

REVISTA DA
AGU

volume 15 nº 03 - Brasília-DF, jul./set. 2016

CLASSIFICAÇÃO — QUALIS B2

<http://seer.agu.gov.br>

Revista da da AGU	Brasília	v. 15	nº 03	p. 1-244	jul./set. 2016
-------------------	----------	-------	-------	----------	----------------

Revista da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 - Térreo -
CEP 70610-460 - Brasília/DF - Brasil. Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escolaagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Fábio Medina Osório

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO-SUBSTITUTO

Luís Carlos Martins Alves Júnior

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Paulo Henrique Kuhn	Secretário-Geral de Consultoria
Ronaldo Guimarães Gallo	Procurador-Geral Federal
Rodrigo Frantz Becker	Procurador-Geral da União
Fabício da Soller	Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Paulo Gustavo Medeiros Carvalho	Consultor-Geral da União
André Luiz de Almeida Mendonça	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Grégoire Moreira de Moura	Diretor
Pedro Vasques Soares	Vice-Diretor
Eduardo Fernandes de Oliveira	Coordenador Geral

ABNT(adaptação)/Diagramação: Niuza Lima /Gláucia Pereira

Capa: Niuza Lima

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU / Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes
Leal. - Brasília : EAGU, 2002.
v. ; 23 cm.

Quadrimestral: n.1, 2002-n.14, 2007. Trimestral: n.15, 2008-.

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes
Leal Advocacia-Geral da União (2002-n.6, abr.2005). Altera o título para: Revista da
AGU : Escola da Advocacia-Geral da União (n.7, ago. 2005-2007). Continuada com o
título: Revista da AGU (2008-).

Apartir de 2015 houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá
numeração 1-4 em todos os anos subsequentes.

ISSN 1981-2035

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 341.05
CDU 342(05)

Conselho Editorial

Grégore Moreira de Moura - DF Lênio Luiz Streck - RS
Pedro Vasques Soares - DF Mariana Filchtiner Figueiredo - RS
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy - SP Otávio Luiz Rodrigues Junior - SP
Bernardo Gonçalves Fernandes - MG Regina Linden Ruaro - RS
Fredie Didier Jr. - BA Rodolfo Viana Pereira - MG
Henrique Mouta Araújo - PA Thomas da Rosa Bustamante - MG
Jefferson Carús Guedes - DF

EDITOR CHEFE

Grégore Moreira de Moura - DF

VICE-EDITORES

Pedro Vasques Soares - DF
Jefferson Carús Guedes - DF

EDITORES ASSISTENTES

Gláucia Maria Alves Pereira
Niuza Gomes Barbosa de Lima

Pareceristas Nacionais

Alexandre Reis Siqueira Freire - DF	Douglas Henrique Marin dos Santos - DF	Luis Cláudio Martins de Araújo - RJ
Allan Carlos Moreira Magalhães - AM	Eduardo Rocha Dias - CE	Luiz Henrique Diniz Araújo - PE
Ana Alvarenga Moreira Magalhães - MG	Eliana Pires Rocha - ESP	Luís Carlos Martins Alves Jr. - DF
Andrea de Quadros Dantas Echeverria - DF	Elomar Lobato Bahia - ARG	Luís de Freitas Júnior - POR
André de Paiva Toledo - MG	Eugênio Battesini - RS	Marco Antonio Perez de Oliveira - SP
André Luiz Santa Cruz Ramos - DF	Fabiano André de Souza Mendonça - RN	Mariana Barbosa Cirne - DF
André Petzhold Dias - AM	Fernanda Menezes - DF	Márcio Carvalho Faria - RJ
Carlos Bolonha - RJ	Filipo Bruno Silva Amorim - RN	Natália Camba Martins - SP
Carlos José de Souza Guimarães - RJ	Flávia Danielle Santiago Lima - PE	Omar Bradley Oliveira de Sousa - PB
Carlos Marden Coutinho - CE	Flávio Couto Bernardes - MG	Oswaldo de Souza Santos Filho - SP
Carolina Yumi de Souza - SP	Flávio Roberto Batista - SP	Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo - RJ
Celso Hiroshi Iocohama - PR	Gabriel Prado Leal - DF	Raimundo Márcio Ribeiro Lima - RN
Cleyson de Moraes Mello - RJ	Guilherme Pereira Dolabella Bicalho - DF	Raphael Greco Bandeira - DF
Cláudia Ribeiro Pereira Nunes - RJ	Gustavo Augusto Freitas Lima - DF	Raphael Peixoto de Paula Marques - DF
Clóvis Juarez Kemmerich - RS	Gustavo Costa Nassif - MG	Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson - RN
Cristina Campos Esteves - MG	Icaro Demarchi Araujo Leite - ITA	Rodrigo Iennaco de Moraes - MG
Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva - MG	José Tadeu Neves Xavier - RS	Rosângela Maria Gomes - RJ
Dalton Santos Morais - ES	Judivan Juvenal Vieira - DF	Rui Magalhães Piscitelli - DF
Daniel Brantes Ferreira - RJ	Karla Margarida Martins Santos - DF	Valdirene Ribeiro de Souza Falcão - SP
Denise Lucena Cavalcante - CE	Leonardo Avelar Guimarães - MG	Verônica Lagassi - RJ
Dimitri Brandi de Abreu - DF	Leonardo Vizeu Figueiredo - RJ	

Pareceristas Internacionais

Gustavo Calvinho - ARG
Nicolás Rodríguez García - ESP
Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno - ESP

SUMÁRIO

AUTORES CONVIDADOS

- Trabalhando com uma Nova Lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro
Working with a New Logic: the rise of precedents in Brazilian law
Patrícia Perrone Campos Mello
Luís Roberto Barroso9
- Considerações e Reflexões Críticas sobre os Recentes Ataques Terroristas Sofridos pela França à Luz do Dilema entre Segurança Nacional e Proteção dos Direitos Humanos
Considerations and Critical Reflections Regarding the Recent Terrorist Attacks Suffered By France Under The National Security and Human Rights Protection Dilemma
Bernardo Gonçalves Fernandes
Juliana Ferreira Alvim Soares de Senna.....53

ARTIGOS

- Diferença Qualitativa entre Responsabilidade Civil, Penal e Administrativa e o Art. 6º da Lei Anticorrupção
Qualitative Difference Between Civil, Penal and Administrative Liability and the Article 6 of Brazilian Anti-Barberrry Law
André Amaral de Aguiar.....91
- Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.637/2011
Individual Limited Liability Company (EIRELI) and Directed Unconstitutionality Action (ADI) 4.637/2011
Carolina Iwancow Ferreira
Gabriel Marques Mostaço
Henrique Zigart Pereira
Nathan Cunha Dutra113
- O Interculturalismo Constitucional sob a Ótica da Crítica Popperiana do “Mito do Contexto”: sobre a possibilidade de diálogos multiconstitucionais
The constitutional interculturalism under optics the popperian criticism of the “contexto mith”: about the possibility of multiconstitutional dialogues
Lizziane Souza Queiroz Franco de Oliveira.....133
- O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro: o caso da medida cautelar nº 382/2010 – comunidades indígenas da bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil

<p><i>The Inter-American System for the Protection of Human Rights and Brazilian Law: the case of precautionary measure n° 382/2010 – indigenous communities of the Xingu River Basin, Pará, Brazil</i></p> <p>Marcelo Leandro Pereira Lopes</p> <p>Natália Ila Veras Pereira.....</p>	161
<p>Responsabilidade Civil e o Dano Existencial</p> <p><i>Liability and Damage Existential</i></p> <p>Poliana Vanucia de Paula Albuquerque.....</p>	201
<p>A Juridicidade Administrativa Contrária A Direitos Fundamentais no Processo Administrativo Sancionador: uma relativização inconstitucional do princípio da legalidade</p> <p><i>The Administrative Legal Action Contrary to Fundamental Rights in the Punitive Administrative Process: a unconstitutional removal the principle of legality</i></p> <p>Sandro Lucio Dezan</p> <p>Paulo Afonso Cavichioli Carmona</p>	221

EDITORIAL

Prezados Leitores, é com grande satisfação que apresentamos a terceira edição da Revista da AGU, referente ao trimestre julho/setembro de 2016.

Antes, porém, não poderíamos deixar de render homenagens a todos aqueles que contribuíram diuturnamente para o crescimento e a qualificação da nossa Revista, especialmente à ex-Diretora da Escola da AGU, Dra. Juliana Sahione Mayrink Neiva, que nos últimos cinco anos se dedicou com afinho e comprometimento a este periódico. Durante este período, a Revista da AGU tornou-se um periódico respeitado em toda a comunidade jurídica, alcançando todos os operadores do Direito, além de ser referência nacional em matéria de Direito Público.

Como se não bastasse, houve a conquista do Estrato B1, reconhecimento pela CAPES da qualidade dos artigos nela publicados, bem como a criação de uma nova identidade visual para o periódico. É por este trabalho tão dedicado e pelo esforço para atingir o padrão de qualidade da Revista da AGU, que reservamos este parágrafo, para demonstrar nossa sincera gratidão pelos resultados alcançados.

A edição número 3 de 2016, da Revista da AGU, apresenta oito artigos de diversos temas instigantes, sendo dois artigos de autores convidados e seis oriundos das análises realizadas pelo Corpo de Pareceristas do periódico.

