anos que seguiram a guerra se rebelou, não só contra a nova República, senão também contra os pressupostos culturais e metafísicos que a sustentavam e que formavam o legado recebido do século dezenove: a crença no progresso e na tecnologia e na racionalidade instrumental.

Nesse sentido, o pluralismo partidário do novo regime parlamentar para Schmitt e seus contemporâneos não era concretamente o espírito cultural do povo alemão, considerando um sistema fraco, corrupto e sem um sentido de coletividade, o que leva a compreensão de que o contexto weimariano tem fundamentos políticos em falsos postulados, frágeis instituições e relações políticas superficiais (KENNEDY, 2012, p. 79), e por assim ser, Schmitt tornou-se um dos críticos mais severos da ideologia política liberal.

Além das questões monetárias que a cada momento evidenciavam ainda mais a instabilidade econômica e social do novo estado democrático, a geração de Schmitt foi influenciada, também, por um movimento filosófico, político e artístico surgido na Europa durante os séculos XVIII e XIX, intitulado romantismo, que, embora não tenha sido propriamente vivido pelo autor, designava uma visão de mundo centrada no indivíduo que estimulou claramente o pensamento de alguns teóricos que divergiam do que ele defendia, eis que caracterizava a subjetividade romântica de uma nação que não excluía nada, nem o estado, nem a sociedade. Nas palavras de Ellen Kennedy (2012, p. 94):

Para eles, a nação é uma entidade cultural que participa de ideias e de valores universais; daí o seu cosmopolitismo. Que não levam à articulação de interesses alemães privados, mas uma visão de mundo sem interesses ou conflitos. Neste mundo, o indivíduo é perfeitamente livre para realizar-se.

Neste viés, Carl Schmitt edita, em 1919, o seu *Politische Romantik*<sup>4</sup>, denunciando que para o romântico a vida é ocasional, isto é, frente a contradições as respostas só poderão ser literárias e imaginárias e, por assim ser, impossível de encontrar a realidade. É neste sentido que se inicia a construção de uma crítica ao estado liberal-burguês, na afirmativa de que o liberalismo, para Schmitt, é romântico, pois o liberal evita a decisão (KENNEDY, 2012, p. 99). Isto porque o critério, nas palavras de Schmitt (apud Kennedy, 2012, p. 99):

É se a capacidade de decidir entre o correto e o incorreto está presente. Esta habilidade é o princípio de toda a energia política: tanto da revolucionária, que apela aos direitos naturais ou aos direitos humanos, como da conservadora, que apela aos direitos históricos.

Dessa forma, torna-se perceptível que a geração do jusfilósofo é incrédula quanto à nova república e constituição proclamada e, instigado pela conjuntura político-institucional e

---

4 Romantismo político, 1919.

social arquitetada, Schmitt escreve várias obras, dentre as quais destacamos: *Die Diktatur: Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*<sup>5</sup>, uma obra que inicia o pensamento ditatorial na Constituição e como deve ser a representação da vontade popular de forma mais efetiva; *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*<sup>6</sup>, obra que descreve a soberania e o

Estado de Exceção schmittiano; *Der Begriff des Politischen*<sup>7</sup>, texto em que apresenta as questões acerca do política e da sua forma de ação; e, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*<sup>8</sup>, cuja obra aborda uma preocupação acerca da condição de possibilidade de uma relação entre liberalismo e sistema parlamentar como fundamentos da democracia e, quando publicada esta última, segundo Alexandre Franco de Sá (2014, p. 45):

Schmitt traça um retrato completamente desencantado da impossibilidade de encontrar no sistema parlamentar mais do que uma plataforma para que os partidos conquistem o poder e transformem o Estado, e a sua constituição, de acordo com as suas perspectivas e visões de mundo.

É importante notar que nessas obras encontram-se as críticas que Schmitt fez à democracia liberal e à Constituição de Weimar, análises essas que ainda hoje se encontram atuais nas apreciações e nos problemas das democracias liberais. Nestas críticas encontramos, a título de exemplo, a opção de Carl Schmitt pela exceção e pelo decisionismo (FLICKINGER, 1992, p. 11; SÁ, 2014, p. 45).

O ataque de Carl Schmitt à república de Weimar se dá, em especial, em sua reflexão minuciosa acerca do parlamentarismo, quando, pós-guerra de 1918, defende que a instituição parlamentar deverá ser submetida a certo controle, isto é, de que tem-se a necessidade de um soberano não vinculado aos limites institucionais impostos pelo regime parlamentarista controlar toda a dinâmica de vida social e cultural, determinando o momento soberano de tomada de decisão, não se reconhecendo o político como diferente do estado, mas alguém capaz de decidir de acordo com a vontade do povo. É nesse sentido que, já no prefácio da segunda edição de *Teologia Política*, diz Schmitt (1996, p. 84):

Nós reconhecemos o “político” como o “total”, por isso sabemos que a decisão, mesmo sendo algo apolítico, representa sempre uma decisão política, independente de quem ela atinge e que roupagens ela assume para se justificar. Isso também vale quando se quer saber se uma determinada teologia é política ou apolítica.

Nessa perspectiva, os anseios políticos do povo, para Schmitt, apenas poderiam ser

---

5 Diktadura : Desde o início de soberania moderna pensado para luta de classe proletária, 1922.

6 Teologia Política : quatro capítulos para a doutrina da soberania, 1922.

7 O Conceito do Político, 1932.

8 Situação espiritual do sistema parlamentar, 1923.

representados através de uma representação identitária entre governantes e governados, o que não seria possível pelo parlamentarismo liberal, uma vez que esta se apresenta como algo indireto e superficial, pois se liga com as liberdades individuais dos sujeitos, limitando a atuação do político – leia-se soberano –, na vida privada, razão pela qual, após o triunfo do liberalismo na Alemanha, Schmitt e seus contemporâneos prosseguem num clima de veemente ataque.

Roberto Bueno (2014, p. 135) destaca que:

Deste modo, as maiorias parlamentares poderiam ser desconsideradas para fins de reforma constitucional, pavimentando o caminho para o regime autoritário em que toda legislação (e sua aplicação) fica à mercê da ação decisionista do soberano, pois realizava-se assim a passagem da teoria da representação (weimariana-parlamentar-liberal) para uma teoria da identidade (autoritária), entre governantes e governados.

A reflexão schmittiana quanto ao problema da representação parte da análise do *complexio oppositorum* que é a instituição do catolicismo romano, a saber: a igreja católica. De acordo com Schmitt (1998, p. 22) toda oposição pode ser compreendida pela igreja e “desde há muito que ela se glorifica por unir em si todas as formas de Estado e de governo, por ser uma monarquia autocrática cujo chefe é escolhido pela aristocracia dos cardeais”, todavia, quando não houver a consideração do estado e da providência, democraticamente, o líder tornar-se-á um soberano autocrático com representação identitária entre os governantes e os governados, assim, a igreja é uma representação concreta que se exerce de maneira jurídica (SCHMITT, 1998, p. 22).

Nas palavras de Schmitt (1998, p. 33):

Mas ela só tem a força para esta forma, como para qualquer forma, porque ela tem a força da representação. Ela representa a *civitas humana*, ela apresenta a cada instante a união histórica entre o devir humano e o sacrifício de Cristo na cruz, ela representa o próprio Cristo, pessoalmente, o Deus que se tornou homem na realidade histórica. No representativo assenta a sua supremacia sobre uma época do pensar económico.

Deste modo, a forma de representação pensada por Schmitt – ilustrada pelo catolicismo romano (presente na figura do imperador, por exemplo) –, é estrategicamente refutada pelo liberalismo, haja vista que a forma de delegação da soberania ao povo no novo sistema parlamentar enseja uma cisão entre representantes e representados, tornando a participação estatal um meio meramente técnico de se discutir interesses particulares entre as camadas da sociedade, e por assim ser, pervertendo a democracia que deveria estar baseada na ideia da necessária homogeneidade do povo. Nos dizeres de Flickinger (1992, p. 12):

O parlamentarismo, por sua vez, teria perdido seu fundamento e sua credibilidade no momento em que a livre discussão pública entre cidadãos independentes arruinou-se pelo compromisso tático dos partidos, fazendo desaparecer, assim, o ser público no

processo de decisão política, dando lugar às negociações em comissões fechadas etc.

Portanto, a crítica schmittiana pronunciada ao Estado de Direito e ao constitucionalismo liberal se dá por entender que estes pretendem refutar o verdadeiro representante do povo – o soberano, imperador, Papa etc –, que tem a capacidade de distinguir o amigo-inimigo<sup>9</sup> estatal, que possui a força efetiva de “quando há outra pessoa política (o Rei) frente ao que o Parlamento pode opor-se como o ‘verdadeiro’ representante do povo” (SIRCZUK, s/d, p. 34), que torna possível a resolução concreta dos conflitos políticos e sociais, que não precisa estar juridicamente positivado – característica do liberalismo e personificado por Hans Kelsen –, e que, pela negativa de todas essas possibilidades, evidencia que os fundamentos intelectuais do liberalismo e suas instituições, estão fadados ao fracasso (BUENO, 2014, p. 134).

Nesse sentido, a realização das leituras histórias dos textos schmittianos – que objetivam-se a colaborar com a corrosão dos conceitos do parlamentarismo, da democracia e do liberalismo, haja vista que atacavam diretamente a crise socioeconômica e política da Alemanha, apresentando que todos os problemas existentes no período (pós-guerra), foram decorrentes da então constituição weimariana –, são necessárias para entender que a crítica schmittiana a essas instituições (liberalismo e parlamentarismo) tinha como marco um pensamento conversador autoritário de vestes revolucionárias que fundamentava a essência de suas críticas com base na ordem da república de Weimar, que, segundo Schmitt, é estranha ao espírito, aos costumes e a tradição do povo alemão. Nas palavras de Roberto Bueno (2014, p. 135):

As maiorias parlamentares poderiam ser desconsideradas para fins de reforma constitucional, pavimentando o caminho para o regime autoritário em que toda a legislação (e sua aplicação) ficava à mercê da ação decisionista do soberano, pois realizava-se assim a passagem da teoria da representação (weimariana-liberal-parlamentar) para uma teoria da identidade (autoritária), entre governantes e governados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi apresentado, a localização das bases teóricas de Carl Schmitt no que se chamou de primeiros anos de Weimar, teve por objetivo uma brevíssima especificação de alguns desafios bastante complexos que se vinculam as demandas feitas ao pensamento jurídico-político do período pós-guerra e que podem ser repensadas nas temáticas da

---

9 Normalmente pensado a partir de o Conceito do Político.

democracia e do constitucionalismo contemporâneo.

Em suma, ao expor suas linhas de força, Schmitt apresenta um modelo político que aniquila os direitos fundamentais, a alternância das forças políticas e da livre formação do pluralismo ideológico e social (KENNEDY, 2012, p. 13) e, formulando uma ideia antidemocrática a democracia, constrói uma proposta que fortalece a figura do Presidente – como dito, do soberano –, desvinculando a decisão das amarras do liberalismo presente da constituição de Weimar. Todavia, há que se observar que a geração de Carl Schmitt, vislumbrando atingir agressivamente o sistema parlamentar presente na então Alemanha, compromete diretamente as liberdades e a democracia do povo alemão.

A implicação de suas elaborações teóricas esbarra “a uma tradição autoritária, posição fartamente documentada por comentaristas que explicam a posição de rechaço de Schmitt à democracia e colaboração com políticas autoritárias e, logo, o regime fascista” (BUENO, 2014, p. 164), além disso, a gama de intelectuais e de políticos que compartilhavam desta posição antiliberal, fortalecia ainda mais tamanho despreço pela constituição e república de Weimar e, irmanado destes homens, Schmitt não hesitou em fundamentar suas críticas à nova instituição, essencialmente caracterizada pelo vínculo autoritarista. Tomar consciência de como se constrói o pensamento schmittiano e, conforme expostos em linhas iniciais, para onde suas teorias caminham, eis a tarefa daqueles que prezam pela manutenção das liberdades e que pretendem resistir ao poder incontrolável e ao autoritarismo.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ângela Mendes. A república de Weimar e a ascensão do nazismo. São Paulo: Brazilense. 1982, p. 29.

BUENO, Roberto. Schmitt: a crítica liberal através do político. In: *Reflexión Política*, Bucaramanga-Colombia: Universidad Autónoma, vol 12, nº 24, p. 60-67. 2010.

\_\_\_\_\_. Schmitt: pensando à exceção desde uma crítica à democracia parlamentar weimariana. In: BUENO, Roberto (Org.). *Filosofia & política: tensões entre liberdade, poder e democracia*. Uberlândia-MG/Madrid: EDUFU/Editorial Dykinson. 2014.

FLICKINGER, Hans Georg. A luta pelo espaço autônomo do político. In: SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Trad. Alvaro L.M. Valls. São Paulo: Vozes. 1992.

FULBROOK, Mary. *História concisa da Alemanha*. Trad. Barbara Duarte. São Paulo: Edipro. 2012.

GONZÁLEZ, Francisco Colom. La “izquierda schmittiana” em el debate constitucional de la República de Weimar. In: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 11, p. 359. 1992.

KENNEDY, Ellen. Carl Schmitt en la República de Weimar: la quiebra de una constitución. Trad. Pedro Lomba Falcón. Madrid: Técnos. 2012.

NEUMANN, Franz. Estado democrático e estado autoritário. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1969.

\_\_\_\_\_. Behemoth: Pensamiento y acción en el nacional socialismo. Trad. Vicente Herrero; Javier Marquez. México: Fondo de cultura económica. 2005.

SÁ, Alexandre Franco de. O estado total entre dialética e decisão: uma abordagem a partir do pensamento de Carl Schmitt. In: BUENO, Roberto (Org.). Filosofia & política: tensões entre liberdade, poder e democracia. Uberlândia-MG/Madrid: EDUFU/Editorial Dykinson. 2014.

SCHMITT, Carl. La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Trad. José Díaz García. Madrid: Revista de Occidente. 1968.

\_\_\_\_\_. O conceito do político. Trad. Alvaro L.M. Valls. São Paulo: Vozes. 1992.

\_\_\_\_\_. Teologia Política. Trad. Inês Lohbauer. In: A crise da democracia parlamentar. São Paulo: Scritta. 1996a.

\_\_\_\_\_. A situação intelectual do sistema parlamentar atual. Trad. Inês Lohbauer. In: A crise da democracia parlamentar. São Paulo: Scritta. 1996b.

SIRCZUK, Matías. Schmitt en Weimar: la crítica al liberalismo. In: Elementos, nº 66, p. 29-38. s/d.

# PARIDADE, IGUALDADE E ALTERIDADE COMO GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Gustavo GOTTARDI<sup>1</sup>  
André Murilo Parente NOGUEIRA<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente trabalho apresenta um estudo sobre o direito de acesso à inclusão das pessoas com deficiência intelectual e discorre sobre a legislação pertinente ao tema, incluindo a Lei 13.146/2015, que entrou em vigor em janeiro deste ano. Aborda ainda os problemas existentes entre a criação de normas sobre o tema e sua efetivação social. O Brasil conta com um sistema de proteção à pessoa com deficiência, composto por normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como por normas provenientes de tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico. O desafio agora é efetivar esses direitos, a fim de combater a discriminação e ampliar a liberdade dessas pessoas. O estudo apresenta ainda os benefícios dessa inclusão para o indivíduo e para a sociedade como efetivação do princípio da igualdade normatizado em nossa Constituição Federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** proteção; pessoas com deficiência; direito interno; direito internacional

## ABSTRACT

This paper presents a study on the right of access to inclusion of people with intellectual disabilities and discusses the pertinent legislation, including Law 13.146 / 2015, which entered into force in January this year. It also addresses existing problems between the creation of rules on the subject and its social effectiveness. Brazil has one person protection system disabled, composed of constitutional and infra-constitutional norms, as well as standards from international treaties incorporated into the legal system. The challenge now is to carry out these rights in order to fight discrimination and expand the freedom of these people. The study also shows the benefits of inclusion for the individual and for society as realization of the principle of equality regulated in our Constitution.

**KEY-WORDS:** protection; disabled people; domestic law; international right

## INTRODUÇÃO

- 1 Graduado em direito pelo Centro Universitário de Rio Preto, pós- graduação em direito civil, mestrado em Direito pelo Centro Universitário Toledo e doutorando em Direito (Sistema Constitucional de Garantias de Direitos) pela ITE -Bauru. Advogado, com experiência na área de Direito privado e público. Conselheiro Federal da OAB/MS (suplente), Membro da Comissão Nacional de Acesso à Justiça do Conselho Federal da OAB.
- 2 Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru, pós-graduação lato sensu em Direito Público e Mestre em Direito: área de concentração em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos; Doutorando em Direito - todos pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Advogado; Coordenador da Escola Superior da Advocacia - ESA - OAB/SP Núcleo de Botucatu (novembro 2009/2012); Presidente da 25ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil/SP (2013/2015) - Professor de Processo Civil, Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica (2009/2011) e Coordenador do Curso de Direito ITE/Botucatu.



O presente artigo, com a temática paridade, alteridade e igualdade como garantia constitucional, aborda a questão do papel das pessoas com deficiência na sociedade. Nesse sentido, num primeiro momento, analisa-se a força e a luta das minorias e seu reconhecimento diante das realidades locais e globais, principalmente no que se refere à opressão, privação e discriminação que sofreram ao longo da História. Após, será analisado o direito das minorias na Constituição Brasileira e seus principais avanços no reconhecimento de direitos do chamado grupo vulnerável em que se encontram as pessoas com deficiência. Garantir o direito das minorias é uma das funções básicas da democracia.

Em janeiro de 2016 entrou em vigor a Lei 13.146 de 2015, tendo como objetivo subsidiar os sistemas educacionais para transformar as escolas públicas brasileiras em espaços inclusivos e de qualidade, que valorizem as diferenças sociais, culturais e emocionais e atendam às necessidades educacionais de cada aluno. Neste sentido, são apresentadas reflexões críticas sobre os referenciais que fundamentaram a educação especial na perspectiva da integração, propondo uma análise da formação de educadores, do conceito de deficiência e das práticas escolares a partir da evolução da concepção sob o novo paradigma no contexto da educação inclusiva. A compreensão da educação como um direito de todos e do processo de inclusão educacional numa perspectiva coletiva da comunidade escolar reforça a necessidade da construção de escolas inclusivas.