Destacamos, como primeiro artigo de autores convidados, o escrito da professora Patrícia Perrone Campos Mello em coautoria com o Ministro do Supremo Tribunal Federal e professor Doutor Luís Roberto Barroso. O trabalho examina a trajetória de valorização da jurisprudência como fonte do Direito no Brasil, os institutos essenciais para operação com precedentes vinculantes e os desafios a serem enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal nesta nova realidade.

O segundo artigo também foi escrito por dois autores: o professor Bernardo Gonçalves Fernandes e a pesquisadora Juliana Ferreira Alvim Soares de Senna. Neste trabalho, que discute a proteção dos Direitos Humanos, os autores analisam as questões jurídico-políticas que permeiam os ataques terroristas sofridos pela França em novembro de 2015, especificamente no que tange a medidas de contraterrorismo.

Com relação aos artigos aprovados pelos avaliadores, o primeiro trabalho aborda um tema interessante sobre a existência de uma diferença qualitativa entre as responsabilidades civil, penal e administrativa e as penas previstas no Art. 6º da Lei Anticorrupção.

O segundo artigo trata da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), nova modalidade de pessoa jurídica de direito

privado, criado pela Lei 12.441/2011. Os autores pretendem compreender a limitação patrimonial dada ao pequeno empresário, no tocante à necessária integralização do capital social referente a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente e as motivações que embasaram a ADI 4.637/2011.

No terceiro artigo, o autor analisa algumas teorias que buscam explicar a verdade como um dado absoluto ou relativo, investigando, especificamente, a teoria relativista e a sua respectiva crítica formulada por Karl Popper.

Os autores do quarto artigo discutem a insegurança gerada pelo descontentamento de alguns Países Membros do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos em face de recentes decisões de órgãos deste sistema. No Brasil, especificamente, analisou-se a Medida Cautelar nº 382/2010, expedida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que solicitou a suspensão imediata das obras da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte da Bacia do Rio Xingu no Pará, em prol dos direitos humanos dos povos indígenas.

Sentindo uma escassa exploração por parte da doutrina brasileira, a autora do quinto artigo busca fazer uma análise acerca da evolução da responsabilidade civil e o conceito, requisitos, características e princípios que circundam o instituto do dano existencial, contribuindo, dessa forma, para estreitar os debates e estudos a respeito do tema.

No sexto e último artigo desta edição, os autores investigam a paulatina relativização do princípio da legalidade administrativa processual ditada pela aplicação da noção de juridicidade administrativa, a influenciar a concepção de “*pas de nullité sans grief*”, sob a premissa de emprego da instrumentalidade das formas como mecanismo jurídico de legitimação das ilegalidades dos atos administrativos processuais.

A nova direção da Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, bem como a nova editoria da Revista da AGU agradece e cumprimenta a todos que participaram e participam na construção deste importante canal de difusão de conhecimento jurídico, especialmente aos autores, o Corpo de Parecerista e, principalmente, os leitores, esperando sempre contar com o apoio de toda a comunidade jurídica na sua divulgação e desenvolvimento.

Por fim, convidamos a todos para a leitura da Revista da AGU, aduzindo também que temos a versão eletrônica, disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

Grégore Moreira de Moura
Diretor da Escola da AGU
Editor Chefe da Revista da AGU

TRABALHANDO COM UMA NOVA LÓGICA: A ASCENSÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

*WORKING WITH A NEW LOGIC: THE RISE OF PRECEDENTS IN
BRAZILIAN LAW*

*Patrícia Perrone Campos Mello¹
Luís Roberto Barroso²*

SUMÁRIO: Introdução: Ascensão do Poder Judiciário; expansão do acesso à justiça e jurisdição de massa no Brasil; 1 A aproximação entre o sistema romano-germânico e o *common law*; 2 A evolução do papel da jurisprudência no Brasil; 3 A eficácia dos precedentes judiciais no Direito brasileiro; 4 Três razões para a adoção de um sistema de precedentes vinculantes;

1 Procuradora do Estado do Rio de Janeiro - Assessora do Ministro do Supremo Tribunal Federal
Professora do Centro Universitário de Brasília - UniCeub - Mestre e doutora pela UERJ - E-mail:
pcamposmello@uol.com.br

2 Ministro do Supremo Tribunal Federal - Professor titular da UERJ - Professor do Centro
Universitário de Brasília - UniCeub - Mestre pela Universidade de Yale - Doutor e Livre-Docente pela
UERJ - Pós-Doutor pela Universidade de harvard - E-mail: gabmlrb@stf.jus.br

5 Categorias fundamentais para a operação com precedentes no *common law*; 6 Categorias importantes para a operação com precedentes no Brasil; 6.1 Eficácia (não) transcendente dos motivos determinantes: como fica?; 6.2 Tese vinculante, questão de direito, fundamentos determinantes e distinção no CPC/2015; 7 Primeiras notas sobre dificuldades a serem superadas pelo Supremo Tribunal Federal na operação com precedentes vinculantes; 8 Conclusão; Referências.

RESUMO: A ascensão institucional do Poder Judiciário, a judicialização decorrente da abrangência da Constituição de 1988 e a massificação do acesso à justiça impõem a otimização do tempo e dos recursos humanos e materiais postos à disposição das cortes. É nesse contexto que se dá a instituição de um amplo sistema de precedentes vinculantes pelo Código de Processo Civil de 2015. Entretanto, a operação com precedentes demanda o domínio de técnicas de decisão e de categorias com as quais os juízes brasileiros, de formação romano-germânica, não têm total familiaridade. O presente artigo examina a trajetória de valorização da jurisprudência como fonte do Direito no Brasil, os institutos essenciais para operação com precedentes vinculantes e os desafios a serem enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal nesta nova realidade.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes. Ratio Decidendi. Obiter Dictum. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The institutional rise of the Judiciary Power, the increase of litigation as a consequence of the broadness of the 1988 Brazilian Constitution and the general growth of judicial claims demand a rational use of time, human and material resources available to courts. This is the scenario in which the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure creates a binding precedent system. The operation with binding precedents demands knowledge of decisional technics and concepts that Brazilian judges, formed in a roman-germanic legal system, are not familiar with. This paper examines the progressive relevance of case law as a source of Brazilian law, the institutes deemed essential for dealing with binding precedents and the challenges faced by the Brazilian Supreme Court in this new reality.

KEYWORDS: Precedents. Ratio Decidendi. Obiter Dictum. Brazilian Supreme Court.

INTRODUÇÃO: ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO, EXPANSÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E JURISDIÇÃO DE MASSA NO BRASIL

O Poder Judiciário, em todo o mundo, vive um momento de ascensão institucional. Este é um fenômeno que tem início após a 2ª Guerra Mundial: boa parte dos países democráticos se deu conta da importância de um Judiciário forte e independente para a garantia dos direitos fundamentais e para a preservação das regras do jogo democrático. Juízes e tribunais, assim, deixam de ser órgãos técnicos especializados do Estado e se convertem, progressivamente, em integrantes de um verdadeiro poder político. Essa ascensão do Poder Judiciário foi, em ampla medida, contemporânea de um certo desencanto com a política majoritária, acossada por múltiplas vicissitudes e distorções. No Brasil pós-1988, o maior prestígio e visibilidade do Poder Judiciário foi potencializado por uma constituição abrangente e detalhada, que em medida significativa estimulou a judicialização da vida.

A massificação do acesso à justiça modificou de maneira inelutável o perfil da atuação de juízes e tribunais. Nas últimas décadas, criaram-se novos direitos, ações e tribunais. No plano dos direitos, podem-se destacar a proteção do consumidor, a tutela do meio-ambiente e a promoção da saúde. No tocante às ações judiciais, foram introduzidos tanto processos objetivos – *e.g.* ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental – quanto ações subjetivas, aí incluídos a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e as diferentes possibilidades processuais de tutela de direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos. No plano estrutural, foram criados os juizados especiais, expandindo exponencialmente a chance de cada cidadão obter pronunciamentos judiciais, independentemente da expressão pecuniária de sua pretensão. Uma das consequências do fenômeno aqui descrito foi a multiplicação de órgãos judiciais, espalhados capilarmente por todo o país. De acordo com a Associação dos Magistrados Brasileiros, o Brasil possui cerca de 16 mil juízes.

A massificação, como intuitivo, reduz a atenção individual que juízes de todos os graus de jurisdição podem dar a cada processo, impondo a otimização do tempo, dos recursos humanos e dos materiais disponíveis. Esta não é uma escolha comportamental ou filosófica, mas uma inevitabilidade dos tempos modernos, das sociedades de massas contemporâneas. O juiz tradicional, que tecia como artesão cada sentença, ficou reservado para as hipóteses excepcionais de casos com complexidades e peculiaridades que refogem ao padrão usual. Juízes nos dias atuais trabalham com assessores, modelos e fórmulas pragmáticas de atuação e construção de decisões.

Neste novo universo, a entrega de justiça se dá pela sinergia de órgãos e de instâncias diversas, de modo a evitar retrabalho, como, por exemplo, pelo aproveitamento da fundamentação e de teses de julgamento desenvolvidas pelos tribunais. É nesse ambiente que o papel da jurisprudência e o uso pragmático de precedentes se tornam indispensáveis para a entrega de uma prestação jurisdicional que possa conciliar justiça do caso concreto com duração razoável do processo. Trabalhar com precedentes, todavia, exige o domínio de conceitos, técnicas de decisão e categorias que não fazem parte da rotina de juízes formados na tradição romano-germânica. Este é o tema do presente artigo.

1 A APROXIMAÇÃO ENTRE O SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO E O COMMON LAW

O tratamento conferido à jurisprudência pelo direito ocidental varia de acordo com dois grandes sistemas de direito: o sistema romano-germânico e o *common law*. O sistema romano-germânico, que predominou na Europa continental, tem a lei como principal fonte do direito. A norma jurídica constitui um comando geral e abstrato, que se propõe a abranger, em sua moldura, uma variedade de casos futuros. A sua aplicação firma-se em um raciocínio dedutivo, que parte do comando geral para regular a situação particular. Neste sistema, as decisões judiciais, geralmente, não produzem efeitos vinculantes para o julgamento de casos futuros³ e, por isso, afirma-se que, como regra, desempenham um papel secundário como fonte do direito. Podem influenciar a sua compreensão, podem inspirar iniciativas legislativas, mas não geram direito novo, funcionando como fontes mediatas de novas normas.

No *common law*, típico dos países de colonização anglo-saxã, tem-se a situação inversa. As decisões judiciais são a principal fonte do direito e produzem efeitos vinculantes e gerais. A norma de direito corresponde ao comando extraído de uma decisão concreta, que será aplicado, por indução, para solucionar conflitos idênticos no futuro. Ela é determinada a partir do

3 Todas as decisões judiciais produzem efeitos vinculantes. Quando tais efeitos obrigam apenas às partes do caso concreto, afirma-se que os efeitos são vinculantes e inter partes; quando a orientação firmada em um julgado tem de ser observada nos demais casos futuros e idênticos, afirma-se que produzem efeitos vinculantes e gerais (*erga omnes*). Entretanto, o jargão jurídico vem utilizando a expressão efeito ou precedente vinculante para referir-se a esta segunda categoria de precedentes, cujos efeitos obrigatórios ultrapassam o caso concreto e equivalem aos efeitos dos *binding precedents* do *common law*. Trata-se de uso menos técnico, porém consolidado na comunidade jurídica. Por essa razão, a menção a efeitos ou a precedentes vinculantes neste trabalho designará sempre aqueles entendimentos que firmam orientações gerais obrigatórias para o futuro. V., neste sentido: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. p. 160-161 e 235-248.

problema e deve ser compreendida à luz dos seus fatos relevantes. É mais fragmentada, ligada às particularidades da demanda e à justiça do caso concreto; é menos voltada a produzir soluções abrangentes e sistemáticas. O uso da lei como fonte do direito no *common law* é menos usual do que no direito romano-germânico.

Esses sistemas não evoluem, contudo, de forma estanque. Ao contrário, há relativo consenso de que se encontram em processo de aproximação. O triunfo das ideias democráticas, a assunção de certos compromissos internacionais e a necessidade de implementar mudanças sociais rápidas são fatores que contribuíram historicamente para uma maior produção de norma legislada em países do *common law*⁴.

Assistiu-se, assim, à promulgação, na Inglaterra, da Lei de Direitos Humanos de 1998 (*Human Rights Act*), que permitiu, de forma inédita no sistema inglês, a declaração de incompatibilidade de normas internas com os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos⁵. Aprovou-se a Lei de Reforma Constitucional de 2005 (*Constitutional Reform Act*), pela qual se criou a Suprema Corte do Reino Unido⁶, situada fora do Parlamento, a fim de reproduzir o sistema tradicional de tripartição de poderes adotado pela Comunidade Europeia⁷. E, entre 2014 e 2015, uma série de reformas promovidas por lei tornaram possível a aposentadoria, a suspensão e a exclusão de membros da *House of Lords*, bem como previram a nomeação preferencial, pelo prazo de dez anos contados do início de vigência da norma, de sacerdotes mulheres para a posição de lordes espirituais⁸.

Nos Estados Unidos, a título de ilustração, foi editada, em 2010, uma importante reforma do sistema de saúde, por meio da Lei de Proteção ao Paciente e de Tratamento a Custo Acessível (*Patient Protection and Affordable Care Act*), que ficou conhecida como *Obama Care*, com o propósito

4 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 434-435.

5 Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>> (Seção 4). Acesso em: 16 maio 2016.

6 Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents>> (Parte 3). Acesso em: 16 maio 2016.

7 A House of Lords, que funcionara como a corte superior do Reino Unido até outubro 2009, integrava o Parlamento, o que gerava certo desconforto quanto ao respeito à concepção tradicional de separação de poderes.

8 V. Lei de Reforma da House of Lords de 2014 (House of Lords Reform Act 2014), Seção 1 da Lei de Expulsão e Suspensão de Membros da House of Lords de 2015 (House of Lords Expulsion and Suspension Act 2015) e Seção 1 da Lei de Lordes Espirituais Mulheres de 2015 (Lords Spiritual Women Act 2015). Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/14/contents/enacted/data.html>> e <<http://services.parliament.uk/bills/2014-15/lordsspiritualwomen.html>>. Acesso em: 16 maio 2016.

de implementar rápidas mudanças sociais no acesso aos serviços de saúde e de reduzir seus custos⁹.

Já no que respeita aos países de direito romano-germânico, constata-se, hoje, uma tendência indiscutível a conferir efeitos vinculantes e gerais às decisões judiciais proferidas pelas cortes constitucionais. Essa tendência pode ser constatada, exemplificativamente, nos efeitos atribuídos aos julgados das cortes constitucionais da Alemanha, da Itália e da Espanha¹⁰, todas produtoras de precedentes vinculantes, e, porque não, na eficácia atribuída às próprias decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), como se verá a seguir.

2 A EVOLUÇÃO DO PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL

O processo de valorização da jurisprudência no Brasil pode ser compreendido em três perspectivas ou etapas: i) o avanço do controle concentrado da constitucionalidade; ii) a valorização da jurisprudência por meio das normas infraconstitucionais que progressivamente alteraram o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973); iii) a criação de um novo sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro, pelas normas integrantes da Lei nº 13.105/2015, nosso Novo Código de Processo Civil (CPC/2015)¹¹.

2.1 O Avanço do Controle Concentrado da Constitucionalidade

O ordenamento constitucional brasileiro alberga dois modelos de controle da constitucionalidade¹². Há, primeiramente, o modelo difuso, de inspiração norte-americana, no qual o controle de constitucionalidade pode ser desempenhado por todo e qualquer juiz de todos os graus de jurisdição.

9 Disponível em: <<http://housedocs.house.gov/energycommerce/ppacacon.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

10 ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 26-27; TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.), op. cit., p. 154-155; RUIZ MIGUEL, Alfonso; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.), op. cit., p. 272.

11 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015; MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 11-60; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e Jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no Direito brasileiro contemporâneo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 11-37. V., ainda, sobre o tema, os votos proferidos pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki no julgamento da Reclamação 4335 (Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJE, 20.10.201).

12 BARROSO, op. cit., p. 23-90.

Nele, o exame da constitucionalidade ocorre em caráter incidental, no âmbito de um caso concreto, como questão prejudicial à decisão do mérito da causa; pode se iniciar em primeiro grau de jurisdição e chegar até o STF por meio de recurso extraordinário. Os entendimentos produzidos pelo STF sobre matéria constitucional, neste primeiro modelo, tradicionalmente, obrigavam apenas às partes do caso.

Em paralelo, há, ainda, o controle concentrado da constitucionalidade, de inspiração europeia, que confere exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar ações diretas. O pedido principal de tais ações consiste, em regra, na aferição da (in) constitucionalidade da norma, em tese, perante a Constituição Federal¹³. Trata-se de processo abstrato e objetivo, no qual não se debatem direitos subjetivos, mas, ao revés, busca-se essencialmente preservar a higidez da ordem constitucional. As decisões proferidas pelo STF nesta sede produzem entendimentos – pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma – a serem obrigatoriamente observados pelos demais órgãos judiciais e pela administração pública. Por isso se diz que os julgados proferidos em sede concentrada dão ensejo à produção de precedentes vinculantes¹⁴.

A Constituição de 1988 potencializou o uso das ações diretas com inovações diversas, que compreenderam: a) maior autonomia reconhecida ao Procurador-Geral da República, nomeado para mandato certo e não mais sujeito à exoneração *ad nutum*; b) ampliação do elenco de órgãos e entidades com legitimação para proporem ações diretas; e c) ampliação dos instrumentos de deflagração de controle concentrado, com a inclusão da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e da arguição de descumprimento de preceitos fundamentais (ADPF), esta última, inicialmente, sem contornos definidos. Por fim, a Emenda Constitucional nº 3/1993 criou a ação declaratória da constitucionalidade (ADC).

Na sequência, a Lei nº 9.868/1999 regulamentou a ADI, a ADO e a ADC, explicitando que as decisões proferidas nestas ações, inclusive aquelas que procediam à interpretação conforme a Constituição e à declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, produziram efeitos vinculantes e gerais em relação aos órgãos judiciais e à administração

13 Há, contudo, exceções. A ação direta interventiva, por exemplo, é uma ação direta que integra o controle concentrado da constitucionalidade. Entretanto, a questão constitucional nela versada - violação a algum princípio constitucional sensível - constitui uma questão prejudicial ao julgamento do mérito (BARROSO, op. cit., p. 372-375).