Há milênios, a história demonstra que os direitos humanos manifestam-se na vida de forma desigual para grupos sociais e pessoas distintas, persiste a desigualdade traduzida na falta de oportunidades de acesso à educação de qualidade necessária para realizar o pleno desenvolvimento de cada indivíduo e sua cidadania.

As pessoas que nascem com deficiências ou as adquirem ao longo da vida, são continuamente privadas de oportunidades de convivência com a família e seus pares, da vida escolar, do acesso ao trabalho, às atividades de lazer e cultura, entre outros. No âmbito da educação, embora as matrículas estejam aumentando na rede de ensino, as condições educacionais se mantêm desiguais para os estudantes com deficiência, e, com muita frequência, aprendizes com deficiência são discriminados nas escolas brasileiras quando não têm o acesso aos recursos e apoio de que necessitam apesar de terem o direito garantido por lei para estudarem em condições de igualdade com relação aos seus colegas. Nesse sentido, temos demonstrada a urgência da aquisição de conhecimentos relevantes na área de deficiência e direitos humanos por parte de educadores e comunidades escolares. Os direitos

das pessoas com deficiência têm sido sistematicamente violados e os educadores, em cada escola brasileira, devem se tornar agentes de combate de sua invisibilidade, a fim de assegurarem seus direitos à dignidade humana.

## **A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS**

A Constituição Federal de 1988 avançou significativamente no tratamento das minorias, tratando de questões antes cercadas de preconceito, hoje com caráter interdisciplinar de grande importância no meio jurídico, educacional e humano. Nunca se discutiu tanto sobre acessibilidade, ações afirmativas, compensações históricas.

Até 1969, a legislação brasileira continha apenas referências esparsas sobre as pessoas com deficiência.<sup>3</sup> Somente a partir de reflexões sobre o princípio da igualdade poderiam ser estabelecidos patamares mínimos de proteção a esse grupo. Não havia regras constitucionais específicas e, menos ainda, debates sobre inclusão social.

A Emenda n. 1/69 alterou a Carta Constitucional de 1967 e estatuiu que a educação de excepcionais seria disciplinada em lei especial (art. 175, §4º). Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 12/78 assegurou aos deficientes a melhoria de suas condições socioeconômicas, apontando instrumentos para a consecução deste objetivo.

Sobre esse aspecto, Luiz Alberto David Araújo afirma que “talvez o grande mérito da Emenda Constitucional n. 12 tenha sido o de sistematizar, em uma só Emenda, o rol de direitos específicos desse grupo de pessoas”.<sup>4</sup>

A Constituição Federal de 1988 avançou significativamente no tratamento do assunto, pois, além de preconizar a erradicação da pobreza e da marginalização como objetivos fundamentais da República, em seu art. 3º, inciso III, bem como de reafirmar o princípio da igualdade no artigo 5º, o novo texto trouxe normas que conferem visibilidade e contornos mais nítidos ao tema.

Iniciou-se assim, um modelo de inclusão de pessoas com deficiência no convívio

---

3 Apesar da falta de parâmetros constitucionais, algumas leis e decretos anteriores a 1988 tratavam de assuntos de interesse de pessoas com deficiência. Hugo Nigro Mazzilli destaca a Lei n. 909/49, o Decreto-lei n. 44.236/58, o Decreto n. 48.252/60, a Lei n. 4.613/65, o Decreto n. 58.932/66, o Decreto n. 63.066/68, a Lei n. 7.070/82, a Lei n. 7.113/83, o Decreto n. 89.241/83, o Decreto n. 91.872/85, a Lei n. 7.405/85 e o Decreto n. 93.481/86. MAZZILLI, Hugo Nigro. A pessoa portadora de deficiência e o Ministério Público. *Revista de Direitos Difusos*, v.4, p. 450, dez. 2000.

4 ARAÚJO, Luiz Alberto David. Em busca de um conceito de pessoa com deficiência. In: GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (Org.). *Deficiência no Brasil – uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p. 13.

familiar e social pelo exercício da cidadania, pelo acesso à educação e pela garantia de sua inserção no mercado de trabalho.<sup>5</sup>

Importantes mudanças da ordem constitucional estão inseridas no artigo 208, cujo inciso III garante às pessoas com deficiência o atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino.

Em face dos objetivos e princípios que regem a educação (artigos 205 e 206 da CF), não se deve confundir “atendimento educacional especializado” com criação de um sistema de ensino paralelo à rede regular, sob pena de se perpetuarem situações de marginalização e intolerância. O texto constitucional não comporta leituras que justifiquem a segregação, mas somente aquelas que legitimam a educação inclusiva.<sup>6</sup>

Expostas as normas que tratam diretamente de direitos e garantias das pessoas com deficiência, pode-se afirmar que o tratamento constitucional da matéria é bastante abrangente e protetivo.

As prescrições do Texto Maior, por si sós, dariam azo à formulação de inúmeras políticas públicas visando à inclusão desse grupo, dissociadas de concepções paternalistas. Entretanto, além da Carta Magna, o país conta com um significativo arcabouço infraconstitucional.

Os ordenamentos jurídicos passam a se adaptar a essa nova realidade, positivando direitos e garantias às minorias e o grande desafio é conferir efetividade às normas que procuram a proteção destas e a promoção da inclusão social.

Levando em consideração a Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, pode-se destacar direitos e princípios que aos poucos encontram espaço no meio jurídico para sua efetivação.

Podemos citar seu artigo 3º que dispõe sobre a República Federativa do Brasil, constituir como objetivos a construção de sociedade livre, justa e solidária, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos sem qualquer tipo de preconceito, objetivos

---

5 A inovação é bem registrada por Luis Pinto Ferreira nos primeiros anos de vigência da Constituição Federal: “A Constituição Federal teve especial empenho em amparar os deficientes. Às pessoas portadoras de deficiência foi reservado um percentual de empregos públicos, devendo a lei definir os critérios de admissão. Busca-se assim a integração dos deficientes tanto no serviço público como nas empresas particulares. O concurso de provas e de títulos parece-nos necessário, compatibilizando-o contudo com as peculiaridades físicas e locomotoras dos deficientes, que podem fazer provas de conhecimentos gerais, como português, matemática, história etc.” FERREIRA, Luis Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. v.2 (arts. 22 a 53). São Paulo: Saraiva, 1990. p. 374

6 FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. O direito a uma educação inclusiva. In: GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (Org.). *Deficiência no Brasil – uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*, p. 102.

estes que devem ser buscados e alcançados pelo Estado. Podemos dizer que referidos objetivos são inéditos ao se tratar da história das Constituições Brasileiras, pois as mesmas jamais trataram de assuntos tão distintos.

Acima do citado artigo 3º, devemos destacar também o artigo 1º da Carta Magna que traz o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, além da igualdade em seu parágrafo único.

Inúmeros desafios surgirão, especialmente àqueles relacionados a problemas políticos e de gestão, como por exemplo, a insuficiência de recursos econômicos podendo se condicionar a efetivação dos direitos à reserva do possível; Por outro lado, a efetivação de direitos que exigem a prestação estatal pode depender de uma complementação normativa, sendo aqui, essencial o papel do legislador para a realização de uma integração legislativa necessária à real defesa dos preceitos Constitucionais.

Apesar de termos Constitucionalmente garantido o direito à inclusão, ainda vivemos em uma sociedade que encontra dificuldade de aceitar, em vários ramos de trabalho, escolas, entre outros meios, indivíduos com deficiência intelectual.

A principal perda para a sociedade e para esses indivíduos está no fato de que se bem estimulados, valorizados e principalmente, com seus direitos reconhecidos, terão plenas condições de trabalhar e estudar como qualquer outra pessoa, sem dificuldade, como membro efetivo da sociedade, como cidadão.

A preocupação da legislação que aborda o tema da deficiência intelectual trata em especial de alguns quesitos que são muito relevantes para o tratamento dessas pessoas, tais como a criação de métodos inclusivos de educação, a manutenção e garantia da igualdade de direito desses indivíduos enquanto cidadãos, dentre outros, conforme podemos destacar em trechos da Declaração de Montreal sobre a Deficiência Intelectual:

1. As Pessoas com Deficiência Intelectual, assim como outros seres humanos, nascem livres e iguais em dignidade e direitos.
2. A deficiência intelectual, assim outras características humanas, constitui parte integral da experiência e da diversidade humana. A deficiência intelectual é entendida de maneira diferenciada pelas diversas culturas o que faz com a comunidade internacional deva reconhecer seus valores universais de dignidade, autodeterminação, igualdade e justiça para todos.
3. Os Estados têm a obrigação de proteger, respeitar e garantir que todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e as liberdades das pessoas com deficiência intelectual sejam exercidos de acordo com as leis nacionais, convenções, declarações e normas internacionais de Direitos Humanos.
5. A. Todas as pessoas com deficiências intelectuais são cidadãos plenos, iguais perante a lei e como tais devem exercer seus direitos com base no respeito nas diferenças e nas suas escolhas e decisões individuais. B. O direito a igualdade para as pessoas com deficiência intelectual não se limita à equiparação de oportunidades, mas requerem também, se as próprias pessoas com deficiência intelectual o exigem,

medidas apropriadas, ações afirmativas, adaptações ou apoios. Os Estados devem garantir a presença, a disponibilidade, o acesso e utilização de serviços adequados que sejam baseados nas necessidades, assim como no consentimento informado e livre destes cidadãos e cidadãs.

9. Aos Estados:

A. Reconhecer que as pessoas com deficiências intelectuais são cidadãos e cidadãs plenos da Sociedade;

B. Cumprir as obrigações estabelecidas por leis nacionais e internacionais criadas para reconhecer e proteger os direitos das pessoas com deficiências intelectuais. Assegurar sua participação na elaboração e avaliação de políticas públicas, leis e planos que lhe digam respeito. Garantir os recursos econômicos e administrativos necessários para o cumprimento efetivo destas leis e ações;

C. Desenvolver, estabelecer e tomar as medidas legislativas, jurídicas, administrativas e educativas, necessárias para realizar a inclusão física e social destas pessoas com deficiências intelectuais;

D. Prover as comunidades e as pessoas com deficiências intelectuais e suas famílias o apoio necessário para o exercício pleno destes direitos, promovendo e fortalecendo suas organizações;

E. Desenvolver e implementar cursos de formação sobre Direitos Humanos, com treinamento e programas de informação dirigidos a pessoas com deficiências intelectuais.<sup>7</sup>

Todos os elementos em destaque apontam para uma necessidade tanto social, quanto governamental de cuidado e atenção no tratamento da pessoa com deficiência intelectual para ao mesmo tempo garantir suas características enquanto cidadã sem desrespeitar suas necessidades especiais na seara educacional e de saúde.

Dessa forma, uma aliança entre família e Estado é extremamente importante para o desenvolvimento desses indivíduos. Mas o que esperar em situações nas quais as famílias não podem arcar com despesas extras como o acompanhamento de profissionais treinados para esse fim?

Pensando nessas situações é que expomos o quanto o Estado têm se ausentado no tratamento das pessoas com deficiência intelectual, apesar de haver a clara e explícita garantia Constitucional.

Diante desse quadro é que o entendimento do princípio da igualdade precisa ser abordado para as pessoas com deficiência intelectual, e, conforme nos ensina Luiz Alberto David Araújo, “a regra isonômica não admite qualquer privilégio, tratando igualmente as pessoas. Isto, é o que se denomina igualdade formal ou igualdade perante a lei”<sup>8</sup>.

O preâmbulo do texto constitucional de 1988 garante a inexistência de qualquer espécie de preconceito. O caput do artigo 5º estabelece o princípio da igualdade, afirmando

---

7 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Declaração de Montreal sobre a Deficiência Intelectual**. Disponível em: <<http://www.adiron.com.br/site/uploads/File/Montreal.pdf>>. Acesso em: 07/06/2013.

8 ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência**. Brasília: Coordenação Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994, p.82.

inexistir distinção entre as pessoas.

Assim, a preservação do direito à igualdade, preconizado pelo art. 5º, inciso I, da Constituição Federal, é o que está implícito no direito à integração das pessoas com deficiência intelectual.

A igualdade funciona como regra principal de todo o direito à integração social, estando sempre presente na própria aplicação do direito. Luiz Alberto David Araújo<sup>9</sup> assegura a impossibilidade de qualquer interpretação constitucional sem a observância do princípio da igualdade. Para o autor “só é possível entendermos o tema da proteção das pessoas portadoras de deficiência se entendermos corretamente o princípio da igualdade”.

## **A EFETIVAÇÃO DA INCLUSÃO SOCIAL NO BRASIL**

Apesar da importância do assunto e de estar positivado na Constituição de 1988, a igualdade, a alteridade e a dignidade da pessoa humana, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, só serão admitidas como realidade com a efetivação da inclusão das pessoas com deficiência intelectual, mas para tanto, é necessário o repúdio às práticas que exponham essas pessoas, práticas que as coloquem em posição de desigualdade perante os demais, que as desconsiderem ou as privem dos meios necessários à sua manutenção.

Primeiramente, se faz necessário a distinção dos termos deficiência intelectual e mental, vez que seu uso incorreto faria este estudo recair sobre realidades bem distintas, embora muito confundidas pelo grande público.

A preocupação com a utilização dos termos ligados ao assunto foi também do legislador brasileiro vez que a própria Constituição Federal, a fim de eliminar termos jocosos e imprecisos, instituiu em 1988, a denominação de Pessoas Portadoras de Deficiência (PPD).

Mais adiante, a título de comparação, podemos citar a instituição do dia 3 de dezembro como Dia Internacional das Pessoas com Deficiência, pela ONU, (Resolução 1993/29, de 05 de março de 1993), o que já demonstra uma pequena variante quanto à denominação pátria.

Como o Brasil é signatário da Convenção de Nova York<sup>10</sup>, a nomenclatura utilizada

---

9 Ibidem.

10 O Brasil, no dia 30 de março de 2007, assinou em Nova Iorque, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, proposta pela ONU, surgindo assim, o Decreto 6.949 de 2009. De acordo com a secretaria de direitos humanos a assinatura reforça o compromisso do Estado brasileiro em adotar medidas legislativas e administrativas para assegurar os direitos reconhecidos na Convenção. [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:dilKr0gStysJ:portal.mec.gov.br/index.php%3Foption%3Dcom\\_docman%26task%3Ddoc\\_download](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:dilKr0gStysJ:portal.mec.gov.br/index.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_download)

passou de “pessoas portadoras de deficiência” para “pessoas com deficiência”, procurando, assim, resguardar a dignidade e respeito dessas pessoas.

Para a maioria dos autores a fronteira entre o indivíduo normal e o anormal pode muitas vezes ser tênue e dinâmica, de forma que não se pode asseverar que alguém é plenamente normal apenas por não possuir nenhum sintoma psicopatológico até então diagnosticado pela medicina, mas sim aquele:

(...) indivíduo capaz de se integrar na sociedade em que vive, estabelecendo relações harmoniosas com os outros, realizando as tarefas que a sociedade lhe pede, dando-lhe o seu contributo pela realização das suas potencialidades positivas e capaz de manter, em todas as circunstâncias, o seu equilíbrio mental.<sup>11</sup>

Diante disso sobram ainda outros questionamentos quanto aos elementos diferenciadores das pessoas com deficiência intelectual. Para Eugênia Fávero:

“deficiência mental é o funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: comunicação, cuidado pessoal, habilidades sociais, utilização da comunidade, saúde e segurança, habilidades acadêmicas, lazer e trabalho”<sup>12</sup>.

Ainda segundo a autora “caso um indivíduo tenha desenvolvimento comum até a idade adulta (dezoito anos) e depois passe a apresentar comprometimentos intelectuais, com certeza isso é resultado de processos relacionados a doenças mentais”.<sup>13</sup>

Apesar de muitos usarem os termos deficiência mental e intelectual como sinônimos, tal ato não pode prosperar porque, primeiramente, no caso da deficiência mental, estaríamos falando da mente como um todo e não apenas do intelecto, situação que recai sobre a segunda definição.

Dessa forma podemos começar a delinear as diferenças entre as pessoas com deficiência intelectual e constatar que a própria conceituação por parte dos especialistas já indica a necessidade de atenção que esses cidadãos merecem da sociedade e do Estado.

Dentre os eventos que mais chamaram atenção para tal definição, em 2004, por meio da Organização Pan-Americana da Saúde e da Organização Mundial da Saúde, um evento (também com a participação do Brasil) em Montreal, Canadá, aprovou o documento: DECLARAÇÃO DE MONTREAL SOBRE DEFICIÊNCIA INTELECTUAL .

Deficiência intelectual é um termo utilizado para pessoas que apresentam certas

---

[%26gid%3D424%26Itemid+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](#) pesquisado em 13/08/2013

11 LEONE, Salvino; PRIVITERA, Salvatore (coordenadores). **Dicionário de Bioética**. Aparecida/SP: Santuário, 2001, p. 934.

12 FÁVERO, Eugênia A.G. **Direitos das pessoas com deficiência**: garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA Editora; 2004, p.32-33.

13 FÁVERO, Eugênia A.G. Op.Cit, p.32-33.

limitações no funcionamento e no desempenho de tarefas, como as de comunicação, cuidado pessoal e de relacionamento social.

Tais limitações provocam uma maior demora na aprendizagem e no desenvolvimento desses indivíduos, sendo assim, é muito comum que crianças com atraso cognitivo levem mais tempo para aprender a falar, a caminhar e a aprender as competências necessárias para cuidar de si. É também natural que enfrentem dificuldades na escola, no entanto aprenderão em seu tempo.

Diante disso é bom afirmar que a deficiência intelectual não é caracterizada como doença, muito menos contagiosa, não sendo também uma doença mental tal como a maioria dos sofrimentos psíquicos (a depressão, a esquizofrenia etc..) e, portanto, não é passível de cura, mas requer tratamento adequado para melhor condição e qualidade de vida das pessoas com deficiência intelectual.

A evolução dos direitos humanos acompanhou principalmente o clamor da humanidade e o reconhecimento de valores que foram se instaurando com a história. Com o passar dos séculos tais direitos deixaram de assistir apenas aos valores inerentes ao ser humano e passaram a enxergar as minorias também como carecedoras da proteção do Estado e da justiça.

Norberto Bobbio nos relembra em sua obra, “A era dos Direitos” que:

“um realismo humanista, que vê a pena como reprimenda; que busca harmonizar o Direito Penal recorrendo às novas medidas que não o encarceramento: que pretende fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores, facilitando a resolução de conflitos pessoais do condenado, mas sem a presunção de transformar cientificamente sua personalidade.” (1983, p. 75.)<sup>14</sup>.