14 Ibidem, p. 235-250.

pública¹⁵. A Lei nº 9.882/1999 regulamentou a ADPF como mais uma ação componente do sistema de controle concentrado da constitucionalidade. Por fim, a Emenda Constitucional nº 45/2004 estabeleceu a possibilidade de edição de súmula vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, que refletisse o entendimento defendido pelo Supremo em reiteradas decisões sobre matéria constitucional, tornando sua observância obrigatória para o Judiciário e para a administração pública¹⁶.

Tais normas já indicavam que uma ampliação gradual e permanente do sistema de controle concentrado da constitucionalidade brasileiro estava em curso, o que naturalmente importava na expansão dos precedentes vinculantes em sede constitucional.

2.2 A Valorização da Jurisprudência por Meio das Normas Infraconstitucionais que Progressivamente Alteraram o CPC/1973

Paralelamente ao movimento descrito acima, o Código de Processo Civil de 1973 vinha sendo objeto de uma série de alterações pontuais que conferiam maior eficácia à jurisprudência consolidada nos tribunais. Nessa linha, a Lei nº 9.756/1998 permitiu que o relator inadmitisse, monocraticamente, recursos em confronto com súmulas ou com a jurisprudência consolidada nos tribunais superiores, ou que desse provimento aos apelos compatíveis com tais precedentes¹⁷; e estabeleceu a desnecessidade de submissão da arguição incidental de inconstitucionalidade de uma norma ao plenário dos tribunais, quando já houvesse pronunciamento da Corte Constitucional ou do próprio tribunal a seu respeito¹⁸.

A Lei nº 10.352/2001 dispensou o duplo grau obrigatório de jurisdição em decisões contra a Fazenda Pública que estivessem em consonância com jurisprudência do plenário do STF ou com súmula deste ou do tribunal superior competente¹⁹. A Lei nº 11.232/2005 criou os embargos desconstitutos da coisa julgada incompatível com a Constituição à luz da jurisprudência do STF²⁰. Em 2006, editou-se a Lei nº 11.418, que regulamentou a exigência, estabelecida pela EC 45/2004,

15 Lei 9868/1999, art. 28, par. único.

16 CF/88, art. 103-A, com redação conferida pela EC 45/2004.

17 Cf. redação atribuída pela Lei nº 9.756/1998 ao art. 557, caput e §1º, CPC.

18 Cf. redação atribuída pela Lei nº 9.756/1998 ao art. 481, parágrafo único, CPC.

19 Cf. art. 475, §3º, CPC, incluído pela Lei nº 10.352/2001.

20 Cf. redação dos art. 475-L, inc. II e § 1º, CPC e art. 741, parágrafo único, CPC, dada pela Lei nº 11.232/2005.

de “repercussão geral” como requisito necessário ao conhecimento do recurso extraordinário; e determinou-se que tal requisito estaria presente quando o acórdão contrariasse preceitos sumulados ou entendimentos consolidados na Corte Constitucional²¹.

A mesma Lei nº 11.418/2006 criou um procedimento especial para o julgamento de recursos extraordinários repetitivos, que previa que a orientação firmada pela Corte Constitucional sobre o mérito da questão, em um caso paradigma, abriria para o tribunal de origem a possibilidade de declarar prejudicados apelos idênticos nele sobrestados ou de se retratar de suas decisões anteriores, objeto de outros recursos extraordinários que ali se encontrassem, sob pena de, não o fazendo, tê-las liminarmente cassadas ou reformadas no STF²². Posteriormente, o procedimento especial para julgamento de recursos repetitivos foi replicado para recursos especiais apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça e para recursos de revista julgados no Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Lei nº 11.672/2008²³ e da Lei nº 13.015/2014²⁴, respectivamente.

A lógica do procedimento para julgamento de recursos repetitivos estava justamente em produzir um sistema pelo qual os precedentes firmados pelos tribunais superiores fossem replicados pelas demais instâncias judiciais. Entretanto, na prática, tais precedentes nem sempre foram voluntariamente observados pelos juízos inferiores. E os tribunais superiores entenderam que seu descumprimento não poderia ser corrigido por meio de reclamação, diferentemente do que ocorria nos casos de violação a súmulas vinculantes ou a julgados oriundos do controle concentrado, em que a reclamação era cabível por disposição constitucional expressa²⁵.

Nesse ponto, a inexistência de uma medida que permitisse cassar, de forma rápida, o entendimento divergente das decisões das cortes

21 Cf. art. 543-A, §3º, CPC, introduzido pela Lei nº 11.418/2006.

22 Cf. art. 543-B, §3º, CPC, introduzido pela Lei nº 11.418/2006.

23 CPC/1973, art. 543-C, inserido pela Lei 11.672/2008.

24 CLT, arts. 896-B e 896-C, inseridos pela Lei 13.015/2014.

25 V., no que respeita ao STF: Pleno, Rcl 7569, rel. Min. Ellen Gracie, DJe, 11.12.2009; Rcl 10.973, rel. Min. Ellen Gracie, DJe, 06.06.2011; Segunda Turma, Rcl 17036 AgR, rel. Min. Teori Zavascki, DJe, 27.04.2016; Segunda Turma, Rcl 16245 AgR-ED, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe, 01.09.2015; Segunda Turma, Rcl 17914 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe, 04.09.2014; no que respeita ao STJ: Primeira Seção, AgRRcl 25.299, rel. Min. Sérgio Kukina, DJe, 04.12.2015; Segunda Seção, AgRRcl 22.505, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe, 15.04.2015; Primeira Seção, AgRRcl 15.473, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe, 01.09.2014. Na verdade, havia grande preocupação com o volume de reclamações que poderia ser recebido pelos tribunais superiores, caso afirmassem a sua admissibilidade, e produziu-se, então, um entendimento defensivo.

superiores proferidas em recursos repetitivos comprometeu, em parte, a efetividade do procedimento especial para julgamento destes recursos, comprovando a importância da reclamação para criar uma cultura de respeito aos precedentes. A correção da decisão divergente por meio do sistema recursal tradicional encontrava as dificuldades já conhecidas: morosidade, em virtude do grande volume de recursos pendentes nos tribunais e da necessidade de passar pelas demais instâncias para acessar o STF; e incerteza, tendo em vista os muitos filtros defensivos utilizados pelas cortes para reduzir seu volume de recursos e a necessidade de julgarem um quantitativo muito alto de casos, comprometendo-se a qualidade da tutela jurisdicional que prestavam.

Todos os aludidos avanços, em sede infraconstitucional, indicavam uma persistente inclinação a atribuir às decisões judiciais efeitos para além do caso específico, bem como uma tendência a conferir efeitos expansivos também aos precedentes oriundos do controle difuso da constitucionalidade.

2.3 A Criação de um Novo Sistema de Precedentes Vinculantes pelo CPC/2015

A trajetória descrita acima completou-se com o Novo Código de Processo Civil. Nele se instituiu um sistema amplo de precedentes vinculantes, prevendo-se a possibilidade de produção de julgados com tal eficácia não apenas pelos tribunais superiores, mas igualmente pelos tribunais de segundo grau. Nessa linha, o art. 927 do novo Código definiu, como entendimentos a serem obrigatoriamente observados pelas demais instâncias: (i) as súmulas vinculantes, (ii) as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado da constitucionalidade, (iii) os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, (iv) os julgados dos tribunais proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva e (v) em incidente de assunção de competência, (vi) os enunciados da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ e (vii) as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes de segundo grau.

Entre tais institutos, dois eram absolutamente novos e foram concebidos pelo CPC/2015: os incidentes de resolução de demanda repetitiva e de assunção de competência. O incidente de resolução de demanda repetitiva corresponde a um procedimento especial para julgamento de caso repetitivo que pode ser instaurado em segundo grau de jurisdição. O incidente de assunção de competência possibilita que o julgamento de relevante questão de direito, com grande repercussão social, que não se repita em diferentes processos, seja apreciado por órgão específico,

indicado pelo regimento interno do tribunal. Em ambos os casos, as decisões proferidas em segundo grau produzirão efeitos vinculantes.

O art. 988 do novo Código previu, por sua vez, a possibilidade de utilização da reclamação para cassar decisões divergentes de todos os entendimentos e precedentes indicados como obrigatórios pelo art. 927, ressalvados apenas as hipóteses de descumprimento de súmulas simples e de orientações firmadas pelo pleno e pelos órgãos especiais dos tribunais. Portanto, como já ocorria nos casos de súmulas vinculantes, as decisões divergentes de entendimentos firmados em repercussão geral e em recursos extraordinários e especiais repetitivos, desde que exauridas as instâncias ordinárias, poderão ser cassadas por meio de reclamação. O mesmo passou a ser possível em casos de julgados em desacordo com decisões produzidas em incidente de resolução de demanda repetitiva e em incidente de assunção de competência²⁶.

3 A EFICÁCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Os Tipos de Eficácia: Eficácia Persuasiva, Eficácia Normativa e Eficácia Intermediária

Diante das considerações acima, pode-se afirmar que os precedentes judiciais, no direito brasileiro, produzem três espécies de eficácia²⁷. Há, primeiramente, os *precedentes com eficácia meramente persuasiva*. Esta é a eficácia que tradicionalmente se atribuía às decisões judiciais em nosso ordenamento, em razão de sua própria raiz romano-germânica. Os julgados com essa eficácia produzem efeitos restritos às partes e aos feitos em que são afirmados, são relevantes para a interpretação do direito, para a argumentação e para o convencimento dos magistrados; podem inspirar o legislador; e sua reiteração dá ensejo à produção da jurisprudência consolidada dos tribunais. São, contudo, fonte mediata ou secundária do direito.

²⁶ É válido observar, contudo, que, na hipótese de precedentes vinculantes criados pelo novo Código – julgados produzidos em repercussão geral, nos casos repetitivos e em incidente de assunção de competência –, os efeitos vinculantes não obrigam a administração pública, diferentemente do que ocorre com as súmulas vinculantes e com as decisões proferidas em controle concentrado, em que disposição constitucional expressa prevê que também a administração pública está obrigada a seu cumprimento, sob pena de ter seu ato cassado por reclamação proposta diretamente no STF (CF/88, art. 102, § 2º, e art. 103-A).

²⁷ A classificação proposta a seguir inspira-se em MELLO, op. cit., p. 61-112. Para outras classificações, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; MACCORMICK; SUMMERS, op. cit., p. 554-555; SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Judiciário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 75, p. 5-20, jul./set. 1985.

Há, no outro polo, os *precedentes normativos* em sentido forte, correspondentes aos julgados e entendimentos que devem ser obrigatoriamente observados pelas demais instâncias e cujo desrespeito enseja reclamação. Nos países do *common law*, um instrumento como a reclamação é prescindível para que a eficácia normativa se torne efetiva. O respeito aos *binding precedents* é pressuposto e tradição do sistema. A experiência mostrou, contudo, que não é isso o que ocorre no Brasil. O cabimento de reclamação é essencial, em nosso sistema, para a efetividade do respeito ao precedente. Não há, aqui, tradição neste sentido. Ao contrário, há mesmo alguma resistência em aceitar a ampliação dos precedentes vinculantes, por se considerar que estes interferem indevidamente na independência e no livre convencimento dos juízes. E a correção das decisões que violam os precedentes judiciais pelo sistema recursal tradicional pode levar muitos anos. Consequentemente, só é possível falar em eficácia normativa forte, por ora, para aqueles casos em que é cabível a reclamação²⁸.

Há, ainda, em nosso sistema, um conjunto de julgados que produzem uma *eficácia intermediária*. Não são dotados de eficácia meramente persuasiva porque o próprio ordenamento lhes atribui efeitos para além dos casos em que foram produzidos, em favor ou desfavor de quem não era parte nestes, ou, ainda, porque o próprio direito determina expressamente que a observância dos entendimentos proferidos em tais julgados é obrigatória. Não é possível, por outro lado, afirmar que tais precedentes produzem eficácia normativa em sentido forte porque a lei não permite o uso de reclamação, em caso de desrespeito à orientação neles traçada. Esta terceira categoria é residual. Abriga, por isso, decisões judiciais com eficácia heterogênea que produzem efeitos impositivos em diferentes graus.

28 MELLO, op. cit., p. 61-68. No mesmo sentido, Wambier, Conceição, Silva Ribeiro e Torres de Mello afirmam: "Há a obrigatoriedade que poderíamos chamar de forte – se não respeitada cabe, para a correção da decisão que a desrespeitou, um remédio especificamente concebido com esta finalidade. Infelizmente, no Brasil, este parece ser o único caso em que se considera realmente haver obrigatoriedade. Um bom exemplo é o cabimento de reclamação contra decisão que desrespeita acórdão do STJ ou do STF, em julgamento de casos repetitivos" (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1315-1318 e 1413-1421). Na mesma linha, ainda, v. Marinoni, Arenhart e Mitidiero: "[A]té que as Cortes Supremas, as Cortes de Justiça e os juízes de primeiro grau assimilem uma cultura jurídica de verdadeiro respeito ao precedente judicial, é imprescindível que se admita a reclamação com função de outorga de eficácia de precedente. E foi com esse objetivo deliberado que o novo Código ampliou as hipóteses de cabimento da reclamação." (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 920)

3.2 A Eficácia dos Precedentes Judiciais na Vigência do CPC/1973

A partir das categorias acima, pode-se afirmar que, na vigência do CPC/1973, as decisões proferidas pelos juízos de primeiro grau e pelos tribunais produziam eficácia meramente persuasiva. Os entendimentos firmados nessas decisões obrigavam apenas as partes do processo e não determinavam como seriam julgados casos futuros, embora pudessem contribuir argumentativamente para a defesa da aplicação de solução semelhante em demandas análogas. No outro polo, as súmulas vinculantes e os acórdãos proferidos em controle concentrado eram dotados de eficácia normativa. De acordo com determinação constitucional expressa, as decisões que os desrespeitassem seriam cassadas, de forma imediata, por meio de reclamação. Não seria preciso, portanto, aguardar a sua correção pela via recursal tradicional, sujeita a delongas e incertezas²⁹.

Por fim, a jurisprudência consolidada nos tribunais, as súmulas simples e as decisões do pleno dos tribunais que declarassem a inconstitucionalidade de uma norma eram dotadas de eficácia intermediária. Nos dois primeiros casos, permitiam a inadmissão ou o provimento monocrático de recursos contra decisões que se harmonizassem ou que conflitassem com a orientação neles firmada. No último caso, dispensavam nova submissão da questão constitucional ao plenário para a afirmação da inconstitucionalidade da mesma norma. Entretanto, tais entendimentos não tinham de ser obrigatoriamente observados³⁰.

Até mesmo as decisões proferidas em repercussão geral e em recurso extraordinário repetitivo, à luz do CPC/1973, eram dotadas de uma eficácia intermediária, mesmo que com nível impositivo um pouco diferenciado das anteriores. Diferentemente do que ocorria com a jurisprudência consolidada nos tribunais ou com as súmulas simples, a observância dos entendimentos firmados em repercussão geral era *obrigatória* mesmo à luz do antigo Código. Tais entendimentos deveriam ser seguidos pelos tribunais, sob pena de serem os acórdãos divergentes cassados ou reformados liminarmente, na dicção da norma processual³¹.

Entretanto, na prática, o STF e o STJ entendiam ser incabível o ajuizamento de reclamação para provocar tal cassação. Assim, para reverter

29 MELLO, op. cit., p. 74-112.

30 Ibidem, p. 74-112.

31 CPC/1973, art. 543, §4º, com redação conferida pela Lei 11.418/2006: "Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada".

a decisão divergente, a parte ficava na dependência da admissão do recurso extraordinário ou do recurso especial pelo tribunal de origem - o mesmo que se recusava a aceitar a orientação firmada nos tribunais superiores. Tais recursos tendiam a ser inadmitidos. Era preciso então lançar mão do recurso de agravo contra despacho denegatório de recurso extraordinário ou de recurso especial. O caso passava a integrar o volumoso acervo de casos repetitivos e/ou de recursos inadmitidos dos tribunais superiores e podia permanecer por anos aguardando uma decisão. Portanto, ainda que a lei determinasse a observância dos precedentes firmados em repercussão geral, as cortes não conferiam efetividade plena a este mandamento. Tratava-se, assim, de precedentes normativos em sentido fraco.

Portanto, à luz do CPC/1973, os precedentes dotados de efeitos normativos fortes eram raros.

3.3 A Eficácia dos Precedentes Judiciais à Luz do CPC/2015

A eficácia das decisões judiciais foi substancialmente alterada pelo CPC/2015. Permaneceram dotadas de *eficácia persuasiva* as decisões proferidas pelos juízos de primeiro grau. O mesmo ocorreu com os acórdãos dos tribunais em geral, desde que proferidos em casos não sujeitos a incidente de resolução de demanda repetitiva ou ao incidente de assunção de competência.

Por outro lado, são dotados de *eficácia normativa em sentido forte*: as súmulas vinculantes, os julgados produzidos em controle concentrado da constitucionalidade, os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, as orientações oriundas do julgamento de incidente de resolução de demanda repetitiva e de incidente de assunção de competência. O desrespeito a esses precedentes enseja a sua cassação, por meio de reclamação, junto à corte que o proferiu, nos termos do art. 988 do CPC³².

Produzem *eficácia intermediária* ou *eficácia normativa em sentido fraco* os enunciados da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ sobre matéria constitucional e infraconstitucional, respectivamente, e as

32 MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. *Universitas Jus*, Brasília, v. 26, n. 2, jul./dez. 2015. p. 41-54; WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, op. cit., p. 1315-1318 e 1413-1421; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 872-876 e 920-921; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1835-1846, sendo de se destacar, contudo, que este último autor questiona a constitucionalidade de atribuição de efeitos vinculantes aos precedentes por meio de norma infraconstitucional.

orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes. Esses entendimentos são obrigatórios e devem ser seguidos. Entretanto, sua inobservância não possibilita o ajuizamento de reclamação. Por consequência, tal “dever” tenderá a funcionar, na prática, como mera recomendação, ao menos no estágio cultural em que nos encontramos no que respeita à operação com precedentes judiciais.