A importância dessa afirmação se revelou ao longo dos anos quando nos defrontamos com um grande número de Tratados e Constituições que reivindicaram e afirmaram positivamente direitos anteriormente negados, por períodos políticos conturbados ou pela própria ausência de legislação. O que nos chocou, no entanto, foi perceber que muitos desses instrumentos jurídicos não efetivaram de maneira alguma os direitos que proclamaram caindo no vazio e na descrença.

Dentre tais direitos podemos citar o da não discriminação, proclamado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e consubstanciado inclusive em nossa atual Constituição Federal (1988), mas que na prática apresenta ainda distinções entre os cidadãos brasileiros, em especial as minorias, dentre elas, as pessoas com deficiência intelectual em

---

14 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.10.



geral.

Outras definições são importantes para o reconhecimento e efetividade do direito como minoria que, derivado do latim minor (menor), é empregado para, em comparação a outro número ou quantidade, demonstrar inferioridade daquele a que se refere. É oposto, assim, a maioria, cujo sentido demonstra o número ou quantidade contrária.

Alteridade, termo que recebeu vieses distintos, inclusive, quanto a sua etimologia. Para a Psicologia, alteridade se refere ao “conceito que o indivíduo tem segundo o qual os outros seres são distintos dele. Contrário a ego”.

Já para a filosofia: “do latim alteritas. Ser outro, colocar-se ou constituir-se como outro”.<sup>15</sup> Dentre esses dois conceitos é o filosófico que traz origem da noção de alteridade enquanto reconhecer-se no outro, mesmo que a princípio existam diferenças físicas, psíquicas e culturais.

A busca pela inserção da alteridade como objetivo educacional que presume uma convivência democrática e igualitária entre diferentes grupos.

Por fim, a Paridade é o caminho para igualdade, termos aplicados para que os direitos das minorias sejam efetivados, aplicados de acordo com o preceito legal.

A atual Constituição Federal do Brasil traz em seu art. 205, a educação como direito de todos e dever do Estado e da família. Destaca, assim, no art. 206, princípios como a igualdade de condições não só para o acesso, mas também para a permanência na escola; a liberdade de aprender, ensinar e divulgar o pensamento; o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas; a coexistência de instituições públicas e privadas; a existência de ensino público gratuito e a gestão democrática do ensino público. Vale lembrar que o teor constitucional foi incorporado novamente pela Nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96).

Mas a existência de legislação pertinente não para por aí. Segundo Vera Lúcia Flor Sénéchal de Goffredo<sup>16</sup>:

O Princípio 5º da Declaração dos Direitos da Criança garante à pessoa portadora de deficiência o recebimento de educação, tratamento e cuidados especiais. No mesmo sentido, a Constituição Brasileira de 1988 garante aos portadores de deficiência "atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino" Art. 208, III. Este direito, também, é reiterado no Art. 54, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).  
Da mesma forma, o Plano Decenal de Educação para Todos MEC - 1993/2003, em

15 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p 34-35.

16 GODOFFREDO, Vera Lúcia Flor Sénéchal de. Educação: direito de todos os brasileiros. In: MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA (MEC). **Salto Para o Futuro: Educação Especial. Tendências Atuais**. Série de Estudos. Educação a distância, Brasília, 1999, p.29.

seu capítulo II, C, ação 7-, prevê a integração à escola de crianças e jovens portadores de deficiência.

Já a nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96) apresenta características básicas de flexibilidade, além de algumas inovações que em muito favorecem o aluno portador de necessidades educativas especiais.

Pela primeira vez surge em uma LDB um capítulo. Cap. V, destinado à Educação Especial, cujos detalhamentos são fundamentais: garantia de matrículas para portadores de necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino. Art. 58; criação de serviços de apoio especializado, para atender às peculiaridades da clientela de Educação Especial; Art. 58, § 1º; oferta de Educação Especial durante a educação infantil; Art. 58, § 3º; especialização de professores; Art. 59, III. Muito importante, também, é o compromisso do poder público de ampliar o atendimento aos educandos com necessidades especiais na própria rede pública e de ensino Art. 60, parágrafo único.

## **O PAPEL DA SOCIEDADE PERANTE AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

Infelizmente, apesar de todo regramento apresentado, apenas cerca de 3% das pessoas com Deficiência têm acesso à educação no Brasil. Conforme discutimos acima na citação de Bobbio, os direitos existem, mas não são efetivos.

Dessa forma podemos afirmar que assim como a sociedade foi a mola propulsora para a conquista de vários direitos sociais, ainda não se realizou o mesmo com relação aos direitos das pessoas com deficiência intelectual, por possuir até hoje um forte preconceito e despreparo por parte dos profissionais na área da educação em lidar com essa questão.

A proposta legislativa e da maioria dos educadores de apresentar principalmente a escola pública como um ambiente democrático e de inclusão, esbarra em circunstâncias práticas como a necessidade de adaptação física do ambiente escolar e sem dúvida da capacitação dos profissionais da educação que se complica ainda mais com a necessidade de liberação de verbas para a educação e para projetos especiais como esse.

Com certeza, sem o estímulo e a necessidade da sociedade em ver o direito dessas minorias resguardado, o Estado não parece pretender cumprir seu papel a contento.

Assim, sendo o direito à inclusão social e educacional pressuposto do direito à igualdade das pessoas com deficiência intelectual, é o princípio regente dos direitos fundamentais de segunda geração, compostos dos direitos sociais, culturais e econômicos.

Considerando que a inclusão das pessoas com deficiência visa à preservação da igualdade, conseqüentemente, o direito à inclusão social dessas pessoas também integra a segunda dimensão dos direitos fundamentais.

Para Vera Lúcia Flor Sénéchal de Godoffredo:

Como já vimos anteriormente, o movimento pela sociedade inclusiva é

internacional, e o Brasil está engajado nele, o que é no mínimo apropriado, já que temos cerca de 15 milhões de deficientes segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), cuja grande maioria está, provavelmente, aguardando a oportunidade de participar da vida em sociedade, como é seu direito. Assim, necessitamos de uma nova escola que aprenda a refletir criticamente e a pesquisar. Uma escola que não tenha medo de se arriscar, com coragem suficiente para criar e questionar o que está estabelecido, em busca de rumos inovadores, e em resposta às necessidades de inclusão<sup>17</sup>.

Para viver em sociedade e se reconhecer enquanto cidadão não basta apenas o Estado garantir direitos de primeira geração como a vida, sendo necessário garantir a educação enquanto instrumento de inserção social e desenvolvimento humano em busca de uma nova escola. Para isso o Brasil já deu seus primeiros passos, mas ainda há muito por fazer.

Para a maioria dos autores, no âmbito da legislação aplicável às pessoas com Deficiência intelectual, em se tratando de inclusão, a Declaração de Salamanca<sup>18</sup> e o Plano de Ação para a Educação de Necessidades Especiais<sup>19</sup> são os mais completos dos textos sobre inclusão na educação.

O que se destaca nesses documentos é o fato de colocar a inclusão como medida educativa para as pessoas com deficiência em geral, o que eleva tal medida a uma necessidade essencial para qualquer modalidade ou restrição intelectual apresentada pelos indivíduos.

Isso se revela importante à medida que vemos como a ideia da inclusão escolar, a defesa da igualdade de todos os indivíduos ensejando o atendimento e o oferecimento de educação a todos de maneira geral e igualitária, independente de suas limitações ou mesmo do período em que elas se apresentam.

Com base nessa ideia de inclusão amparada na legislação pátria e internacional, toda pessoa com deficiência intelectual, inclusive o portador da Síndrome de Down, tem o direito de ser matriculado e cursar uma escola regular.

O não cumprimento desse aparato normativo deve ser denunciado às autoridades, ao Conselho Tutelar e Ministério Público Estadual, e, recusar-se a fazer a matrícula é crime tipificado na Lei nº. 7.853/89<sup>20</sup>, como também de acordo com Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Vale ressaltar que em uma sociedade bem informada e democrática todos devem

---

17 GODOFFREDO, Vera Lúcia Flor Sénéchal de. A escola como espaço inclusivo. In: MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA (MEC). **Salto Para o Futuro: Educação Especial. Tendências Atuais.** Série de Estudos. Educação a distância, Brasília, 1999, p.45-46.

18 Disponível em:<<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>>. Acesso em 02/08/2013.

19 Disponível em:<<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/plano1.pdf>>. Acesso em:02/08/2013.

20 art. 8º, I: "recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta".

perceber que a inclusão só gera benefícios. Para os que são considerados alunos normais, o convívio com pessoas com deficiência intelectual, seja ela qual for, tem demonstrado que as crianças, em sua maioria, recebem o tema, interagem com os demais colegas e produzem a inclusão sem problemas.

Ainda com relação ao sistema público de ensino, o Governo Federal presta apoio técnico e financeiro para a implantação das salas multifuncionais de recursos nas escolas públicas, por meio do Programa de Implantação das Salas de Recursos Multifuncionais; para a capacitação dos professores, gestores e demais profissionais da educação, há o Programa Educação, inclusiva, e, para adequação arquitetônica dos prédios escolares, há o Programa Escola Acessível.

Portanto, não bastam reformas curriculares, há a necessidade de possibilidade de efetivação da inclusão:

No Brasil, os procedimentos de adaptações curriculares estão respaldados pela Lei nº 9.394, de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Cap. V, Art. 59). A educação inclusiva, entretanto, não se esgota na observância da lei, que a reconhece e garante, mas requer uma mudança de postura, de percepção e de concepção dos sistemas educacionais. As modificações necessárias devem abranger atitudes, perspectivas, organização e ações de operacionalização do trabalho educacional.<sup>21</sup>

Outro elemento que deve ser desmistificado é a ideia de que a rede pública não recebe alunos com deficiência somente por ausência de recursos. Isso porque na matrícula de aluno portador de deficiência na rede regular de ensino, em escola pública ou em instituição comunitária, filantrópica ou confessional, o cômputo do coeficiente do FUNDEB é dobrado, conforme o art. 9º-A, do Decreto 6.253/2007.

Em termos práticos isso quer dizer que os Estados, Distrito Federal e Municípios recebem a mais por cada aluno com deficiência matriculado em suas respectivas rede de ensino.

Também a jurisprudência tem destacado os adicionais pagos a professores que se dedicam a educação especial.<sup>22</sup>

Apesar de sua característica privada, as instituições particulares de ensino também têm que cumprir as mesmas normas no tocante a matrícula dos alunos com deficiência, tanto

---

21 CARVALHO, Erenice Natália S. de. Adaptações curriculares: uma necessidade. In: MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA (MEC). **Salto Para o Futuro: Educação Especial. Tendências Atuais.** Série de Estudos. Educação a distância, Brasília, 1999, p.45-46.

22 “O Pleno do Tribunal de Justiça do Pará reconheceu, em 17 de abril de 2011 o direito de mais um grupo de servidores da Secretaria de Estado de Educação (SEDUC) em receber a gratificação de 50% sobre os seus vencimentos por exercerem docência na área de educação especial.” Disponível em: <<http://jusclip.com.br/pleno-reconheceu-direito-de-gratificacao-a-grupo-de-17-professores-da-seduc/>>. Acesso em: 07/06/2013.

intelectual, quanto física, bem como a adaptação de seus currículos, professores e ambientes físicos.

Diante do já explicitado, as definições dos termos “deficiência” evoluíram no Brasil, principalmente nas áreas médicas, educacionais e legislativas. Tais alterações apresentaram uma evolução que permitiu vislumbrar a heterogeneidade entre as pessoas com deficiência intelectual e física para a criação de normas pertinentes a cada caso.

No entanto, o que se nota é um estreitamento de conceitos e definições. Se por um lado coopera na abordagem educacional e médica de cada indivíduo, ainda não se atingiu plenamente o mais importante setor com o qual o tema possui ligação: a sociedade.

Hoje ainda vemos que o conhecimento da legislação pertinente às pessoas com deficiência, no Brasil, foi absorvida somente por setores diretamente ligados e interessados com a questão, como as famílias, uma parcela especializada de educadores e profissionais da área médica e poucos legisladores e doutrinadores.

Falta, no entanto, que cada um desses setores exija um maior cumprimento das normas já existentes, mas, principalmente um clamor social pela igualdade de direitos de todos os indivíduos.

Sem pressão e reconhecimento social tais direitos estão fadados ao desrespeito. Estamos em um momento de necessidade de ações concretas e não mais de normatização. O Estado por sua vez, principalmente por meio dos órgãos e agentes públicos, deve efetivar as políticas previstas para os planos de educação especial e inclusão no Brasil, sem delegá-las ao terceiro setor.

Uma sociedade que não respeita as diferenças entre seus indivíduos é pobre, sem vida, tendenciosa. Se não optarmos pela inclusão estaremos perdendo as riquezas que cada ser humano pode nos propor.

Por tudo isso, não pode haver somente homogeneidade em uma sociedade que se afirme democrática e pautada em valores como a igualdade.

## **A LEI DE INCLUSÃO 13.146/2015 E OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA COMO FORMA DE DENSIFICAR A IGUALDADE, A PARIDADE E ALTERIDADE**

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), Lei nº 13.146, foi aprovada em 06 de julho de 2015, publicada no Diário Oficial da União (DOU) em 07 de julho de 2015.

Entrou em vigor em 01 de janeiro de 2016, prevendo em seu Art. 1º, o seguinte:

"É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania."

Passou pela apreciação dos Ministérios, recebeu vetos da Presidência (considerando o que os Ministérios apresentaram), e, foi aprovado pelo Congresso e passou a vigor em janeiro de 2016.

Em 12 de Agosto de 2015, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino –CONFENEN- ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) uma ADI, de nº 5357, com pedido de liminar, alegando que "o parágrafo 1º do artigo 28 do estatuto prevê uma série de obrigações às instituições particulares de ensino regular no atendimento de todo e qualquer portador de necessidade especial, mas veda a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações". "As exigências realizadas tornarão os valores necessários ao custeio na educação privada proibitivos, e dessa forma, comprometendo a existência da escola privada, explica a confederação"<sup>23</sup>.

Em 18/11/2015, o Ministro do STF, Edson Fachin, negou a liminar, nos seguintes termos:

"Diante dos pressupostos teóricos e da moldura normativa esboçados, indefiro, ad referendum do Plenário deste STF, a medida cautelar por não vislumbrar a fumaça do direito pleiteado e, por consequência, periculum in mora. Peço dia para o julgamento do referendo da presente decisão, por mim indeferida, pelo Plenário desta Corte."

Apesar da preocupação das escolas particulares com relação à capacitação, equipamentos, metodologias, recursos, permanece a imensa preocupação acerca da formação e capacitação dos professores, tanto da rede privada como da rede pública, pois, a lei entrou em vigor em 01 de janeiro de 2016, e, dessa forma, quando ocorrerá a capacitação dos educadores em todo o país? Tendo em vista que a obrigação de inclusão não é matéria que se obriga com esta Lei. A garantia de inclusão de pessoas com deficiência nas escolas já estaria estabelecida desde a vigência da CF em vigor.

Em um primeiro momento, cumpre-nos apresentar o conceito do termo garantia, uma vez que esta não deve ser confundida com direito.

Paulo Bonavides aduz que "existe a garantia sempre em face de um interesse que

---

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=297473>>. Acesso em 01/12/2015.

demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar”<sup>24</sup>. Em outras palavras, garantia pressupõe a segurança de algo que se tem ou almeja e, mais especificamente, de um direito.

O autor cita a definição que Carlos Sánchez Viamonte inteligentemente dá ao termo garantia:

Garantia é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política<sup>25</sup>.

No mesmo sentido, versam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, ao afirmarem que “as garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam”<sup>26</sup>.

Na lição de Ruy Barbosa,

“os direitos fundamentais consagram disposições meramente declaratórias (imprimem existência legal aos direitos reconhecidos). Já as garantias fundamentais contêm disposições assecuratórias” (defendem direitos, evitando o arbítrio dos Poderes Públicos)<sup>27</sup>

Ainda nessa linha de raciocínio, José Afonso da Silva faz uma divisão entre as garantias constitucionais e as garantias constitucionais especiais, sendo aquelas uma forma de limitação ao poder arbitrário do Estado e estas, mecanismos que protegem a efetividade e inviolabilidade dos direitos fundamentais, eis que,

As garantias constitucionais em conjunto caracterizam-se como imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de violação, a reintegração dos direitos fundamentais.

As garantias constitucionais especiais são normas constitucionais que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus direitos. Nesse sentido, essas garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito principal [...].<sup>28</sup>

Podemos então, a partir do exposto, rematar que as garantias constitucionais são ferramentas jurídicas que viabilizam e asseguram o exercício e a efetividade dos direitos fundamentais.

Depois das noções preliminares em breve trecho, podemos abordar, em conveniência com as garantias constitucionais em relação a educação especial, o direito à igualdade que, outrossim, é uma garantia constitucional estipulada na nossa Constituição Federal vigente.

24 BONAVIDES, 2004, p. 525.

25 Carlos Sánchez Viamonte, Manual de Derecho Constitucional, 4ª ed. p. 123 apud BONAVIDES, 2004, p. 527.

26 MENDES; GONET BRANCO, 2012, p. 245.

27 Ruy Barbosa, República: teoria e prática (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República), p. 121 apud BULOS, 2014, p. 531.

28 SILVA, J.A., 2006, p. 189.

Assim determina o artigo 5º da Carta Magna:

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 [...].

No dizer sempre expressivo de Ruy Barbosa (apud Bulos, 2014), tendo como base o ensinamento de Aristóteles, o princípio da igualdade compreende tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Nas palavras do autor:

[...] a regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.<sup>29</sup>

Posta assim a questão, é de se dizer que a valoração, concretização e aplicação do direito à igualdade deve atingir não somente o plano formal (igualdade perante a lei) como também o plano material, fático, por meio do qual se busca eliminar as desigualdades no plano real.

É sobremodo importante assinalar a diferença entre a igualdade formal e a igualdade material. A igualdade formal consiste no reconhecimento da mesma somente na lei, ou seja, refere-se ao texto seco da lei de força normativa.

De outra face, a igualdade material é a concretização da igualdade formal no mundo fático. Em verdade, é um instrumento por meio do qual se busca a efetividade da lei, um meio objetivo de exercício real dos direitos de todos.

É de opinião unívoca que:

A igualdade sobre o prisma formal não está completa, pois somente ela, não é capaz de proporcionar a igualdade no plano fático e, conseqüentemente, não é possível que se alcance a igualdade e a justiça social.

Sendo assim, se mostra relevante a igualdade material, que é aquela cujo escopo é a superação das desigualdades sociais, o que ocorre via tratamento igualitário a todas as pessoas de modo que elas possam usufruir dos bens da vida, sem qualquer tipo de discriminação injustificada.<sup>30</sup>

A nossa Carta Magna de 1988 consagra o princípio da igualdade tanto no plano formal quanto material, “pois este informa que o sistema deve buscar meios e ações que

---

29 Ruy Barbosa. Oração aos moços, p. 10-11 apud BULOS, 2014, p. 553-554.

30 SEGALLA; MARTA, 2013, p. 35.



promovam a igualdade e combatam todo e qualquer tipo de discriminação e preconceito”.<sup>31</sup>

Para tanto, o respeito às garantias das majorias e das minorias é de fundamental importância na busca da efetiva igualdade material. É óbvio, pois, que tratar igualmente pessoas que estão em situação de desigualdade seria uma grande injustiça.

Nessa esteira, é de suma importância que a igualdade assinalada seja respeitada no tocante ao direito de educação para as pessoas com deficiência intelectual. Sendo assim, o direito deve incluir tais pessoas nas esferas educacionais, oferecendo-lhes uma educação especializada, garantindo assim a concretização da igualdade formal que estes possuem, visando o exercício efetivo da igualdade no plano fático.

Pois, como bem assevera Flávia Piovesan, “ao lado do direito à igualdade nasce o direito à diferença. Importa assegurar a igualdade com respeito à diversidade<sup>32</sup>”.

Afirmar o direito da pessoa humana à educação é, pois, assumir uma responsabilidade muito mais pesada que a de assegurar a cada um a possibilidade de leitura, da escrita e do cálculo: significa, a rigor, garantir para toda criança o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondem ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual. É, antes de mais nada, por conseguinte, assumir a obrigação – levando em conta a constituição e as aptidões que distinguem cada indivíduo – de nada destruir ou malbaratar das possibilidades que ele encerra e que cabe à sociedade ser a primeira a beneficiar, ao invés de deixar que se desperdicem importantes frações e se sufoquem outras.<sup>33</sup>

O ordenamento constitucional pátrio trouxe, de forma essencial, a educação como direito pertencente a todos, não devendo ser restrita ou limitada de nenhuma forma, pois “o direito à educação [...] é um direito fundamental inserido nas liberdades públicas, portanto irrenunciável e obrigatório”.<sup>34</sup>

Ademais:

A aceitação das diferenças é própria de uma sociedade pluralista e democrática. Mas a injustiça social e a desigualdade não se coadunam com um Estado Democrático de Direito. O que o Estado Democrático de Direito preconiza é a pluralidade no sentido de se aceitar as diferenças entre as pessoas em várias dimensões, baseadas no respeito e na dignidade humana inerente a todos nós, e afasta radicalmente qualquer possibilidade de preconceito, pois este é fruto da intolerância e ignorância.<sup>35</sup>

A educação especializada é um meio eficaz de aceitação e respeito às diferenças, uma vez que garante o acesso à educação das pessoas com deficiência. O artigo 208 da Constituição Federal ordena que o Estado garanta atendimento apropriado na educação às

---

31 Ibid.

32 PIOVESAN, 2013, p. 261.

33 PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?* 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988, p.29 apud SEGALLA; MARTA, 2013, p. 92-93.

34 PIACENTIN, 2013, p. 57.

35 Ibid., p. 59.

pessoas com deficiência. Senão vejamos:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:  
[...]

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Assim sendo, a nossa Carta Magna assegura a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (artigo 206 da CF/88), bem como atendimento educacional especializado, preferencialmente, na rede regular de ensino, para as pessoas com deficiência.

Convém ponderar que a pessoa com deficiência não somente tem direito à própria educação como também à educação de toda a sociedade voltada à sua deficiência. Ou seja, toda a sociedade deve ter uma educação adequada no sentido de conscientizar-se que as pessoas com deficiência devem ter seus direitos respeitados, em especial o direito à educação especializada.

## **CONCLUSÃO**

Para que a sociedade torne-se mais justa e igualitária, faz-se necessário, sobretudo, a promoção da inclusão das pessoas com deficiência intelectual. A Declaração de Salamanca, em 1994, fortaleceu a luta pelo direito de igualdade de participação dessa população nos sistemas educacionais e sociais, independente das diferenças existentes, e sempre é citada por aqueles que de modo geral, lutam em prol à pessoa com deficiência.

Medidas importantes que sejam capazes de abranger todo um contexto social são necessárias e urgentes, pois afinal de contas, falar de necessidades especiais é discutir uma realidade que pode ser, ou tornar-se, de qualquer pessoa.

Cumprе consignar que o Brasil, como Estado parte da convenção de Nova York, vem se adequando aos padrões internacionais e buscando adotar medidas apropriadas para garantir o acesso às pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidade, eliminando obstáculos e barreiras.

A simples prescrição de leis, para assegurar os direitos da pessoa com deficiência, não mudará a sua realidade se os elementos que dificultam a sua inserção no meio social não forem apontados, discutidos e minimizados por meio de uma ação conjunta entre os indivíduos, a família, a sociedade e o governo.

A verdadeira sociedade inclusiva necessita de envolvimento de vários segmentos sociais para a implementação de práticas não excludentes, capaz de desvencilhar-se de alguns

velhos princípios e valores que parecem fazer parte da natureza humana.

Portanto, a implantação de uma Educação Inclusiva tem como função: ampliar a atenção integral à saúde do aluno com necessidades educacionais especiais; assessorar as escolas e as unidades de saúde e reabilitação; formar profissionais da educação para apoiar a escola inclusiva; assessorar a comunidade escolar na identificação da educação existentes na comunidade e orientar quanto à utilização destes recursos; informar sobre a legislação referente à atenção integral ao aluno com necessidades educacionais especiais e sobre o direito à educação e sensibilizar a comunidade escolar para o convívio com as diferenças.

Para que a inclusão de alunos com necessidades especiais no sistema de ensino possibilita o resgate da cidadania e ampliação das perspectivas existenciais, pois não basta uma legislação que determinem a criação de cursos de capacitação básica de professores, nem a obrigatoriedade de matrículas nas escolas da rede pública e privada. A educação inclusiva no modelo atual é um desafio que nos obriga a repensar a escola, sua cultura, sua política e suas práticas pedagógicas. Dessa forma, estará atendendo não somente aqueles com deficiência, mas todos aqueles atualmente marcados pelo ciclo de exclusão e do fracasso escolar.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. Brasília: Coordenação Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994.

\_\_\_\_\_. Em busca de um conceito de pessoa com deficiência. In: GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (Org.). Deficiência no Brasil – uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

ARENDT, Hannah A Condição Humana. 10º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

\_\_\_\_\_. Entre o Passado e o Futuro. 6º ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

ASCENSÃO, José Oliveira. A Dignidade da Pessoa e o Fundamento dos Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.oa.pt/conteudos/artigos>>. Acesso em 26/11/2015.

BARCELLOS, Ana Paula. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto, et. al. A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2º ed.

São Paulo: Método. p.61-88.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o novo Direito Civil: breves reflexões. Disponível em: <<http://www.fdc.br/arquivos/mestrado/revistas/revista08/artigos/wesleylouzada.pdf>>. Acesso em: 15/11/2015.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça / Secretaria dos Direitos da Cidadania/ Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde. Normas e recomendações internacionais sobre deficiências. Brasília, 1997.

\_\_\_\_\_. Programa de ação mundial para as pessoas com deficiência. Brasília, 1997.

\_\_\_\_\_. Os direitos das pessoas portadoras de deficiência. Brasília, Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, 1996.

CARVALHO, R. E. Temas em educação especial. Rio de Janeiro: Ed. Casa da Palavra, 1997.

FÁVERO, Eugênia A.G. Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA Editora; 2004.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE SÍNDROME DE DOWN. Perfil das percepções sobre as pessoas com síndrome de Down e do seu atendimento: aspectos qualitativos e quantitativos. Brasília, 1999.

GALINDO, Bruno: “O direito antidiscriminatório entre a forma e a substância: igualdade material e proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença”, in: Direito à diversidade (orgs.: FERRAZ, Carolina Valença & LEITE, Glauber Salomão). São Paulo: Atlas, 2015, p. 51. Cf. tb. MARTÍNEZ, Fernando Rey: “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, in: Revista Española de Derecho Constitucional, nº 84. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 252ss.

GARCÍA, Eusébio Fernandez. Dignidad Humana y Ciudadanía Cosmopolita. 1º ed. Madrid: Dykinson, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. O Que é Democracia? 1º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HESSE, Konrad: A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

HUNT, Lynn. A invenção dos Direitos Humanos: uma história. 1º ed. São Paulo: Companhia

das Letras, 2009.

LEITE, George Salomão. Direito Fundamental a uma Morte Digna. In: SARLET, Ingo Wolfgang et. al. (Coord.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. 1º ed. São Paulo: RT, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl: Teoría de la constitución. Barcelona: Ariel, 1964. NEVES, Marcelo: A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

LEONE, Salvino; PRIVITERA, Salvatore (coordenadores). Dicionário de Bioética. Aparecida/SP: Santuário, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A pessoa portadora de deficiência e o Ministério Público. Revista de Direitos Difusos, v.4, p. 450, dez. 2000.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA (MEC). Salto Para o Futuro: Educação Especial. Tendências Atuais. Série de Estudos. Educação à distância, Brasília, 1999.

MINHOTO, Celso Baeta. (organizador). Constituição, Minorias e Inclusão social. Editora Rideel, São Paulo, 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Declaração de Montreal sobre a Deficiência Intelectual. Disponível em <<http://www.adiron.com.br/site/uploads/File/Montreal.pdf>>. Acesso em 07/06/2013.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Artigo - Atualizações Semânticas na inclusão de pessoas: deficiência mental ou intelectual?. Disponível em: <<http://www.indianopolis.com.br/si/site/1163>>. Acesso em: 07/06/2013.

TEPERINO, Maria Paula. Comentários à Legislação Federal Aplicável às Pessoas Portadoras de Deficiência. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura / Ministério da Educação e Ciência da Espanha/ Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde. Declaração de Salamanca e linha de ação sobre necessidades educativas especiais. Brasília, 1994.

SERRANO, Vidal. A cidadania Social na Constituição de 1988. Estratégias de posituação e exigibilidade Judicial dos Direitos sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

WERNECK, Cláudia. Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

# REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD): FRENTE AOS PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS

Márcia Cortez CHANQUINI<sup>1</sup>

Glauco Roberto Marques MOREIRA<sup>2</sup>

## RESUMO

Com a elaboração deste trabalho busca-se demonstrar de como o Regime Disciplinar Diferenciado é confrontado pelos princípios penais constitucionais, através do método hipotético-dedutivo, de maneira a avaliar quais princípios são mitigados e quais são valorados e como ele é aplicado pelos órgãos jurisdicionais, através do cabimento de aplicação dessa sanção definida em lei. Para tanto, foi realizado o estudo dos princípios penais constitucionais, que são fontes do direito para elaboração das normas, inclusive para Lei Maior, cujas leis infraconstitucionais devem se pautar e respeitar a subordinação frente aos valores basilares trazidos por ela sob pena de ser declarada inconstitucional. O RDD, como será apresentado, por mais que tenha atingido o objetivo de diminuir a criminalidade dentro e fora dos sistemas prisionais, frente a um cenário de insegurança social, ainda assim confronta com os direitos e garantias individuais conquistados, no decorrer da história, até chegarmos ao então Estado Democrático de Direito. Desta maneira, o trabalho buscou elucidar quais seriam as hipóteses de cabimento dessa sanção e se os direitos e garantias individuais mitigados, frente a segurança social, seriam proporcionais e constitucionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Regime Disciplinar Diferenciado. Inconstitucionalidade. Princípios Penais Constitucionais. Humanidade das Penas. Direitos e Garantias Individuais.

## ABSTRACT

This article aims to show how the Differential Disciplinary Regime is confronted by the constitutional criminal principles, through hypothetical-deductive method, in order to assess which principles are mitigated and which are valued and how it is applied by the courts, through the appropriateness of applying the sanction defined by law. A study of constitutional criminal principles has been done, which are law sources for the development of standards, including Greater Law, whose infra laws have to guided and respect the subordination compared to the basic values brought by it under penalty of being declared unconstitutional. The RDD, as will be shown, even that it has reached the goal of reducing crime in and out of prison systems, considering the social insecurity scenario, it still confronts with individual rights and guarantees conquered, throughout history, up to then get to the democratic rule of law. Thus, this study tried to elucidate which are the chances of appropriateness of penalty and if the rights and mitigated individual guarantees, in the social security field, would be

- 
- 1 Graduanda no curso de Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Participação em grupos de estudos voltados para Direito Internacional. Defesa de Monografia concluída com nota máxima e publicação na Biblioteca do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Possui graduação em Química - licenciatura pela Universidade Estadual Paulista - Júlio de Mesquita Filho. Tem experiência na área de Química, com ênfase em Química.
  - 2 Doutorando em Direito (constitucional) e Mestre em Direito (constitucional) pela pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP; graduado em Direito pela Toledo Prudente Centro Universitário; professor de Ciências Políticas, Teoria Geral do Estado e Direito Penal na Toledo Prudente Centro Universitário; atua principalmente nos seguintes temas: Política e Constituição, punição, dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.

proportional and constitutional.

**KEY-WORDS:** Differential Disciplinary Regime. Unconstitutional . Constitutional Criminal principles . Humanity feathers . Individual Rights and Guarantees.

## INTRODUÇÃO

As unidades prisionais brasileiras são locais em que há a grande concentração de criminosos e pessoas que oferecem riscos a segurança na sociedade.

Em decorrência desse fato, esses locais sempre foram alvos de desordens e insegurança perante o sistema de segurança carcerário, o que causava uma sensação de fragilidade e receio perante a sociedade.

Nesse contexto, buscando atender aos anseios da população e do poder de punir do Estado, criou-se o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), através da Lei 10.792/2003 que modificou a Lei de Execução Penal, como uma forma de reestabelecer a ordem e a disciplina de forma mais rigorosa no sistema prisional.

No entanto, essa rigidez colocou em pauta a discussão sobre a constitucionalidade e inconstitucionalidade da Lei que confrontam com os princípios básicos norteadores do Direito.

Há alguns princípios valorativos e basilares contidos na nossa Constituição que são especificamente de cunho penal e que consequentemente resultam em ponderação entre o poder punitivo do Estado, com a proteção das prerrogativas individuais, e as normas penais que tutelam bens juridicamente relevantes para que se alcancem os fins sociais do Estado.

Apesar de o RDD ser conhecido e criticado por sua rigidez, muitos doutrinadores e operadores do direito defendem a aplicação dessa sanção, pois a atividade criminal tem ganhado cada vez mais espaço em todos os locais, inclusive dentro da própria instituição prisional.

Já outra parte da doutrina entende ser latente sua afronta frente ao sistema normativo, inclusive e principalmente a Constituição. A crítica principal se deve ao fato de que não deveriam aplicar penas de forma tão desumana e cruel, pois estariam ferindo os direitos e garantias individuais. É sob esse aspecto que tratou-se neste estudo, de forma mais aprofundada, os valores mitigados em prol da sua aplicabilidade.

No presente trabalho analisou-se inicialmente cada um dos princípios constitucionais afrontados, definição, inserção na Carta Magna e quais objetivos são almejados. Depois

apontou-se como a sanção punitiva do regime atua inconstitucionalmente em seu aspecto formal e também material. Também foi importante apontar como os princípios são apontados normas cogentes, por serem fundamentais em decisões e as normas positivadas.

Assim, por consequência e de forma lógica, é que inserimos a inobservância da força normativa da Constituição, uma vez que, os princípios presentes, como normas cogentes foram violados pela aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, principalmente em se tratando dos direitos e garantias individuais. Por final, diante de tais considerações, trouxemos como esses princípios são amplamente afrontados em prol desse sistema, tentando encontrar um parecer desejável ou indesejável quanto a sua ação no ordenamento jurídico e importância real (e não aparente) para a segurança social.

A pesquisa fundamentou-se em doutrina, jurisprudência, dados do Sistema de Segurança Pública e tipificações do Regime Disciplinar Diferenciado, inclusive suas extensões dentro da legislação.

Utilizou-se, no desenvolvimento do trabalho, o método hipotético-dedutivo. Apesar de haver muitas críticas sobre a implantação e utilização desse regime de forma desenfreada, verificou-se sob qual aspecto grande parte da jurisprudência tem adotado e defendido a sua necessidade.

## **DOS PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS**

Os princípios são espécies de força normativa, não apenas valorativos, que ditam valores, mas também que estabelecem comportamentos a serem seguidos de forma indireta.

Em se tratando de espécies normativas é importante diferenciar princípios de regras, pois ambos são subespécies normativas e que são muito discutidos por diversos doutrinadores, por haverem semelhanças e diferenças, dentre eles um dos mais renomados, Robert Alexy. (Robert Alexy apud ANDRÉA, 2013, p.44)

Para Alexy, princípios são dotados de otimização em vários graus, o que significa dizer que normas ordenam que algo deva ser realizado na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades normativas (a aplicação dos princípios dependem dos princípios e regras que se contrapõe) e fáticas (a aplicação do princípio como norma de conduta quando se deparam com os fatos). Por outro lado, regras são normas que, quando válidas, deve-se fazer exatamente que se exige. (Alexy apud AVILA, 2014, p.58)

É possível que existam conflitos entre as normas. Nesse caso, o conflito de regras



consiste em introduzir, em alguma das regras colidentes, declaração de invalidade de alguma delas ou a abertura de uma exceção que exclua a antinomia. No caso de conflito de princípios será definido no plano dos pesos, em que ocorre a ponderação de valores, e cada caso deverá ser verificado qual princípio colidente prevalecerá.

Os princípios constitucionais são norteadores genéricos, basilares, que servem de parâmetro para todo o sistema de ordenamento jurídico, incluindo-se o Direito Penal. Nesse sentido sua violação pode significar um abalo na segurança jurídica.