Nota-se, assim, que, a despeito da raiz romano-germânica do direito brasileiro, este parece ter efetivamente assumido, com o Novo Código de Processo Civil, o compromisso de implementar e de dar efetividade a um sistema amplo de precedentes normativos, que inclui a produção de julgados vinculantes inclusive pela segunda instância – um desafio e tanto para um ordenamento jurídico que dispõe de pouca tradição no assunto e de baixa adesão aos precedentes judiciais de um modo geral. Por que se optou por seguir esse caminho?

4 TRÊS RAZÕES PARA A ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES

Três valores principais justificam a adoção de um sistema de precedentes normativos ou vinculantes: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência³³. A obrigatoriedade de observar as orientações já firmadas pelas cortes aumenta a previsibilidade do direito, torna mais determinadas as normas jurídicas e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados conflitos. O respeito aos precedentes constitui um critério objetivo e pré-determinado de decisão que incrementa a segurança jurídica. A aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situação semelhante o mesmo tratamento, promovendo a isonomia.

Por fim, o respeito aos precedentes possibilita que os recursos de que dispõe o Judiciário sejam otimizados e utilizados de forma racional. Se os juízes estão obrigados a observar os entendimentos já proferidos pelos

33 V., nessa linha: voto do Ministro Luís Roberto Barroso na Reclamação 4335, rel. Min. Gilmar Mendes. Cf., ainda: MELLO, op. cit., p. 69-74; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, v. 172, São Paulo: Revista do Tribunal, jun. 2009, p. 121; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 121-126; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 553-673; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Jurisprudência instável e seus riscos: a aposta nos precedentes vs. uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 433-471.

tribunais, eles não consumirão seu tempo ou os recursos materiais de que dispõem para redecidir questões já apreciadas. Consequentemente, utilizarão tais recursos na solução de questões inéditas, que ainda não receberam resposta do Judiciário e que precisam ser enfrentadas. A observância dos precedentes vinculantes pelos juízes, mesmo que não concordem com eles, reduz, ainda, o trabalho dos tribunais, que não precisam reexaminar e reformar as decisões divergentes dos entendimentos que já pacificaram.

Tal ambiente contribui para a redução do tempo de duração dos processos, desestimula demandas aventureiras e reduz a litigiosidade. Tem ainda o condão de minimizar a sobrecarga experimentada pelas cortes e a aumentar a credibilidade e legitimidade do Judiciário, que são comprometidas pela demora na entrega da prestação jurisdicional e por aquilo que a doutrina convencionou chamar de jurisprudência lotérica³⁴: a produção de decisões díspares, conferindo tratamento desigual a jurisdicionados em situações idênticas, muitas vezes até em um mesmo tribunal.

A busca por conferir maior eficiência ao Judiciário não é nova. No final da década de noventa, a questão era já identificada como uma prioridade pela sociedade e resultou na aprovação da Emenda Constitucional 45/2004, que ficou conhecida como *Reforma do Judiciário*. Esta emenda criou o Conselho Nacional de Justiça, com competências para exercer o controle sobre a atuação administrativa e financeira dos tribunais, bem como sobre o cumprimento dos deveres funcionais pelos magistrados. Além disso, como já mencionado, inseriu no sistema a súmula vinculante e a exigência de repercussão geral. Posteriormente, diversas leis instituíram procedimentos especiais para o julgamento de recursos repetitivos no STF, no STJ e no TST, como registrado acima.

O novo Código constitui mais uma etapa deste esforço de melhorar o funcionamento do Judiciário: de tornar a prestação da tutela jurisdicional mais previsível, mais isonômica, mais rápida e eficaz. Esses foram os propósitos e os valores que levaram à criação de um novo sistema de precedentes vinculantes pelo CPC/2015.

6 CATEGORIAS FUNDAMENTAIS PARA A OPERAÇÃO COM PRECEDENTES

O que significa, contudo, dizer que os “precedentes” ou a “orientação” firmada pelas cortes devem ser obrigatoriamente observadas pelas cortes inferiores? Quais são os conteúdos de uma decisão judicial que determinarão

34 CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, abr. 2001. p. 108-128.

a solução de novos casos e em que medida? Como se devem tratar casos que se assemelham àqueles já julgados, mas que possuem particularidades que impõem o enfrentamento de questão jurídica específica? Esses temas, que são relativamente novos para um país de raiz romano-germânica, já foram amplamente debatidas pelos países de *common law*. Em tais ordenamentos, a operação com precedentes normativos envolve a utilização de três conceitos cuja compreensão é essencial também para a aplicação do sistema de precedentes no Brasil. São eles: *ratio decidendi* ou *holding*, *obiter dictum* e distinção entre casos (*distinguishing*).

5.1 Ratio Decidendi

A noção de *ratio decidendi* ou de *holding* é fundamental para a argumentação jurídica e construção de decisões com base em precedentes. Ainda assim, mesmo nos países da tradição do *common law*, sua delimitação constitui tema tormentoso. A *ratio decidendi* ou o *holding* correspondem justamente ao entendimento jurídico emergente de um precedente que vinculará a decisão dos casos futuros. Há grande divergência na doutrina sobre o método mais adequado para definir a *ratio decidendi* e sobre o alcance ou a abrangência que lhe deve ser conferida³⁵.

Segundo um primeiro método, denominado *fático-concreto*, a *ratio decidendi* deve corresponder à regra extraída de um conjunto de fatos, de forma a que se afirme que sempre que estiverem presentes o fato A (relevante) e o fato B (relevante), e mesmo que ausente o fato C (irrelevante), a decisão será X. Para o método *fático-concreto*, importa o que a corte decidiu com relação a determinado conjunto de fatos, não o que disse ou os fundamentos que invocou para justificar a decisão. A utilização do método

35 ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, p. 1-64, nov. 1989; COLE, Charles D. *Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos*. O sistema de precedente vinculante do common law. Tradução de Maria Cristina Zucchi. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 87, n. 752, p. 11-21, jun. 1998; MALTZ, Earl. The nature of precedent. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, v. 66, jan. 1988. p. 372-376; MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 503-518; MONAGHAN, Henry Paul. Stare decisis and constitutional adjudication. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 88, n. 4, maio 1988. p. 763-766; RE, Edward D. Stare decisis. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 73, p.47-54, jan./mar. 1994; SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev. 1987; SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK; SUMMERS, (org.), op. cit., p. 355-406; RORIVE, Isabelle. La Rupture de la House of Lords avec un Strict Principe du Stare decisis dans le contexte d'une réflexion sur l'accélération du temps juridique. In: GERARD, Philippe; OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel (org.). *L'Accélération du Temps Juridique*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000. p. 807; MELLO, p. cit., p. 118-131; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 259-282.

fático-concreto tende a ensejar a elaboração de *holdings* bem restritivos e presos às particularidades do caso, o que pode não favorecer uma abordagem sistemática do direito. Além disso, a própria compreensão de quais são os fatos relevantes de um caso – para definir o comando emergente da decisão – pressupõe considerar o que a corte disse e compreender minimamente as razões que a levaram a tal avaliação.

De acordo com o método *abstrato normativo*, quando o tribunal decide uma ação, ele produz a solução para o caso concreto e, ao mesmo tempo, decide como serão julgados os casos futuros semelhantes. Portanto, sua decisão tem em conta a norma mais adequada para solucionar todas as demandas que se encontrem dentro de uma apropriada categoria de similitude. Nessa hipótese, os fundamentos da decisão são essenciais para compreender o entendimento que funcionou como pressuposto para a solução concreta alcançada pelo tribunal e com que nível de generalidade a corte pretendeu afirmá-los.

Quanto mais genérica for a *ratio decidendi*, maior o número de casos que serão regidos por ela. Por outro lado, a formulação da *ratio* em termos muito amplos pode tornar seu comando superinclusivo, abrangendo situações de fato que não chegaram a ser sequer consideradas. Nesta medida, a perquirição sobre qual foi o conjunto de fatos sobre os quais se erigiu a solução do caso, proposta pelo método fático-concreto, pode ser fundamental para evitar a afirmação de um precedente abrangente demais.

O exemplo clássico utilizado pela doutrina para ilustrar a situação acima corresponde ao precedente proferido em *Donoghue v. Stevenson* (1932). A demanda neste caso teve por pano de fundo o fato de que a autora entrou em um bar e ali comprou e consumiu o conteúdo de uma garrafa opaca de *ginger beer*; até verificar que havia uma lesma morta dentro dela. Na sequência, a autora contraiu gastroenterite severa e sofreu danos em virtude do incidente. Por isso, postulou uma indenização em face do produtor. A corte condenou o produtor a indenizar a autora porque entendeu que ele tinha o dever de controlar a qualidade do seu produto e que era previsível que a omissão no cumprimento deste dever poderia gerar danos a seus consumidores. A partir destes fatos, o *holding* da decisão poderia ser formulado, de forma bem restritiva, nos seguintes termos: “sempre que bebidas contaminadas, acondicionadas em garrafas opacas, gerarem danos a quem consumi-las, seu produtor estará obrigado a indenizar os prejudicados”.