Segundo Melo (2006, p. 888-889):

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio atingido, porque apresenta insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão se sua estrutura mestra.”

Comumente podemos dizer que os princípios são normas estruturais capazes de servirem como instrumentos para resolução de diversos dilemas ou problematizações em que se depare o poder judiciário à aplicação de normas, quanto aos seus conflitos ou lacunas, para que sejam satisfeitas a aplicação da lei.

A atual Constituição Federal brasileira contém uma série princípios que são especificamente penais resultando-se um equilíbrio e limitações entre o poder punitivo do Estado, com a devida proteção das prerrogativas individuais, e as normas penais que tutelam bens juridicamente relevantes para que se alcancem os fins sociais do Estado.

Logo, podemos dizer que a Constituição Federal serve como fundamento para amparar o Direito Penal quanto à aplicação de seus princípios chamados de princípios constitucionais penais e que esses servirão de garantia em prol do poder punitivo do Estado que deverá limitar-se aos princípios basilares da Constituição, devendo respeitá-los e aplicá-los, tanto nos casos concretos pelo poder judiciário, quanto na elaboração de leis ordinárias por parte do legislador.

Seguindo essas premissas, no que se refere ao tema em questão (Regime Disciplinar Diferenciado), há uma série de princípios que estão a ele atrelados e que solidificam, ou não, a sua criação dentro do sistema prisional. Dentre eles, daqueles que estão presentes de forma mais latentes, foram destacados os seguintes:

### **Princípio da Legalidade**

O artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal preceitua, dentro da aplicação e previsão do princípio da legalidade: “XXXIX: não há crimes sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal”.

O princípio da legalidade se desdobra em três postulados: da reserva legal, da determinação taxativa e da irretroatividade.

Do postulado da reserva legal podemos retirar a seguinte definição, de que somente a lei, anterior ao fato, pode conceituar o que se estabelece como delito, e a pena a ele aplicável.

Beccaria (2011, p. 20) destaca o postulado na obra *Dos Delitos e das Penas* a importância do “só as Leis podem decretar as penas para os delitos. Essa autoridade não pode residir se não no legislador, que representa toda a sociedade organizada por um contrato social”.

Por esse princípio decorre a proibição do direito costumeiro e da analogia como fonte do direito penal, exceto quando esses forem utilizados para beneficiar o réu.

Segundo Luisi (2003, p. 22), o problema, quanto ao postulado da Reserva Legal, também atinge às normas disciplinadoras da execução da penal, “trata-se de definir se no concernente as penas a obrigatoriedade da lei prévia para a sua disciplina se limita a sua previsão nas normas incriminadoras”.

Na Constituição brasileira disciplina a reserva legal na execução da pena, no que dispõe artigo 5º nos incisos: “XLVI -a lei regulará a individualização da pena; XLVIII -a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX -é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L -às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

É certo dizer que a reserva legal é uma consequência direta do positivismo, em que não sofrerá interferências da moralidade e que deve ser levado em consideração tão somente o que está na lei como regra para o jurista.

Quanto ao postulado da taxatividade, nos traz como prerrogativa de que a leis penais devem ser as mais precisas possíveis para se evitar definições e interpretações vagas, com o uso de analogias, no que concerne a normas penais incriminadoras. Isso para proteger o indivíduo do arbítrio judiciário, uma vez que só poderá aplicar a lei dentro daquilo que se encontra considerado como o ilícito penal, ou seja, a norma empregada de forma taxativa.

Em se tratando da Irretroatividade, por esse princípio assegura ao indivíduo de que

não pode ser punido por fatos que antes de sua comissão ou omissão não eram estabelecidos como crimes ou que eram de forma menos severa. Assim fundamenta o inciso XL do artigo 5º da Constituição que descreve: “a lei penal não retroagira, salvo para beneficiar o réu”, ou seja, a retroatividade é aplicável quando esta for para beneficiar o réu.

O Código Penal, no seu artigo 3º menciona a respeito das leis excepcionais e temporárias que deve ser aqui mencionadas. A primeira tem sua eficácia adquirida decorrente de fatos e situações especiais tais como em casos de guerra e epidemia, promulgada para atender a essas condições extraordinárias que deverão “durar até que cessem as circunstâncias que a determinaram”. A segunda depois de esgotado o prazo para a sua vigência perdem a eficácia e deixam de vigorar, ou seja, lei terá vigência até certa data previamente estipulada pelo legislador.

### **Princípio da Humanidade das Penas**

A Constituição Federal consagrou em alguns dispositivos o princípio da humanidade das penas. Conforme dispõe o artigo 5º, incisos XLIX e L respectivamente: “XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

De forma mais relevante, no artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição o princípio da humanidade das penas se faz presente quando institui que “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

No caso da alínea “a” houve uma exceção trazida pela doutrina, conforme cita Luisi (2003, p. 48):

“No concernente a pena de morte a Constituição Federal vigente alinhou-se com a tendência fortemente majoritária das legislações contemporâneas no sentido de banir a pena em causa do elenco das sanções penais. E, numerosa Constituição do após guerra a pena capital é expressamente proibida.”

A alínea “b”, em se tratando de caráter perpétuo, o entendimento é de que ninguém será mantido preso perpetuamente, isso porque Código Penal, no seu artigo 75, expressamente limitou a pena em regime fechado em no máximo 30 anos. É evidente que esse tipo de pena traz efeitos negativos a sociedade, pois seria mais custoso ao Estado e a ociosidade não efetiva a socialização do condenado.

Com relação aos “trabalhos forçados”, faz alusão ao meio empregado para que a pessoa trabalhe, nem que isso ocorra a base da violência, que fere totalmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

O banimento, alínea “d”, é um tipo de punição caracterizada basicamente pela retirada de um nacional, de seu país de origem, por ter praticado determinado crime.

A última alínea, “e”, de penas cruéis, nos traz em mente a ideia de que a prática de qualquer tipo de tortura, seja ela física ou psíquica, tem na sua essência a crueldade que é também vedada na Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso III.

O princípio em questão é uma vertente do princípio da dignidade da pessoa humana, pois por esse princípio diz-se que a pena não é uma forma de trazer o sofrimento e pena degradante ao indivíduo, mas busca sim a forma utilitarista da pena, para que se evite o cometimento de delitos, dentro das condições humanas aceitáveis pela sociedade. Logo o Estado deve ser imparcial e justo ao aplicar as sanções.

Quanto à aplicação humana das penas, também é concebível o cumprimento destas em locais adequados, diferenciado pela natureza do delito, idade e sexo daquele que irá cumprir a pena, assim dispõe o artigo 5º, inciso XLVIII, da Constituição Federal.

Partindo-se desses pressupostos, Baratta nos traz o sentido e condições da qual se aplica a punição, de que não se poderá conseguir a reintegração social do indivíduo se as condições do cárcere são mais precárias daquelas consideradas condições dignas de um ser humano, logo dificultariam o alcance desta (BARATTA, 2011,pág. 02).

Cesare Beccaria, com seu conhecimento ímpar, também nos traz a argumentação de como a aplicação desumana de pena não beneficia o indivíduo com qualquer caráter utilitarista, pelo contrário, o entorno social molda o indivíduo conforme sua convivência.

Beccaria diz ainda (2011, p. 48):

“[...] À proporção que os tormentos se tornam mais cruéis, a alma, idêntica aos fluidos que sempre ficam no mesmo nível dos objetos que os circundam, enrijece-se pela renovação do espetáculo da barbárie. A gente acostuma-se aos tormentos atrozes; e, após cem anos de crueldades renovadas, as paixões, sempre ativas, são menos refreadas pela roda e pela força do que antes o eram da prisão.”

Hoje o princípio da dignidade humana vem amparar diversos fatos e ilegalidades presentes em nossa sociedade, com a finalidade de fazer valer os direitos inerentes ao ser humano, desde a sua existência, que é tão importante, que há muitos anos é defendida e debatida sobre sua aplicação.

## **Princípio da Proporcionalidade**

Este princípio está diretamente relacionado ao equilíbrio entre a pena aplicável e o grau de ofensa ao bem jurídico tutelado, de forma harmônica, assim é um dos conceitos relatados por Nucci (2012, p. 234).

O equilíbrio deve ser seguido tanto pelo legislativo, quando cria ou altera a espécie de um tipo incriminador, quantificando a sua pena, conseqüentemente impede que sejam fixadas sanções desproporcionais, quanto ao judiciário quando fundamenta e indica a proporção ideal entre a punição cabível e o dano provocado pelo delito.

A proporcionalidade deve ser analisada sob o prisma de que para cada delito há uma pena máxima e uma pena mínima, não se deve de forma alguma extrapolar esses limites, ou seja, para cada delito deve ser aplicada a pena dentro dos limites estipulados pela lei, adequando a punição diretamente com a conduta delituosa. Por isso o princípio da proporcionalidade está diretamente ligado ao princípio da legalidade.

Dentre as penas adotadas no sistema penal e constitucional, há de se ponderar algumas delas com o fato delituoso.

Preleciona Nucci (2012, p. 418):

“[...] No processo penal, denota-se o emprego da proporcionalidade no cenário das medidas restritivas cautelares. A prisão por tempo excessivo, por face do prolongamento indevido da instrução, termina por representar uma restrição desproporcional e ilegal.”

Desde tempos remotos esse princípio também era devidamente suscitado e colocado em discussão sobre o sistema de aplicação da pena em sua época, dentre os vários tipos de delitos cometidos na sociedade, pelo grande jurista italiano Marques de Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e das Penas* (2011, p. 47):

“[...] entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado.”

Atualmente, doutrinadores e jurisprudências dão grande ênfase a esse princípio e por isso deve ser estudado com bastante cautela. É necessário estudos mais aprofundados com relação as suas limitações e fundamentos, para que não sejam cometidos uma série de erros e exageros ao atingirem os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

## **Princípio da Igualdade**

Dentro da doutrina e dos estudos concernentes ao Direito, há a chamada isonomia substancial: “tratar os iguais como iguais e desiguais como desiguais na medida de sua desigualdade”. Isso porque o princípio da igualdade é claramente amparada pela nossa Carta Magna, no seu artigo 5º de que todos somos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

É objetivo, além de outros, da República Federativa do Brasil, de que não haja preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme preconiza o inciso IV do artigo 3º da Constituição. Este é, portanto, um desdobramento do princípio em discussão.

A importância desse princípio se dá não apenas no que diz respeito à elaboração da lei pelo legislador, mas também pela sua aplicação através do poder judiciário em que, através de suas decisões, deverá se pautar na individualidade de cada pessoa, no entanto, conforme dito anteriormente, levando-se em conta as diferenças, pois ninguém é absolutamente igual. Como é no caso, por exemplo, de aplicação da pena para os imputáveis e inimputáveis que, mesmo que pratiquem o mesmo crime, com a mesma tipificação penal, receberão medidas punitivas distintas.

No entanto, esse princípio não proíbe que se adotem medidas diferenciadas em determinados momentos. Quando os pressupostos de diferenciação são atendidos, a proteção por parte do Estado se sobrepõe ao princípio da igualdade, não havendo, portanto algum tipo de violação.

Nesse momento é que surge a igualdade material ou substancial, pela lei, que nada mais é que uma autorização para desigualar em prol da proteção e efetividade dos princípios fundamentais do Estado Democrático e de Direito (Art. 1º, inciso III, e Art. 3º, incisos I, III e IV da Constituição Federal), pois a igualdade por si só não garantia a sua efetividade perante situações fáticas. Diferentemente da igualdade formal que seria a igualdade perante a lei em que se assegurava como uma garantia da efetiva liberdade, quando na verdade era uma espécie de ficção e abstração, pois se tratava de um conceito meramente formal, é um conceito genérico, é a igualdade por si só.

Logo é necessário se fazer valer os direitos e deveres dentro do verdadeiro sentido da igualdade, não se limitando no sentido simplesmente formal e estático de que a lei é igual para todos, levando-se em consideração de que todos são iguais perante a lei, mas que se deve levar em consideração a realidade de fato de cada indivíduo.

## **OFENSAS AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS**

Após uma introdução a um breve estudo sobre os princípios que estão vinculados e afrontados perante o Regime Disciplinar Diferenciado, se faz necessária uma análise minuciosa sobre de que forma isso ocorre, como ela se encontra inserida em nosso ordenamento arraigada de inconstitucionalidade, tanto em seu aspecto formal quanto material, que será tratado adiante.

### **Constitucionalidade e Inconstitucionalidade do RDD**

Os atos normativos devem ser adequados aos preceitos instituídos em nossa Constituição. A constitucionalidade se pauta no escalonamento normativo, em que a Constituição é a hierarquia máxima, sendo ela uma norma de validade para as demais no nosso sistema normativo.

É na nossa “Lei Maior” que encontramos as normas fundamentais de Estado, sua estruturação e organização, sendo, portanto, superior as demais normas jurídicas, por isso dizemos ser o princípio da supremacia da constituição, em que se deve resultar na compatibilidade vertical das normas: normas inferiores devem estar de acordo com os preceitos da norma superior (constituição). Norberto Bobbio (2014, p. 58) também nos traz a ideia da teoria da construção escalonada do ordenamento elaborada por Kelsen:

“O núcleo dessa teoria é que as normas de um ordenamento não estão todas num mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As normas inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores até aquelas que se encontram mais acima, chega-se enfim a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental.”

Em suma, em casos de incompatibilidade, é necessário garantir que os atos contrários a nossa Constituição não produzam os efeitos, assim como as suas consequências jurídicas.

A inconstitucionalidade é a situação contrária ao que foi definido acima. Trata-se de uma relação de desconformidade de um ato com relação aos preceitos constitucionais, mas deve ser analisada sua inconstitucionalidade como último recurso, após esgotar todos os meios de interpretação sob o prisma de sua compatibilidade.

A supremacia constitucional deve ser analisada sob dois prismas: formal e material, que nada mais são que as espécies de inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade formal, também conhecida como nomodinâmica, tem como

fundamento a sua incompatibilidade constitucional no processo de elaboração do ato normativo infraconstitucional, ou seja, quando contiver vício em sua forma, devido a um processo legislativo com defeito quando analisado a luz da constituição. Nesse caso, em se tratando da inconstitucionalidade formal, esta se ramifica em três subespécies: inconstitucionalidade formal orgânica, inconstitucionalidade formal propriamente dita e inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos do ato.

A inconstitucionalidade formal orgânica decorre do vício de competência, ou seja, da inobservância quanto ao órgão responsável pela elaboração do ato normativo.

Com relação a inconstitucionalidade formal propriamente dita, vislumbra a não observância do devido processo legislativo, ou seja, houve vício no processo de elaboração da norma que pode ocorrer a qualquer momento, na fase iniciativa (os responsáveis por deflagrar o processo legislativo) ou fases posteriores.

A última subespécie de inconstitucionalidade formal, por violação a pressupostos objetivos do ato é bem definido por Lenza (2013, p. 271):

Estamos a referir-nos aos chamados pressupostos, constitucionalmente considerados como elementos determinantes de competência dos órgãos legislativos em relação a certas matérias (pressupostos objectivos).

Transportando a teoria de Canotilho para o direito brasileiro, [...], a edição de medida provisória sem a observância dos requisitos da relevância e urgência (art. 62, caput).

Há também a chamada inconstitucionalidade material que seria o vício manifestado no conteúdo do ato que contraria a supremacia constitucional, ou seja, qualquer ato normativo que contrariar preceito ou princípio da Constituição Federal, será então declarado inconstitucional por haver vício material, uma incompatibilidade de conteúdo entre a lei e a Constituição. Pode se valer tanto de uma regra constitucional quanto a um princípio constitucional.

O RDD é muito criticado doutrinariamente por constituir em inconstitucionalidade material e formal, frente aos princípios e preceitos da supremacia Constitucional, pois a lei que regularizou tal regime, contrariando dispositivos contidos na Lei Maior.

A crítica quanto a inconstitucionalidade formal se deve ao fato de a Lei 10.792/03 ter sido originada por resolução (Resolução SAP n. 26), criada pelo Secretário de Estado que, de acordo com o artigo 22, inciso I da Constituição Federal não possui competência. Seria matéria a ser tratada pelo poder legislativo e não administrativo. Porém, para legalizar essa medida, que já era aplicada em determinadas penitenciárias, o Estado criou a Lei para



solucionar a incompatibilidade formal.

Quanto a inconstitucionalidade material, a doutrina despenca argumentos para afrontar tal regime. Dentre eles teríamos os princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da humanização das penas e da ressocialização. O assunto será melhor abordado adiante.

É passível que normas inconstitucionais sofram algum tipo de controle de constitucionalidade que, pelo princípio da compatibilidade vertical (normas inferiores compatíveis com a Constituição), no caso do objeto de estudo em específico, podem se valer dos instrumentos de controle difuso ou concentrado que são sistemas de controle jurisdicional.

O controle difuso que também recebe outras denominações (concreto, incidental ou aberto), pode ser aplicado por (CHIMENTI; CAPEZ; ROSA e SANTOS, 2010, p. 428-429):

[...]qualquer juiz ou tribunal que estiver analisando um processo pode deixar de aplicar ao caso concreto uma lei que considerar inconstitucional, de ofício ou por provocação de uma das partes. Essa decisão, contudo, só é legítima quando indispensável para que se chegue ao julgamento do mérito do processo. Nesse controle concreto, portanto, o reconhecimento da inconstitucionalidade não é o objeto principal do processo, mas a apreciação do incidente se mostra essencial para que a lide concreta seja julgada.

Nesse caso é pacífico que, se algum tribunal ou juiz que for julgar a inclusão de algum detento no regime disciplinar diferenciado possa ser alvo de controle de constitucionalidade difuso, uma vez que esse, como será visto adiante, é alvo de inúmeras críticas a respeito de afronta a princípios e normas constitucionais.

A outra forma de controle é o controle concentrado ou abstrato em que não se relaciona com algum caso em concreto especificamente. Ele pode ser aplicado via ADin, ADPF ou ADECON. No artigo 103 da Constituição Federal consta o rol de legitimados para propor tais ações.

Inclusive, diante de tal discussão foi proposta uma ADin/4162, em outubro de 2008, cujo legitimado na propositura foi o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e que tramita perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal, cujo pedido é de declarar inconstitucional dos dispositivos: Art. 52, inciso V do Art. 53, Art. 54, parágrafo único do Art. 57 (retirar menção ao inciso V e substituí-la por inciso IV), Art. 58 (na parte que faz a ressalva ao Regime Disciplinar Diferenciado) e ao Art. 60, caput e parágrafo único, todos dispostos na Lei 7.210/84 (LEP), na redação que lhes foi conferida pela Lei 10.792/2003.

No entanto esse processo até o momento ainda não foi julgado. Atualmente a ministra Rosa Weber é relatora do caso, e anteriormente a ação passou por quatro diferentes

relatores e nem sequer entrou em pauta.

### **Princípios como normas cogentes**

Conforme já explanado anteriormente, os princípios são normas que constituem ideias centrais, basilares, capazes de dar ao nosso sistema normativo uma coerência de sua instrumentalidade, pois são norteadores em nosso ordenamento jurídico.

Para tanto, para que o direito seja aplicado dentro do que preceitua o princípio da supremacia da lei, é necessário se valer da segurança jurídica e ter a lei elaborada, com todo seu processo legislativo até a sua entrada em vigor, pela autoridade competente.

A doutrina então buscou adotar algumas características principais para norma jurídica, assim conceitua Marcos Vinicius Rios Gonçalves (2011, p. 45):

As principais características da norma jurídica são:  
Generalidade, já que ela se aplica a todas as pessoas indistintamente, ou ao menos a uma categoria delas. Daí o seu caráter abstrato.  
Imperatividade, pois ela impõe a todos os destinatários uma obrigação. Por isso, a norma tem, em regra, caráter bilateral: a cada dever imposto corresponde um direito. Exemplo: se impõe o dever de não causar dano a alguém, obriga aquele que o causar a indenizar a vítima.  
Autorizamento, que consiste na possibilidade de o lesado pela violação à norma exigir-lhe o cumprimento, o que distingue as normas legais, das éticas ou religiosas.  
Permanência, que significa que a norma vigora e prevalece até sua revogação.  
Emanação de autoridade competente, nos termos impostos pela Constituição Federal.

A norma jurídica exige que a lei seja emanada de autoridade competente e, devido a sua imperatividade, foi categorizada como norma cogente e não cogente.

Gonçalves (2011, p. 45), de forma sucinta, define em sua obra normas cogentes como sendo aquelas de ordem pública e que não pode ser derogada pela simples vontade de um particular, pois são editadas com o fim de tutelar os direitos inerentes à sociedade. Assim como define norma não cogente ou dispositiva, por não haver um comando absoluto, inderrogável. Sua imperatividade é relativa e é subdividida em permissiva (permite expressamente a derrogação) e supletiva (aplicável quando não houver disposição em contrário).

Os princípios por sua vez são normas cogentes, pois norteiam decisões e as normas positivadas, apesar de ainda haver na doutrina muita discussão e divergência no ramo da teoria jurídica.

É nesse sentido que buscamos entender o quão é importante saber se determinada Lei contraia a justiça principiológica, pois como os princípios são normas cogentes e normas de

ordem pública que são publicadas com o fim de defender os direitos da sociedade, não podem simplesmente serem derogadas.

Por isso que o RDD é muito criticado por diversos doutrinadores e operadores do direito. Sabe-se que a nossa Constituição Federal de 1988 enfatizou a proteção dos direitos e garantias fundamentais para se resguardar a proteção dos direitos humanos, através principalmente dos princípios penais que tutelam a dignidade da pessoa humana, inviolabilidade física e psíquica do indivíduo e dos condenados.

Sabe-se de plano que o RDD, quando aplicado ao apenado, viola e contraria os direitos e garantias fundamentais anteriormente citados, pois o isolamento absoluto do indivíduo, além das demais sanções que esse regime aplica, é insalubre, uma vez retira dele qualquer contato social, indo contra também da função da pena de prevenção e ressocialização do condenado.

É pacífico dizer que princípios constitucionais norteadores da intervenção penal são violados perante esse Regime, que seriam da legalidade, humanidade e proporcionalidade que serão discutidos e enfatizados adiante.

Como os princípios emanam principalmente de nossa constituição, sendo eles classificados como normas cogentes, é importante ressaltar que a nossa Lei Maior atua de forma incisiva com força normativa, que será explorado a seguir.

### **A Constituição: força normativa**

A Constituição nada mais é que um conjunto, de forma sistemática, de normas jurídicas, positivadas, e que são eivadas de valores que fazem sentido de sua aplicação em sociedade.

Há muitas discussões doutrinárias a respeito do sentido da constituição (sociológico, político ou jurídico), no entanto a concepção jurídica é que interessa ao jurista, conforme preceitua José Afonso da Silva (1999, p. 29), pois “se apresenta essencialmente como norma jurídica, norma fundamental, ou lei fundamental de organização do Estado e da vida jurídica de um país”.

A princípio, para começarmos a tecer algumas considerações a respeito da força normativa da Constituição, não tem como deixarmos de lado um dos grandes pensadores e expoentes que alcançam esse tema com total profundidade, que seria Konrad Hesse, um constitucionalista Alemão.

Ele traz à tona a Supremacia da Constituição Real, de que a Constituição normativa não é falha diante das relações sociais fáticas ou política de poder, diferentemente do que pensavam alguns doutrinadores de sua época, que diziam que a constituição “não passava de um pedaço de papel”, pois não tinha aplicabilidade e nem eficácia.

No entanto para que a Constituição normativa tenha eficácia e aplicabilidade, se faz necessário que ela se baseie nas condições sociais, econômicas e culturais do povo, uma vez que irá ordenar a realidade política e social em determinado momento histórico, se isso não ocorrer, a Constituição não tem capacidade para prosperar. Hesse também nos traz a incidência da Constituição Jurídica frente ao ser e dever ser, que essa força normativa correlaciona ambos aspectos, ou seja, não basta que a Carta Magna seja feita apenas de princípios e normas (dever ser), mas que ela esteja de acordo com a contexto histórico social(ser). Hesse (1991, p. 24) sintetiza em sua obra:

Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (Sein) e dever ser (Sollen).

Hesse também nos traz a ideia de que quando a Constituição consegue adequar seu conteúdo as condições fáticas, reais, haverá uma segurança jurídica latente ao desenvolver a força normativa.

Mas o principal ponto da obra de Hesse se refere ao fato de que, para que a Constituição tenha eficácia e aplicabilidade, é necessário que interprete a norma de tal forma que se alcance a plenitude de sua função social, afastando o arbítrio e desproporcionalidade do Estado. Assim o descreve em sua obra, Hesse (1991, p. 22):

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebotoptimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com proposições normativas da Constituição. 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.

Ora, partindo-se das premissas desse grande constitucionalista Alemão, que hoje é referência para a doutrina Brasileira no que se refere a definição e peculiaridades da força

normativa da Constituição, é certo que a Constituição Federal não pode ser considerada “poesia”, ela deve ser efetiva nos casos concretos.

A Constituição tem força normativa, conforme preceitua Hesse, mas somente haverá essa se juntamente com ela houver a vontade constitucional, alterando portanto, a ordem política e social do Estado em que se encontra.

Diante de tais considerações, não se pode permitir que a efetividade e aplicabilidade de nossa Constituição na sociedade brasileira seja mitigada. Porém, há diversas situações em que isso não é respeitado, inclusive no que se trata do Regime Disciplinar Diferenciado.

Em nossa Lei Maior, diversos dispositivos e princípios são trazidos de forma a garantir os direitos fundamentais do indivíduo de forma plena, por serem normas de eficácia plena, ou seja, que não dependem de outra norma regulamentadora para que produza efeitos, diferentemente portanto, das normas de eficácia contida. Assim nossa Carta Magna nos traz em seu artigo 5º, §1º tal conceito: “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Aplicação imediata, conforme nos remete José Afonso da Silva (2012, p. 408), tem como fundamento de que são “dotadas de todos os meios e elementos necessários a sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam. A regra é que as normas definidoras de direitos e garantias individuais sejam de aplicabilidade imediata.”

Por sua vez, diversos direitos e garantias fundamentais individuais são violados diante do RDD. Alguns incisos mais específicos do artigo 5º retratam bem os direitos e garantias individuais e que estão ligados às violações desses direitos através da implementação desse tipo regime, se sanção, são eles: “III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLVII - não haverá penas: e) cruéis; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Ou seja, quando foi discutido o assunto anterior, sobre os princípios como normas cogentes, mas violados pela aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, podemos dizer que não foi observada a força normativa da constituição, principalmente no que atinge a inaplicabilidade dos direitos e garantias individuais tão defendidas na elaboração da Constituição de 1988.

Inclusive no artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição preceitua que “não será objeto

de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais”, ou seja, além de afrontar os princípios pode ser sim um objeto de discussão quanto a sua constitucionalidade, a Lei que institui na LEP o Regime Disciplinar Diferenciado.

Diante desse quadro, se faz necessário uma atenção maior ao que se refere aos direitos e garantias individuais, assim como aos princípios mitigados perante essa sanção penalizadora (RDD) que, apesar de ter sido eficaz no combate ao crime organizado, durante o momento histórico caótico que foi vivenciado nas penitenciárias de alguns dos estados de maior população carcerária, não podemos deixar de concordar que os princípios basilares, orientadores para a elaboração da Constituição, estão sendo deixados em segundo plano perante leis infraconstitucionais.

O RDD perante os princípios constitucionais penais serão adiante abordados de forma específica, devido ao grau de importância que esse assunto foi abordado no presente trabalho.

### **3.40 RDD frente aos princípios constitucionais penais**

Foram explanados no curso do presente trabalho algumas considerações sobre alguns princípios que são atingidos ou ao menos aclamados frente ao RDD. Nesse momento, iremos de forma mais contundente analisar especificamente os princípios que sofrem afrontas diretas com o Regime Disciplinar Diferenciado e que são primordiais aos direitos e garantias individuais, que seriam os princípios da Legalidade, da Humanidade, da Proporcionalidade e da Igualdade.

Como dito anteriormente, o princípio da legalidade é explicitamente trazido no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, assim como no artigo 9º da Convenção Americana dos Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, além de iniciar o Código Penal em seu artigo 1º.

Por esse princípio é proibida a descrição genérica do tipo penal para se evitar o poder arbitrário do Estado. Através de um desdobramento, pelo princípio da taxatividade, não se pode criar tipos penais vagos, a lei deve ser objetiva, clara e precisa quanto ao tipo incriminador, o condenado, como direito de defesa, deve saber e ser orientado sobre exatamente por qual motivo está sendo punido.

No entanto, a Lei de Execução Penal no seu artigo 50, incisos I e VI, é ampla e incerta sobre como serão interpretadas as expressões incitar, subverter a ordem ou a

disciplina, inobservância de deveres de obediência e inobservância das ordens recebidas.

Facilmente observamos nesses dispositivos a ausência do princípio da legalidade, pois nos trazem certa generalidade nos termos utilizados, ou seja, não são dotados de taxatividade que é invocada pelo princípio da legalidade, pelo contrário, possibilita interpretações extensivas, o que dificulta a proteção contra o arbítrio Estatal.

Além disso as expressões do artigo 39 da LEP, de inobservar a obediência do servidor e das ordens recebidas, pode se pautar em costumes das unidades prisionais por haver também a falta de taxatividade, é algo genérico, assim como define Azevedo e Salim (2014, p. 53):

Os tipos penais devem ser de fácil entendimento pelo cidadão, justamente para que possa se orientar daquilo que é certo ou errado. Desse modo, decorre a proibição da criação de tipos penais vagos e indeterminados. A lei penal deve ser precisa e determinada. Nesse enfoque, tem-se o princípio da taxatividade (*nullum crimen, nullapoenasine lege certa*).

Não se limita apenas a esses artigos a ausência de taxatividade, mas também é nitidamente explícita nas expressões “subversão a ordem”, “subversão a disciplina”, “alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” disponíveis no artigo 52, caput e §1º da Lei de Execução Penal.

Logo há diversas lacunas e genéricas expressões que afrontam o princípio da legalidade e seu desdobramento, princípio da taxatividade.

No que diz respeito ao princípio da humanidade, se faz necessário invocar alguns dispositivos previstos na Constituição Federal, mais especificamente no artigo 5º:III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;XLVII - não haverá penas: e) cruéis;XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

É a partir principalmente desses incisos que podemos invocar o princípio da humanidade em que o condenado deve ser tratado como pessoa humana e mesmo recebendo sua devida punição, também faz jus aos outros direitos estabelecidos em nossa constituição.

Quando o indivíduo recebe a punição do RDD que, por conta de sua personalidade é isolado, retira dele qualquer possibilidade de recuperação, pois de desestruturação psicológica que causa um isolamento absoluto, retira dele inclusive o convívio com outras pessoas que já são limitadas por não estar na sociedade em si, o que dificulta a questão da ressocialização do detento que é fator importante para sua recuperação e convívio na sociedade.

Por esse princípio não se deve causar ao ser humano dor ou sofrimento grave, seja físico ou psíquico, que são claramente ocasionadas quando o indivíduo, sob condições rigorosas de locomoção e de isolamento por 360 dias como institui o RDD o que pode ser considerado tortura, maus tratos ou pena cruel.

Além de tudo o RDD atua em contramão ao fim ressocializador da função da pena, pois o dessocializa por tornar inviável o seu retorno a vida em sociedade de forma digna, uma vez que, além de ser privado de sua liberdade de locomoção também é privado de exercer movimentos corporais. Se a prisão comum em si já produz no detento problemas mentais, psicossociais e familiares, quem dirá 360 dias em celas de isolamento.

O princípio da proporcionalidade também é violado perante o RDD, pois esse tem por base que deve ser proporcional a lesão causada pelo delinquente e sua pena, logo aplicar uma sanção administrativa de 360 dias, com possibilidade de atingir até um sexto da pena aplicada, em decorrência do Regime Disciplinar Diferenciado parece ser desproporcional.

A desproporcionalidade fica visível quando comparado as penas de inúmeros crimes cuja lesividade é maior e a pena aplicada ser mais branda, como é o caso, por exemplo, do crime de rixa cuja sanção é de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa. O que se torna incoerente, pois na maioria das vezes quem recebe a sanção disciplinar já está sendo punido no sistema carcerário e recebe a punição pela segunda vez.

A afronta ao Princípio da Igualdade também recai em questões de arbítrio judicial. Quando a LEP aplica o regime em decorrência de “fundadas suspeitas de organização criminosa”, pode ocorrer, por exemplo, o caso de alguns detentos em que neles sejam estipulados a mesma suspeita e, quando analisados por juízos distintos, terem alguns a punição pelo RDD e outros não, dependendo do que o juiz considerar como integrante de organização criminosa.

Logo, a aplicação da pena seria de acordo com a personalidade do criminoso, concomitante a análise subjetiva do juiz, e não de acordo com a pena culminada pelo fato praticado. Isso fere, sem nenhum receio em dizer, o princípio da Igualdade.

## **CONCLUSÃO**

O Regime Disciplinar Diferenciado é muito criticado hoje pela doutrina e pelos operadores do direito tendo em vista que, ao fazer uma análise profunda do tema e da lei que instituiu em nosso ordenamento jurídico tal sanção, há o surgimento de dois polos, um que



analisa sua inconstitucionalidade e outro que analisa a segurança social, havendo, portanto uma ponderação de valores e direitos que são mitigados, um em detrimento ao outro.

Sob esse aspecto, foram analisados os princípios presentes em nossa constituição, basilares para a construção de todo o ordenamento jurídico a ela atrelado, e que servem também como fundamentos para nortear o Direito Penal, além de possuírem garantias normativas quanto as limitação do poder de punir do Estado frente às normas de direito penal propriamente dito.

Dentro do sistema prisional, mais especificamente ao RDD, foram elencados princípios latentes que estão estritamente a ele ligados e que fundamentam e justificam, ou não, sua inconstitucionalidade, são eles: Princípio da Humanidade das Penas, Princípio da Igualdade, Princípio da Legalidade e Princípio da Proporcionalidade.

No sistema prisional atual, além as penas e regimes que a ele cabem, houve uma inovação quanto às sanções disciplinares aplicadas internamente com a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado em que o detento fica isolado em cela especial por até 360 dias. Esse regime adentrou em nosso ordenamento, alterando a Lei de Execuções Penais com o seu incremento, como uma resposta ao alto índice de criminalidade dentro e fora dos presídios.

A sua aplicação é fundamentada em casos em que o condenado ou detento, inclusive provisório, quando praticar atos de natureza grave, doloso, que estabeleça desordem ou indisciplina ao sistema penitenciário; quando apresentar alto risco social e a segurança do estabelecimento; ou quando houver fundadas suspeitas de envolvimento a organização criminosa, quadrilha ou bando.

O RDD recebe árduas críticas no que se refere a sua inconstitucionalidade, tanto formal quanto material, frente aos preceitos e princípios valorados na nossa Lei Maior. Princípios esses que resguardam os direitos e garantias individuais e que devem ser respeitados por se tratar de norma cogente.

Por sua vez, a Constituição por ter força normativa, deve ser eficaz a sua aplicação em casos concretos, pois tem poder para tal. Porém, por mais que proíba as violações aos direitos e garantias individuais, o RDD em sua aplicação, dotada de subjetivismo do jurisdicionado, por não se adequar aos preceitos constitucionais, pode demonstrar uma certa arbitrariedade do Estado em seu poder de punir.

Assim é possível concluir que, diante de uma série de princípios constitucionais penais, há uma afronta na aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado. Devido à

generalização que a LEP institui em casos permitidos para a aplicação do RDD é que a mitigação do princípio da taxatividade ocorre, além de cercear o princípio da humanidade das penas (por se tratar de penas cruéis, dotadas de tortura e afronta a dignidade da pessoa humana), o princípio da proporcionalidade e da Igualdade.

## REFERÊNCIAS

ANDRÉA, Fernando. Robert Alexy – Introdução Crítica. 1ª edição, editora Forense, 2013.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª edição, revista, atualizada e ampliada; editora Malheiros Editores, 2014.

AZEVEDO, Marcelo André de e SALIM, Alexandre. Direito Penal Parte Geral. 4ª edição, revista, ampliada e atualizada; Editora JusPodivm; 2014.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 2ª edição, editora Edipro, tradução de Ari Marcelo Solon, 2014.

BARATTA, Alessandro. Ressocialização ou Controle Social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. Disponível em: <[http://www.juareztavares.com/textos/baratta\\_ressocializacao.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/baratta_ressocializacao.pdf)>. Acesso em 12 de maio de 2015.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. 6ª edição, editora Martin Claret; Texto Integral, tradução Torrieri Guimarães, 3ª reimpressão 2011.