O *holding* poderia, ainda, ser formulado em diferentes níveis de generalidade, para estabelecer que: sempre que o produtor de alimentos

gerar danos ao consumidor, por falha no dever de controlar a sua qualidade, estará obrigado a indenizá-lo; ou sempre que um produtor de qualquer bem ou o fornecedor de qualquer serviço gerar danos ao consumidor, deverá indenizá-lo; ou sempre que o produtor de bens ou o fornecedor de serviços, inclusive de bens imóveis, gerar danos ao consumidor, deverá indenizá-lo; ou, por fim, qualquer um que gere dano a outrem está obrigado a indenizar.

Algumas formulações acima seriam aceitáveis como *holding*. Outras, claramente exorbitariam do entendimento realmente afirmado pela corte para decidir. Por isso, ambos os métodos - fático-concreto e abstrato-normativo - são fundamentais para chegar a uma formulação adequada da norma emergente do precedente. A identificação da *ratio decidendi* pressupõe, em verdade, a avaliação de alguns aspectos essenciais: i) os fatos relevantes, ii) a questão jurídica posta em juízo iii) os fundamentos da decisão e iv) a solução determinada pela corte. Em tribunais em que a definição da decisão se dá pelo sistema de votação em série é preciso identificar qual foi a posição adotada pela maioria dos julgadores sobre tais aspectos. Com base nessas considerações, afirma-se que a *ratio decidendi* de uma decisão corresponde a uma descrição do entendimento adotado pela corte como a premissa necessária ou adequada para decidir o caso concreto, à luz das razões invocadas pela maioria.³⁶

Frise-se: a *ratio decidendi* ou o *holding* não é o próprio fundamento aprovado pela maioria para decidir. A *ratio decidendi* ou a tese é uma descrição do entendimento jurídico que serviu de base à decisão. Essa diferença sutil foi objeto dos debates travados durante o julgamento da ADI 4697, quando parte do pleno do Supremo Tribunal Federal inclinou-se a aprovar, como tese afirmada no julgamento, a proposição segundo a qual é constitucional a lei que delega a fixação da anuidade aos Conselhos Profissionais, desde que determine o seu limite máximo e defina parâmetros para a sua gradação. No caso, o fundamento da decisão era a compatibilidade da delegação da competência para definir tal anuidade com o princípio da legalidade, na medida em que a lei delimitava ao menos seu teto e critérios mínimos de escalonamento³⁷.

5.2 Obiter Dictum

Quando uma determinada discussão é desnecessária à solução do caso concreto ou, ainda, quando certo argumento não foi aprovado pela maioria da

36 Desde que ingressou no Supremo Tribunal Federal, em 26 de junho de 2013, um dos co-autores deste trabalho tem defendido que a Corte, ao final de todo julgamento, proclame de modo expresso a tese jurídica que embasou a decisão. A ideia tem ganho adesões.

37 V. ADI 4697, rel. Min. Edson Fachin, sessão plenária de 30.06.2016. Entretanto, o julgamento não chegou a se encerrar em razão do pedido de vista do Ministro Marco Aurélio.

corte como justificativa para a solução dada a uma demanda, tais elementos não se prestam a compor a *ratio decidendi* e não produzem efeitos vinculantes para julgados futuros. Diz-se, então, que constituem *obiter dicta* ou considerações marginais estranhas à decisão do caso. Isso ocorre porque o *judge made law* pressupõe a atuação jurisdicional pelo poder Judiciário e encontra limites nas mesmas regras e princípios que regem esta atividade³⁸. Para produzir um precedente vinculante é preciso, antes, respeitar os princípios da inércia da jurisdição e da congruência (o pedido formulado é o limite da decisão)³⁹.

O exame de um caso específico não abre caminho a que o Judiciário se manifeste e decida toda e qualquer questão relacionada àquela que é o objeto do feito, mesmo que seja dispensável o seu enfrentamento para julgá-lo. O Judiciário só age mediante provocação e aprecia as questões nos limites em que postas pela ação que é chamado a decidir. A partir de suas decisões concretas, produzidas no exercício da tutela jurisdicional, pode-se extrair uma norma que, além de permitir a decisão do caso específico, possibilitará a decisão de outros casos semelhantes. Se determinado entendimento não é necessário a solucionar o caso concreto e, portanto, se é produto de mera especulação em tese, tal entendimento não constitui *judge made law*.

Além disso, quando uma corte decide indevidamente questão desnecessária à solução do caso concreto, ela decide a matéria sem que um verdadeiro contraditório tenha se firmado sobre o assunto. As partes não a debatem porque entendem que ela não é necessária ou pertinente para a solução do seu caso. Por consequência, a corte decide com um nível inadequado de informação sobre o assunto, sem ser exposta aos aspectos favoráveis e contrários a uma tomada de posição em determinado sentido ou a suas consequências.

Uma decisão proferida nessas condições é frágil, baseada em uma visão incompleta da questão e, portanto, mais sujeita ao erro. Não será surpreendente se o tribunal, a breve termo, tiver de superar ou alterar seu entendimento a respeito do assunto, gerando justamente a instabilidade que um sistema de precedentes deseja combater. Atribuir caráter normativo às decisões proferidas em tais condições importaria em violar os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

38 NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. 7. ed. Saint Paul: Thomson West, 2004. p. 65-110; TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. v. 1, New York: Foundation Press, 2000. p. 311 e ss.; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 184-186.

39 CPC/2015: “Art. 2º. O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”; “Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

A mesma lógica aplica-se quando um determinado fundamento para decidir foi acolhido apenas por uma minoria de membros da corte. As regras que presidem o processo de decisão em um colegiado determinam que este decide por maioria. Portanto, um fundamento que não tem a adesão da maioria não se presta à produção de uma *ratio decidendi*. E, de fato, é possível que nenhum fundamento seja acolhido pela maioria e que essa só convirja sobre a solução a ser dada a um caso, mas não sobre as razões que levam a tal solução. Nesta hipótese, parte considerável da doutrina entende que a decisão não gerará um precedente vinculante para o julgamento de casos futuros⁴⁰.

Essas considerações não significam, contudo, que os *obiter dicta* não tenham relevância jurídica. Entendimentos minoritários, votos vencidos e considerações desnecessárias à solução de um caso podem ser muito importantes para sinalizar as inclinações da corte quanto a julgamentos futuros, para indicar tendências deste ou daquele membro do colegiado, para inspirar novas teses e intervenções do legislador. Além disso, o *dictum* de hoje pode ser o *holding* de amanhã. Portanto, os *dicta* podem ter grande relevância para o desenvolvimento judicial do direito. Apenas não produzem - enquanto *dicta* - orientações vinculantes para o julgamento de casos futuros.

5.3 Distinção Entre Casos (Distinguishing)

Um terceiro conceito muito importante para a operação com precedentes diz respeito à distinção entre casos – o *distinguishing*, tal como concebido pelo *common law*⁴¹. É que a aplicação de um precedente para a solução de novas demandas se dá por um mecanismo de associação ou de distinção entre antigas e novas ações. O que justifica a aplicação de um entendimento anterior a novas causas é o fato de estas serem efetivamente semelhantes àquela em que o precedente se formou. Se forem diferentes, o precedente não incide e o juiz deve indicar o motivo da distinção.

Quatro elementos essenciais devem ser examinados e confrontados para avaliar a semelhança entre dois casos para fins de aplicação (ou não) de um precedente: i) os fatos relevantes de cada qual; ii) os valores

40 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 272-273.

41 LLEWELYN, Karl N. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960. p. 77 e ss.; GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 117-124, 1959; SUMMERS, op. cit., p. 390-394; SCHAUER, op. cit., p. 571-605; SCHAUER, Frederick. Rules, the rule of law, and the Constitution. *Constitutional commentary, Minneapolis*, v. 6, p. 69-85, 1989; FINE, p. cit., p. 247-258; MELLO, op. cit., p. 202-209; SILVA, Celso de Albuquerque. *Efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 247-258.

e normas que incidem sobre cada conjunto de fatos; iii) a questão de direito que suscitam; iv) os fundamentos que justificaram a decisão do precedente e sua adequação para orientar a decisão do novo caso. Quando duas demandas possuem fatos relevantes distintos, há uma tendência a que normas diferentes incidam na nova causa e, por consequência, que esta coloque uma questão de direito diferenciada. Nessa hipótese, os fundamentos que justificaram a decisão do precedente possivelmente serão insuficientes para decidir a nova ação.

O *distinguishing* é, portanto, uma espécie de exceção à *ratio decidendi* de um precedente. A um primeiro exame, o precedente e a nova ação são semelhantes e mereceriam o mesmo tratamento. Entretanto, a argumentação desenvolvida pelas partes pode demonstrar a existência de peculiaridades de fato ou de argumentos diferenciados que levem a uma discussão jurídica distinta. Quando isso ocorre, qualquer órgão judicial tem legitimidade para deixar de aplicar o precedente.

Nota-se, assim, que a *ratio decidendi* dos precedentes está sempre se redefinindo em alguma medida. Cada novo caso que a aplica pode ampliar o seu alcance. E os casos em que se produz uma distinção restringem a incidência de seu *holding*, excluindo-a em determinadas situações. Por isso, se afirma que o *judge made law* dá ensejo a um desenvolvimento incremental do direito. Cada nova ação, cada novo caso, acrescentam um *plus* de determinação e de detalhamento ao sistema.