CHIMENTI, Ricardo Cunha, CAPEZ, Fernando, ROSA, Marcio Fernando Elias e SANTOS, Maria Ferreira dos. Curso de Direito Constitucional. 7ª edição, revista e atualizada até a EC n. 64/2010, editora Saraiva, 2010.

FERREIRA, Fábio Félix e RAYA, Salvador Cutiño. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, editora Revista dos Tribunais; julho-agosto de 2004.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal. Parte Geral. 18ª edição, editora Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil. 1ª edição, editora Saraiva, 2011.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

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

LUIZI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. 2ª edição, Revista e Aumentada, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. “Curso de Direito Administrativo”,ed 2006

MENDES, Ana Paula dos Santos, “Monografia Regime Disciplinar Diferenciado: análise sistemática em face dos Princípios Constitucionais Penais”.2009, 160 f. Monografia (Mestrado em Direito das Relações sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.2009.

MOREIRA, Glauco Roberto Marques. Pessoas Portadoras de Deficiência. Pena e Constituição.Sergio Antonio Fabris Editor; 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada; editora Revista dos Tribunais; 2012.

RECONDO, Felipe. Resolução da ONU reforça contestação ao RDD Brasileiro. Disponível em:< <http://jota.info/resolucao-da-onu-reforca-contestacao-ao-rdd-brasileiro>>. Acesso em 26 de outubro de 2015.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 8ª edição, editora Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª edição, 3ª tiragem, revista, ampliada e atualizada, editora Malheiros, 1999.

SOUZA, Paulo S. Xavier de. Individualização da Pena no Estado Democrático de Direito. Sergio Antonio Fabris Editor; 2006.

# SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS COMO LIMITE DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Rogério Piccino BRAGA<sup>1</sup>  
Ricardo Augusto BRAGIOLA<sup>2</sup>

## RESUMO

Sob a ótica do sistema constitucional de garantia de direitos, como limite consagrado pela Constituição Federal brasileira de 1988 à atuação do Poder Judiciário, o que se abordará a seguir é a conflituosa decisão exarada em plenário, pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 126.292. O posicionamento da Corte compreende a supressão da densidade normativa da presunção da inocência, no cenário redesenhado pelo neoconstitucionalismo no Brasil? A pergunta não encontra resposta no senso comum e tão pouco no desenvolvimento de fundamentação do julgado. Necessário, portanto, estabelecer determinadas premissas de abordagem, a fim de que se constate o mais fiel alcance possível da decisão e suas consequências na sociedade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema Constitucional de Garantia de Direitos; Limitação do Poder Judiciário; Estado Democrático de Direito.

## ABSTRACT

From the perspective of the constitutional system of rights protection, as the limit established by the Brazilian Federal Constitution of 1988 the performance of the judiciary, which will address the following is the conflicting decision recorded in the plenary, the ministers of the Supreme Court in the trial of Habeas Corpus 126,292. The position of the Court comprises the removal of normative density of presumption of innocence, the scenario redesigned by neoconstitucionalismo in Brazil? The question not answered in the common sense and so little on the tried foundation of development. Therefore necessary to establish certain assumptions approach to it is found as faithful as possible scope of the decision and its consequences in society.

**KEY-WORDS:** Constitutional system of Rights Guarantee; Limitation of the Judiciary;

- 1 Advogado, Doutorando e Mestre em Direito Constitucional - área de concentração em Sistema Constitucional de Garantia de Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Professor Universitário na Universidade Norte do Paraná - Unopar (Bandeirantes/PR), Pós-graduado em Direito Municipal (especialização), Membro Efetivo da Comissão Especial de Ensino Jurídico da Seccional SP da Ordem dos Advogados do Brasil - Triênio 2016/2018. Presidente da Comissão de Assuntos Municipais da 20 Subseção da OAB - Jaú/SP - Triênio 2016/2018, foi Diretor Jurídico da Câmara Municipal de Jaú, autor do Livro "Direito Fundamental à Inimputabilidade Penal"; co-organizador do livro "Estudos da Teoria da Constituição", autor do livro "Relações de Sujeição Especial no Direito Municipal" e dos livros "Embates & Opiniões", "O que eu falo se escreve" e "Ideias Articuladas". Articulista e membro do Conselho Editorial do Jornal Comércio do Jahu
- 2 Mestre e doutorando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino - Bauru/SP. Possui pós-graduação em Direito Empresarial pela FGVLaw. Graduiu-se em Direito nas Faculdades Integradas Padre Albino - FIPA - Catanduva/SP. Atualmente é professor universitário na UNIFAFIBE - Centro Universitário de Bebedouro/SP e advoga nas cidades de Santa Adélia, Catanduva, São José do Rio Preto e região. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Contratual, Agrário, Empresarial, Bancário e Trabalhista.

Democratic state.

## INTRODUÇÃO

A importância do sistema constitucional de garantia de direitos para o próprio ordenamento jurídico que permeia as relações sociais, experienciando a efetividade do Estado Democrático de Direito, será objeto de análise do trabalho. Somente sob a ótica da materialização almejada, portanto, é que se alcançará a plena proteção e emancipação do ser humano. Assim sendo, a Constituição Federal deve ser levada a sério ou o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, como guardião daquela, caso contrário se caminhará para o que se convencionou denominar de juristocracia<sup>3</sup>, pelo que o Poder Judiciário não tem o papel constitucional de legislar e/ou governar o país, mas sim ser mais um (dentre outros) dos Poderes constituídos.

Neste contexto, a juristocracia, ou melhor, na supremocracia<sup>4</sup> deve ser contida dentro do devido processo legal, o qual demonstrará que ninguém está acima da lei. Como ensina Lenio Luiz Streck, faz-se necessária a imperiosa mentalidade de que são “[as] leis que governam os homens... e não homens que governam as leis”. Ainda, referido jurista cita que:

O princípio da imparcialidade pressupõe uma série de outros pré-requisitos. Supõe, por exemplo, que [o juiz] seja discreto, que tenha prudência, que não se deixe se contaminar pelos holofotes e se manifeste no processo depois de ouvir as duas partes [...]. O Poder Judiciário tem que exercer seu papel com prudência, com serenidade, com racionalidade, sem protagonismos, porque é isso que a sociedade espera de um juiz. [...] o juiz deve estrita fidelidade à lei penal, dela não podendo se afastar a não ser que imprudentemente se arrisque a percorrer, de forma isolada, o caminho tortuoso da subjetividade que, não poucas vezes, desemboca na odiosa perda da imparcialidade. Ele não deve, jamais, perder de vista a importância da democracia e do Estado Democrático de Direito. EMENTA DO ACÓRDÃO DA OPERAÇÃO SATHIAGRAHA – HC 149.250 - SP - Rel. Min. Adilson Macabu.<sup>5</sup>

É preciso investigar, então, até mesmo qual é o verdadeiro papel do próprio Supremo

- 
- 3 Ran Hirschl define esse processo como “juristocracia” (juristocracy) a progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário. Tal fenômeno é acompanhado e alimentado por uma mudança na ideologia jurídica, consistente em uma crítica crescente realizada pelas principais elites políticas, jurídicas e econômicas à premissa majoritária que define a democracia em sua dimensão popular. Cf. HIRSCHL, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004 *apud* GARRIDO, Alexandre (et. al.). *A função legislativa do Supremo Tribunal Federal e os Partidos Políticos*. Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. V. 1, n. 3 (Edição Especial), dez. 2008, Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, 2008, p. 52.
- 4 VIEIRA, O. V. *Supremocracia: vícios e virtudes republicanas*. Valor Econômico de 06 de novembro de 2007.
- 5 STRECK, Lenio Luiz. *Nas escutas, juristas se revelam mais moristas do que o próprio Moro*. Disponível para acesso no site em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-21/lenio-streck-escutas-juristas-revelam-moristas-moro>. Acesso em 22 de março de 2016, às 15h10m.

Tribunal Federal e o alcance de ser o guardião da Constituição, até mesmo porque quando se trata de Direito Penal, eis que a linha que separa a investigação da perseguição é tênue. Isso já foi demonstrado por Victor Hugo em “Os Miseráveis” e, no Brasil, os magistrados, representantes primários do Poder Judiciário, passa(ra)m desta linha por inúmeras vezes. Não se pode confundir divergência com deslealdade, sem contar os atos ilegais, cometidos pelos magistrados, contrários a própria Constituição Federal.

Vale lembrar que uma acusação não equivale a uma prova e que, para condenar, é preciso seguir o devido processo legal previsto constitucionalmente, muito embora referidas reflexões constitucionais foram arranhadas pela decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292 São Paulo.

Ainda, é válido pensar que não deveríamos nos deixar temer uns aos outros e acreditar na natureza humana, como premissa até mesmo do sistema constitucional de garantia de direitos, mas, por outro lado, não é o que se conclui do exposto por muitos ministros ao decidirem sobre o Habeas Corpus ora em questão. Não seremos levados pelo medo a uma era de insensatez e, o presente artigo, eis que vem justamente para repensar o Supremo Tribunal Federal dentro do Estado Democrático de Direito, diante do sistema constitucional de garantia de direitos. E, se examinarmos a nossa História e a nossa doutrina, nos lembraremos de que não descendemos de homens temerosos que tinham medo de escrever, de se associar, de falar, nem temiam defender causas que, num dado momento, foi impopular, tal como o sistema constitucional de garantia de direitos.

Por isso o presente trabalho se opõe aos métodos da tirania do Poder Judiciário ou para aqueles que os aprovam, já ocorridos, os quais constituem, sem dúvida, uma grande preocupação (e exclusão) dos ideais constitucionais.

O Estado Democrático de Direito proclama e defende a liberdade dos cidadãos e os limites dos detentores do Poder, onde quer que eles existam no mundo. Atos do Poder Judiciário provocam alarme e espanto e deixam a Constituição e a harmonia dos Poderes um tanto quanto abalados, fragilizando tanto a segurança nacional quanto os direitos fundamentais. A culpa não é da Constituição, mas daqueles que exploram “o medo” com bastante sucesso e por vezes a mutilam.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, preceitua que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. No entanto, referido preceito fundamental foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal,

como tese de julgamento no Habeas Corpus ora em questão, segundo o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, como “A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”. Entretanto, não são raras as vezes que o Poder Judiciário atua com muita mais independência do que aquela dada pela Constituição Federal, o que resulta em uma verdadeira crise do Estado Democrático de Direito, pois em vez da Constituição Federal ser guardada, eis que é perdida.

Como dito por Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, a República brasileira ainda engatinha, pois:

Nosso Poder Executivo, desde o exórdio da vigência da Constituição de 1988, se põe a legislar através de medidas provisórias, substituindo inconstitucionalmente o Legislativo, ao invés de concentrar-se em seu dever de bem administrar. O Legislativo, por sua vez, transformou-se numa grande delegacia de polícia com suas CPIs circenses, deixando de cumprir adequadamente sua primordial função de produzir a mais de centena de leis que ainda faltam para regulamentar os direitos e dispositivos de nossa Constituição. O Judiciário não é exceção, tornando-se uma fábrica de decisões, liminares e provisórias, produzindo sentenças e acórdãos finais após anos, por vezes mais de década, de demora. E sabemos que justiça que tarda é injustiça! No tocante ao Judiciário, a situação de precariedade republicana se acentua quando observada a questão no âmbito penal das prisões provisórias e preventivas como formas de satisfação da opinião pública em relação à pretendida inexistência de “impunidade” em casos mais rumorosos. Tal modalidade de aprisionamento cautelar das pessoas é fundada em conceitos legais extremamente indeterminados como “ordem pública”, “garantia de aplicação da lei” etc. A indeterminação conceitual se põe, a nosso ver, em inequívoco conflito com o direito constitucional ao devido processo legal com seu consequente direito à ampla defesa. À primeira vista, ressalta de tais circunstâncias uma inconveniente e abusiva autoridade que se deposita na mão do juiz para decidir pelo aprisionamento de alguém, sem antes proceder à adequada investigação dos fatos e ouvir os argumentos em defesa do acusado. Para ampliar a dimensão do equívoco, a título de interpretar a expressão “ordem pública” como estímulo à prisão cautelar, parcela significativa de nossa jurisprudência tem admitido prisões com base em “clamor público”, “exemplaridade” e “inquietação social”. [...] O caso que merece atenção da mídia encontra nesta mesma atenção motivo para justificar a supressão da liberdade das pessoas sem sua prévia defesa e sem a necessária e ponderada apuração dos fatos.<sup>6</sup>

Neste ponto, muito embora venha ocorrer uma crise institucional, a Constituição de 1988 tem um espírito garantista de direitos em sua matéria e forma, ou seja, independentemente da crise estatal, eis que os direitos fundamentais devem prevalecer<sup>7</sup> para

---

6 SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *A justiça na sociedade do espetáculo: reflexões públicas sobre direito, política e cidadania*. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2015, p. 320 e seguintes.

7 “A Constituição é o Estatuto do Governo, o qual é uma Instituição, com regulamento, lei interna, estatuto, onde o uso do Poder tem limites, constitui abuso intolerável, porque é ofensa à liberdade própria do ser humano. É preciso lembrar que as Constituições resultaram de uma longa evolução histórica, de uma longa luta do povo contra o absolutismo nos monarcas. As Constituições são o coroamento das insurreições dos governados contra a prepotência e o arbítrio dos governantes. [...] O Poder Público arbitrário foi substituído pelo Poder Público limitado pelos chamados Direitos do Homem ou Direitos Humanos.” TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A Constituição, a Assembleia Constituinte e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 4

fortalecer o próprio sistema constitucional de garantia de direitos. Neste passo, toda vez que se atropela o que está previsto em uma norma constitucional, eis que se colocam em segundo plano as liberdades constitucionais e até mesmo o próprio Estado Democrático de Direito. Ninguém está acima da lei ou deve atuar à margem da lei, pois fora da lei não há salvação e muito menos na “bondade” do julgador.

A correção de rumos deve ser pelas Instituições constituídas e de acordo com a Constituição e não ao sabor das paixões, ou de que os fins justificam os meios, pois somente assim haverá uma aproximação dos fins constitucionais aos resultados fáticos e jurídicos, de modo que o direito constitucional e a justiça social não fiquem esquecidos ou previstos tão somente em uma folha de papel ou menos que isto, mas sim que haja um cumprimento da normatização dirigente da Constituição Brasileira dentro da referida problemática, tendo em vista que há uma real ameaça de ruptura constitucional ou de ruptura social.

Portanto, para se combater Poder(es) abusivo(s), faz-se necessário uma cidadania esclarecida que requeira sobremaneira o acesso à justiça plena no devido processo legal com vistas a proteção dos direitos fundamentais, pois do contrário, a história se vingará e nos fará pagar, o que justifica, por si só, a importância do presente estudo.

## **O ARTIGO 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AS DECISÕES DOS HABEAS CORPUS 84.078-7 – MINAS GERAIS E 126.292 – SÃO PAULO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA**

O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, como dito acima, propõe a garantia processual da “presunção da inocência”, com o texto constitucional de que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, assegurando, assim, uma proposição histórica que já é prevista em diversos diplomas internacionais<sup>8</sup>.

---

e seguintes.

- 8 A presunção da inocência tem referências já em Tomás de Aquino em sua “Suma Teológica”, bem como oriunda da Magna Carta inglesa (1215), com residência no século XVIII, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776), cujo art. 9º proclamava a presunção de inocência, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime. Ainda, importante citar a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral da ONU, em reação às atrocidades cometidas pelos regimes totalitários nazi-facistas. A Convenção Europeia de Direitos Humanos, subscrita em Roma, em 04 de novembro de 1950, em seu artigo 6.2, bem como o art. 6º da Convenção Europeia sintetiza os “cânones europeus do justo processo penal”, ou, como dispõe o Protocolo n. 11 à referida convenção, concretiza o “direito a um processo equo”. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 16 de dezembro de 1966, em seu art. 14.1, primeira parte, a qual deve ter sua leitura conjunta com o Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Ainda, existe também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em San José da Costa Rica, em 22 de dezembro de 1969, a qual também deve ter sua leitura conjunta com o Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Por fim, importante ressaltar a força



O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 05 de fevereiro de 2009, por sete votos a quatro, eis que concedeu o Habeas Corpus 84078 para permitir a Omar Coelho Vítor – condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos (MG) à pena de sete anos e seis meses de reclusão, em regime inicialmente fechado – que recorresse dessa condenação, aos tribunais superiores, em liberdade. Ele foi julgado por tentativa de homicídio duplamente qualificado (artigos 121, parágrafo 2º, inciso IV, e 14, inciso II, do Código Penal).

Como consta nas notícias do site do Supremo Tribunal Federal, com o título “Supremo garante a condenado o direito de recorrer em liberdade”<sup>9</sup>, o processo provocou prolongados debates, tendo de um lado, além de Eros Grau, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que votaram pela concessão do HC. Foram vencidos os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que o negaram. Prevaleceu a tese de que a prisão de Omar Coelho Vitor, antes da sentença condenatória transitada em julgado, contrariaria o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (CF), segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Já os ministros Menezes Direito e Joaquim Barbosa sustentaram que o esgotamento de matéria penal de fato se dá nas instâncias ordinárias e que os recursos encaminhados ao STJ e STF não têm “efeito suspensivo” (quando se suspende a sentença condenatória, no caso). Menezes Direito e Ellen Gracie sustentaram, também, que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de que o Brasil é signatário) não assegura direito irrestrito de recorrer em liberdade, muito menos até a 4ª instância, como ocorre no Brasil.

Os ministros contrários a liberdade, eis que afirmaram, ainda, que país nenhum possui tantas vias recursais quanto o Brasil. Menezes Direito citou os Estados Unidos, o Canadá e a França como exemplos de países que admitem o início imediato do cumprimento de sentença condenatória após o segundo grau. Observaram, ademais, que a execução provisória de sentença condenatória serve também para proteger o próprio réu e sua família. Esta, entretanto, conforme o ministro Celso de Mello, não é juridicamente viável em nosso sistema normativo. Ele admitiu, no entanto, que a prisão cautelar processual é admissível, desde que fundamentada com base nos quatro pressupostos previstos no artigo 312 do Código

---

normativa dos tratados internacionais de direitos humanos que tem *status* constitucional, de acordo com o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, em conjunto com os julgados do STF: RE n. 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.11.2006 e destaque-se HC 90.172/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05.06.2007, v. u., na 2ª Turma.

9 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102869>. Acesso em 13 de maio de 2016, às 15h35m.

de Processo Penal – garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal”.

As críticas ao sistema penal durante os debates também não faltaram, onde o ministro Joaquim Barbosa questionou a eficácia do sistema penal brasileiro. Referido ministro disse que se formos aguardar o julgamento de Recursos Especiais (REsp) e Recursos Extraordinários (REs), o processo jamais chegará ao fim, afirmou. Afirmou ainda que no processo penal, o réu dispõe de recursos de impugnação que não existem no processo civil. Segundo ele, em nenhum país há a “generosidade de HCs” existente no Brasil. Ele disse, a propósito, que há réus confessos que nunca permanecem presos. E citou um caso que só de um dos réus em um processo que está sob análise foram julgados 62 recursos no STF, dezenas de sua relatoria, outros da relatoria do ministro Eros Grau e do ministro Carlos Britto. Disse ainda que o leque de opções de defesa que o ordenamento jurídico brasileiro oferece ao réu é imenso, inigualável e que não existe em nenhum país no mundo que ofereça tamanha proteção e que o STF teria que resolver a questão politicamente que o réu só deve cumprir a pena esgotados todos os recursos, ou seja, até o Recurso Extraordinário julgado por esta Corte e, se assim for, o STF teria que assumir politicamente o ônus por essa decisão.

Por último, o Ministro Gilmar Mendes relatou o "Mundo de horrores" ao proferir seu voto – o último do julgamento – acompanhando o voto majoritário do relator, ministro Eros Grau. Apresentou dados, e ele admitiu que a Justiça brasileira é ineficiente, mas disse que o país tem um elevado número de presos – 440 mil. Que os dados decorrentes da atividade no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) são impressionantes e apesar dessa inefetividade (da Justiça), o Brasil tem um índice bastante alto de presos. São 440 mil presos, dados de 2008, dos quais 189 mil são presos provisórios, muitos deles há mais de dois, mais de três anos, como se tem encontrado nesses mutirões do CNJ. Ainda, o ministro ressaltou que se nós formos olhar por estado, a situação é ainda mais grave. Nós vamos encontrar em alguns estados 80% dos presos nesse estágio provisório [prisão provisória] e que nos mutirões realizados pelo CNJ encontraram-se presos no estado Piauí que estavam há mais de três anos presos provisoriamente sem denúncia apresentada, bem como que no estado do Piauí há até uma singularidade. A Secretaria de Segurança do Estado concebeu um tal inquérito de capa preta, que significa que a Polícia diz para a Justiça que não deve soltar aquela pessoa. É um mundo de horrores a Justiça criminal brasileira. Muitas vezes com a conivência da Justiça e do Ministério Público.

Pois bem. Verifica-se, do exposto, que naquela oportunidade o Supremo Tribunal Federal reconheceu o princípio da presunção de inocência como componente basilar de uma modelo processual penal respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana, em consonância com o fortalecimento do sistema constitucional de garantia de direitos.

Insta ressaltar que o estado de inocência é, antes, uma presunção política, que garante a liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal e, ainda, garante um tratamento adequado do acusado ao longo do processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado.

Além do mais, com a regra constitucional de tratamento do acusado, eis que a regra é a liberdade, onde impera-se a impossibilidade de prisões automáticas no curso do processo, somente se admitindo medidas assecuratórias, de natureza cautelar, ante uma concreta demonstração de *periculum libertatis* e a vedação de qualquer forma de prisão enquanto espécie de cumprimento de pena, sendo vedada uma execução provisória contra aquele que ainda é inocente.

A Constituição Federal de 1988, neste contexto, reforça a máxima efetividade de compromisso do Estado Brasileiro com a preservação da dignidade da pessoa humana e, assim, para a garantia da presunção da inocência, de modo pleno, eis que o Habeas Corpus 84078 fez dos ministros que compunham o Supremo Tribunal Federal, na época, os verdadeiros guardiões da Constituição Federal.

Já com relação ao Habeas Corpus 126.292 – São Paulo, eis que na sessão do dia 17 de fevereiro de 2016, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.

O caso envolve um ajudante-geral condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo qualificado. Depois da condenação em primeiro grau, a defesa recorreu ao TJ-SP, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão.

O relator do caso, ministro Teori Zavascki, ressaltou em seu voto que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os

recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. “Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”, afirmou.

Como exemplo, o ministro lembrou que a Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória proferida por órgão colegiado. “A presunção da inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado”.

No tocante ao direito internacional, o ministro citou manifestação da ministra Ellen Gracie (aposentada) no julgamento do HC 85886, quando salientou que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte”.

Sobre a possibilidade de se cometerem equívocos, o ministro lembrou que existem instrumentos possíveis, como medidas cautelares e mesmo o habeas corpus. Além disso, depois da entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004, os recursos extraordinários só podem ser conhecidos e julgados pelo STF se, além de tratarem de matéria eminentemente constitucional, apresentarem repercussão geral, extrapolando os interesses das partes.

O relator votou pelo indeferimento do pleito, acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Entretanto, verifica-se violação não só da segurança jurídica que se espera do Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição Federal, mas até mesmo a violação desta última, pois a determinação da expedição de mandado de prisão sem o trânsito em julgado da decisão condenatória representa afronta à jurisprudência do Supremo e ao princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal).

Como afirma Maurício Zanoide de Moraes, eis que:

Essa visão ‘gradualista’ da presunção de inocência não deixa de esconder um ranço técnico-positivista da ‘presunção de culpa’, pois sob seu argumento está uma ‘certeza’ de que, ao final, a decisão de mérito será condenatória. Desconsiderando a importância da cognição dos tribunais, ‘crê’ que a análise do juízo a quo pela condenação prevalecerá e, portanto, ‘enquanto se espera por um desfecho já esperado’, mantém-se uma pessoa presa ‘provisoriamente’<sup>10</sup>.

---

10 MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para decisão judicial*. 2008. Tese (Livre-docente). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, Cap. IV, p. 483.

Tanto no primeiro julgamento quanto no segundo julgamento dos HCs, eis que existiram argumentos favoráveis e contrários a determinação da expedição de mandado de prisão sem o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas partindo do ponto de vista do que ocorreu no primeiro julgamento (referente ao HC de Minas Gerais) para o segundo julgamento (relativo ao HC de São Paulo), já não confiamos mais na capacidade de o Estado resolver os problemas e traçar um novo caminho num mundo cada vez mais sangrento e de desconfiança. O Poder Judiciário e o devido processo legal não são mais suficientes para solucionar conflitos.

Partindo da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário tem que ser contra majoritário para salvaguardar os direitos fundamentais, em especial os direitos fundamentais individuais e sociais, os quais são no mínimo a “pedra angular” da unidade social, coerência e integridade do direito e não institucionalizar, no interior do Poder Judiciário, uma ânsia do juiz de ir além do que diz a lei e fazer prevalecer a sua paixão, tornando a justiça uma verdadeira loteria ou um conceito móvel e flutuante ao sabor de poderes sombrios e paixões torrenciais.

Agora é tempo de buscar a recuperação e resistir frente a essa espécie de violência hermenêutica. Verifica-se, assim, a violência da saída de uma estagnação para um ativismo judicial sem precedentes, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador, pelo que quando o magistrado não concorda com a lei ou com a Constituição, o mesmo constrói um princípio baseado em sua consciência individual (de cada julgador) e pior, muito pior, eis que resgata o mundo prático no Direito resultando, por conseguinte, em decisionismos e/ou ativismos judiciais, os quais não são legítimos em um Estado Democrático de Direito. Como exemplo, podemos citar o direito processual penal brasileiro, onde não se podem confundir as garantias processuais, que são inegociáveis, com a feição que deve ter o Direito. O Direito é a ferramenta necessária que legitima o Poder Judiciário em uma sociedade democrática e ele (o direito) representa o interdito entre civilização e barbárie.

Segundo Carlo Guarnieri e Patrizia Pederzoli<sup>11</sup>, o protagonismo do Poder Judiciário deve ser visto com ressalvas, pois essa expansão deve ocorrer sem violar o equilíbrio do sistema político e de maneira compatível com as duas bases da democracia constitucional:

---

11 GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la politica. Poder Judicial y democracia*. Madrid: Taurus, 1999, p. 27 *apud* CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. In: [http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu\\_n9\\_cittadino.pdf](http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf). Acesso em: 23 de março de 2016, às 15h45m.

garantir os direitos dos cidadãos e, portanto, limitar cada poder política, e assegurar a soberania popular.

Assim, nisso se inclui o Supremo Tribunal Federal, que não deve ser um poder ilimitado com desatenção e falta de comprometimento dos julgadores com as determinações constitucionais e, ainda, com a integridade e a coerência do Direito. O que ocorre é que, a partir da desculpa dos termos vagos, ambíguos ou de textura aberta, tomam-se decisões de conveniência ou com base em argumentos de política, de moral ou de economia. Assim, eis que se enfraquece a autonomia do Direito e a doutrina. Cada juiz tem convicções pessoais e ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a decisão se deu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou convicções pessoais. A moral ou a política não corrigem o Direito.

Sem entrar no mérito, pelo pouco espaço, sobre a existência das diversas concepções sobre o papel adequado do controle de constitucionalidade em um regime democrático, tudo indica que antes, para se começar a acreditar e legitimar referido controle de constitucionalidade e no próprio Poder Judiciário, eis a necessidade de evoluir (o próprio Poder Judiciário) como um poder democrático em si e perante os demais, com no mínimo a procedência das reformas necessárias na própria organização, a saber: a) ampliar e aprofundar os instrumentos de controle do Poder Judiciário; b) instituir instrumentos de controle vertical, interno e externo, dos órgãos judiciários; e c) mudança na cúpula do sistema judiciário.

Sem prejuízo, o paradigma constitucional é um modelo normativo complexo e necessário, mas ainda não realizado e que sofre divergência entre normatividade e efetividade. As garantias podem reduzir esta divergência, quanto mais amplas, ambiciosas e comprometidas forem as promessas constitucionais, mas certamente não podem eliminá-la, pois elas mesmas consistem em figuras deônticas. Por isso, podemos falar somente, em relação às democracias constitucionais, de um grau de efetividade do conjunto de garantias, dos direitos e dos princípios constitucionais. Esta divergência deôntica entre a normatividade e a efetividade da democracia constitucional é, portanto, fisiológica, existindo sempre, dentro de certos limites, certo grau de inefetividade das garantias. Mas pode se tornar, além de tais limites, patológica, quando alcance um ponto de crise, ou pior, de ruptura. É o risco que o Brasil está correndo hoje e nas demais democracias mundiais, em razão de dois fenômenos convergentes: o desenvolvimento da ilegalidade no exercício dos próprios poderes públicos

normativos (e o Poder Judiciário está incluso nesta situação), como se manifesta nas violações das garantias e, por isso, na produção de antinomias, e o ainda mais grave defeito de legalidade, como se manifesta na ausência de garantias e, por isso, na existência de lacunas.

De qualquer forma, nunca é demais insistir no tema da responsabilidade democrática dos juízes quando se debate o tema da judicialização da política. Se, por um lado, parece não restar nenhuma dúvida sobre a importância da atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à garantia da concretização dos direitos da cidadania, é fundamental que o seu atual protagonismo seja compatível com as bases do constitucionalismo democrático.

Portanto, faz-se necessário um Judiciário que aja nos limites da concretização da Constituição e dos direitos fundamentais, sendo algo não apenas legítimo como fundamental para uma democracia constitucional. A compreensão do Estado Democrático (Social) de Direito perpassa obrigatoriamente por princípios essenciais: o da dignidade humana (e o da justiça social). A interpretação de todo e qualquer direito deve ser feita à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, pois o princípio indicará um mínimo irreduzível dos direitos, consubstanciado no chamado piso vital; ainda, porque tais direitos tomam o homem como um valor não relativo, que, deste modo, não pode ter sua experiência digna sacrificada frente a interesses secundários da administração pública.

## CONCLUSÃO

A democracia está intimamente relacionada com no mínimo três elementos, a saber: a proteção da dignidade, da liberdade e da igualdade. É, ainda, como bem afirma José Afonso da Silva<sup>12</sup>, que a democracia é a cooperação entre indivíduo e sociedade, entre governantes e governados para garantir as possibilidades de felicidade de cada um, numa idealização utópica que seria a identificação do governo e governada, que começa a realizasse com a efetiva participação indireta e direta do povo no processo de poder.

Mas a democracia não pode ser mais ser concebida como essencialmente política, pois não poderia haver liberdade e igualdade política sem independência e igualdade de oportunidades econômicas e sociais. A verdadeira democracia se realiza no equilíbrio de todos os fatores necessários para darem o ser humano a maior possibilidade de expansão de sua personalidade. A democracia não pode aceitar um sistema econômico e social de profundas

---

12 SILVA, José Afonso da. *Liberdade, realidade política e eficácia da Constituição*. In: MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira (Coord.). *Lições de direito constitucional: em homenagem ao professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 140 e seguintes.

desigualdades, ela se realiza no dia-a-dia, acolhendo as forças que combatem por uma sociedade mais justa, mediante o reconhecimento de direitos sociais. Não tem mais cabimento o dilema de se a Constituição é uma técnica do poder ou uma técnica da liberdade, pois sua missão consiste em assegurar o respeito aos direitos fundamentais, e, quando ela institucionaliza o Poder, ela o faz como um meio de orientar o exercício do Poder para a proteção dos direitos sociais. Com o constitucionalismo, o Poder foi domesticado a serviço dos direitos da pessoa humana através da Constituição, mas a Constituição de 1988 não concluiu a reforma do Estado e deixou intacta a estrutura arcaica de poder, por meio da qual as elites conservadoras realizam a contrarreforma.

A luta pela Constituição há de desenvolver-se em duas frentes: a) na sua defesa contra as forças do retrocesso que não se conformam com conteúdo ideológico de transformações sociais nela incorporado e tentam por todas as formas recuperar o que perderam no processo constituinte, por meio de um processo de mudanças constitucionais; b) na participação ativa do processo político para refazer a realidade política que tem sido um fator que tolhe a sua eficácia social.

A Constituição oferece as bases, os pressupostos e os instrumentos de modernização; a prática política é que tem que coordenar os meios oferecidos para a consecução dos fins apontados na obra do constituinte. Como dito alhures, existe uma dificuldade contra majoritária no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que eles entrem em colisões, quem as interpreta e aplica também participa do seu processo de criação. Daí a crítica de que a jurisdição constitucional acaba por conferir aos juízes uma espécie de “poder constituinte permanente” ou até mesmo como legislador positivo, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas adotadas pelo legislador eleito. Essa visão levou inúmeras correntes de pensamento ao longo da história a rejeitarem a jurisdição constitucional, ou pelo menos o ativismo judicial no seu exercício.

Neste ponto, há profunda tensão potencial entre a jurisdição (constitucional) e a democracia. Se a imposição de limites para a decisão das maiorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero revela-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade de o povo se autogovernar. O problema se agrava quando a jurisdição constitucional passa a ser concebida como o fórum central para o equacionamento dos conflitos políticos, sociais e morais mais relevantes da sociedade, ou como a detentora do



poder de ditar a “última palavra” sobre o sentido da Constituição. Em outras palavras, a dificuldade democrática pode não vir do remédio – o controle judicial de constitucionalidade –, mas da sua dosagem. Para Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento<sup>13</sup>, eis que não existe uma fórmula universal, válida para todos os países e contextos. Ela depende de fatores contingentes, como grau de representatividade dos poderes políticos majoritários, sua performance na proteção dos direitos fundamentais e de minorias, a credibilidade e independência do sistema judicial, e a existência, no âmbito do Poder Judiciário, de uma cultura não elitista, aberta aos anseios dos grupos e camadas mais vulneráveis da população.

Não é democrático assumir uma posição paternalista, diante de uma sociedade infantilizada. E, se não é correto, no debate sob a legitimidade da jurisdição constitucional, idealizar o Legislativo como encarnação da vontade geral do povo, tampouco se deve cometer o mesmo erro em relação ao Judiciário, supondo que os juízes constitucionais sejam sempre agentes virtuosos e sábios, imunes ao erro, sem agenda política própria e preocupada apenas com a proteção dos direitos fundamentais, dos valores republicanos e dos pressupostos da democracia.

Portanto, é temeroso que o processo de judicialização da política atue contrariamente ao império da lei e seus fundamentos democráticos, especialmente quando se espera que os juízes das cortes supremas atuem como profetas, deuses do direito ou Hércules – para utilizar a designação estabelecida por Ronaldo Dworkin<sup>14</sup>. É tempo de ser cauteloso e vislumbrar o caminho seguro de retorno ao Estado Democrático de Direito no país, no âmbito do constitucionalismo democrático brasileiro que se pretende resgatar a força do direito, rompendo com a tradicional cultura jurídica da força através do Direito, pois a Constituição brasileira não pode ser tomada como uma ordem particular de valores e o processo de judicialização da política não deve exclusivamente invocar o domínio dos tribunais, em uma juristocracia ou supremocracia, nem defender uma ação individualista por parte do Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

- 
- 13 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 84.
  - 14 DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. Na tradução para o português: DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. Disponível em: [http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu\\_n9\\_cittadino.pdf](http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf).

DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norteamericana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GARRIDO, Alexandre (et. al.). A função legislativa do Supremo Tribunal Federal e os Partidos Políticos. Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. V. 1, n. 3 (Edição Especial), dez. 2008, Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, 2008.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira (Coord.). Lições de direito constitucional: em homenagem ao professor Jorge Miranda. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SARMENTO, Daniel (Coord.). Jurisdição constitucional e política. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. A justiça na sociedade do espetáculo: reflexões públicas sobre direito, política e cidadania. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? In: Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010.

\_\_\_\_\_. Nas escutas, juristas se revelam mais moristas do que o próprio Moro. Publicado em 21 de março de 2016. Disponível para acesso no site em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-21/lenio-streck-escutas-juristas-revelam-moristas-moro>.

\_\_\_\_\_. Ativismo judicial não é bom para a democracia. Disponível para acesso no site em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevistalenio-streck-procurador-justica-riogrande-sul>.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. A Constituição, a Assembleia Constituinte e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 1986.

VIEIRA, O. V. Supremocracia: vícios e virtudes republicanas. Valor Econômico. 06 de novembro de 2007.