6 CATEGORIAS IMPORTANTES PARA A OPERAÇÃO COM PRECEDENTES NO BRASIL

6.1 Eficácia (não) Transcendente dos Motivos Determinantes: Como Fica?

Uma das primeiras discussões relevantes sobre a forma de operar com precedentes judiciais vinculantes no direito brasileiro envolveu o debate travado sobre a eficácia transcendente da fundamentação em sede de controle concentrado. Discutiu-se, então, basicamente: i) se os efeitos vinculantes produzidos pela decisão se limitavam à norma declarada inconstitucional e, portanto, ao dispositivo do acórdão; ou ii) se se estendiam também aos seus motivos determinantes.

A análise da questão tinha por pano de fundo a seguinte situação. Uma instrução normativa do Tribunal Superior do Trabalho – a Instrução Normativa nº 11/1997 do TST – determinara a realização de sequestro para fins de pagamento de precatório, caso a respectiva verba não fosse

incluída no orçamento ou caso houvesse pagamento a menor do crédito, sem a devida atualização ou fora do prazo legal (itens III e XII da instrução). A norma do TST teve a sua constitucionalidade questionada nos autos da ADI 1662, sob o fundamento de que o art. 100, §2º, da Constituição, só autorizava a realização de sequestro para pagamento de precatório em caso de preterição do direito de precedência dos credores, de forma que a aludida resolução criava novas hipóteses de sequestro em norma constitucional expressa⁴².

O Supremo Tribunal Federal julgou a ação direta procedente⁴³. O dispositivo do acórdão afirmou a inconstitucionalidade da Instrução Normativa nº 11/1997 do TST. O fundamento determinante da decisão foi de que não era possível ordenar o sequestro em qualquer hipótese diversa daquela de preterição do direito de precedência do credor porque a Constituição optou por conferir tratamento restritivo à matéria. Outros argumentos utilizados no voto do relator diziam respeito ao fato de que os sequestros eram realizados sem que se assegurasse o direito do poder público ao contraditório e à ampla defesa e que acabavam por gerar preterição no direito de precedência de outros credores.

Pouco tempo mais tarde, o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 10ª Região determinou o sequestro de verba para pagamento de precatório em hipótese diversa daquela prevista no art. 100, §2º, da Constituição, mas sem usar como base para a decisão a Instrução Normativa nº 11/1997 do TST, declarada inconstitucional na ADI 1662. O governador do Distrito Federal ajuizou, então, uma reclamação, perante o STF, alegando que o ato do TRT violara a autoridade da decisão proferida da ADI 1662⁴⁴.

O caso dividiu a Corte. A maioria entendeu, ao julgar a Reclamação 1987, que os efeitos vinculantes e gerais produzidos pelas decisões proferidas em controle concentrado da constitucionalidade abrangiam

42 O art. 100, § 2º, da Constituição, em sua redação original, estabelecia: "Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem *cronológica de apresentação dos precatórios* e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. [...] § 2º - As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito" (grifou-se).

43 STF, Pleno, ADI 1662, rel. Min. Maurício Correa, DJ, 19.09.2003.

44 STF, Pleno, Rcl 1987, rel. Min. Maurício Correa, DJ, 21.05.2004.

não apenas o dispositivo da decisão, referente à inconstitucionalidade de uma determinada norma, mas também o que se chamou de motivos determinantes do julgado. *Tais motivos determinantes correspondiam, em verdade, à interpretação constitucional adotada pela Corte* como a premissa necessária para decidir sobre a validade da norma impugnada.

Assegurar a observância dessa interpretação era importante, na visão da maioria, para garantir a força normativa da Constituição e o respeito à competência do Supremo como corte constitucional⁴⁵. Por isso, entendeu-se cabível a reclamação contra qualquer ato que determinasse o sequestro de verba para pagamento de precatório em hipótese diversa daquela de preterição da ordem de precedência – *tese jurídica* afirmada na ADI 1662.

É notório, contudo, que a expressão eficácia transcendente dos motivos determinantes não oferecia uma descrição precisa do que o STF realmente havia decidido na Reclamação 1987. A compreensão da operação com precedentes à época era ainda muito incipiente. Mas, à luz das categorias utilizadas pelo *common law*, nota-se que o que restou afirmado na aludida reclamação foi apenas que a *ratio decidendi* do acórdão proferido na ADI 1662 também vinculava as demais instâncias.

A decisão não foi unânime⁴⁶. Entre os ministros que restaram vencidos destacou-se o Ministro Marco Aurélio, contrário à atribuição de efeitos vinculantes e gerais à exegese afirmada pela Corte, e não apenas ao dispositivo da decisão. Segundo ele, tal linha de entendimento abria desmedidamente o acesso direto à jurisdição do STF por meio de reclamação, o que poderia

45 Confira-se trecho da ementa do julgado: “3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a *violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante*. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. *Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados*, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente” (grifou-se).

46 Ficaram vencidos o Ministro Ayres Britto e o Ministro Marco Aurélio. Manifestaram-se favoravelmente à eficácia transcendente dos Ministros Gilmar Mendes, Celso Mello, Cezar Peluso, Nelson Jobim e Maurício Correia. O Ministro Carlos Velloso votou com a maioria, mas afirmou expressamente, durante os debates, que os fundamentos da decisão não vinculavam.

impactar negativamente a viabilidade do Tribunal. Confira-se, a esse propósito, trecho do voto do Ministro Marco Aurélio:

Não posso, Senhor Presidente, caminhar nesse sentido, potencializando, a mais não poder, o aspecto prático; potencializando a autoridade dos julgados desta Corte e até mesmo, e já foi ressaltado, engessando o próprio Direito no que vindo à baila novos atos normativos, como foi o caso quanto à Emenda nº 30, se terá sempre o caminho aberto para se chegar *per salto* ao Supremo Tribunal Federal, com a reclamação, a partir da premissa de que o ato praticado desrespeitou fundamento de um julgado da Corte. Não sei onde vamos parar em termos de inviabilização do próprio Supremo Tribunal Federal. (Grifou-se)

A discussão sobre a eficácia transcendente dos motivos determinantes foi reaberta, então, nos autos da Reclamação nº 4.219, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. O relator suscitou, como questão de ordem, a impossibilidade de se aplicarem as conclusões da ADI 2.602, referente a uma norma do Estado de Minas Gerais, para cassar, por meio de reclamação, ato administrativo praticado pelo Estado de São Paulo, ainda que pelos mesmos fundamentos. A reclamação não chegou a ter a apreciação de mérito concluída porque perdeu seu objeto, em razão da morte do reclamante.

No entanto, foram proferidos cinco votos pelo seu não conhecimento e quatro pelo conhecimento⁴⁷, ficando pendentes apenas os votos da Ministra Ellen Gracie e do Ministro Marco Aurélio. Como este último tinha entendimento firme contra a eficácia transcendente e bastava um voto para formar a maioria pelo não conhecimento, mesmo que o julgamento desta reclamação não tenha chegado ao fim, prestou-se para sinalizar a inclinação da Corte no sentido de abandonar o entendimento originalmente afirmado na Reclamação 1987. A partir de então, foi se consolidando, no Supremo Tribunal Federal, a tese oposta, que rejeitou a eficácia transcendente dos motivos determinantes⁴⁸.

47 Votaram pelo não conhecimento da reclamação os Ministros Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto e Cármen Lúcia. Havia, contudo, duas questões de ordem quanto ao cabimento da reclamação. Apenas uma delas versava sobre a eficácia transcendente. Votaram pelo conhecimento da reclamação os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

48 STF, Primeira, Rel 21884 AgR, rel. Min. Edson Fachin, DJe, 11.04.2016 ; Primeira, Rel 6416 AgR-ED, rel. Min. Luz Fux, DJe, 11.09.2014; Primeira, Rel 11477 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, DJe, 30-08-2012; Pleno, Rel 3294 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, DJe, 29.11.2011; Pleno, Rel 3014, rel. Min. Ayres Britto, DJe, 21-05-2010.

Entretanto, esse entendimento precisará ser revisitado à luz do CPC/2015, uma vez que o novo Código reconheceu explicitamente que a tese afirmada pela decisão proferida em controle concentrado produz efeitos vinculantes e que seu desrespeito possibilita a propositura de reclamação.

6.2 Tese Vinculante, Questão de Direito, Fundamentos Determinantes e Distinção no CPC/2015

O Novo Código de Processo Civil acolheu categorias muito semelhantes àquelas do direito estrangeiro, já descritas acima⁴⁹. Determinou, em primeiro lugar, que o teor vinculante do precedente, a ser observado pelas demais instâncias, corresponderá à tese jurídica afirmada pela corte ao decidir⁵⁰. O conceito de tese jurídica adotado pelo novo Código parece guardar correspondência com o conceito de *ratio decidendi*, já aludido. A tese jurídica constitui uma descrição da interpretação constitucional produzida pela Corte como uma premissa necessária à decisão. Não se confunde com os próprios fundamentos da decisão, embora estes sejam importantes para determinar-lhe o teor e o alcance.

Tanto é assim que o CPC/2015, implicitamente, diferencia os dois conceitos – tese e fundamentos – prevendo, por exemplo, que a aplicação da tese vinculante pressupõe a demonstração de que os motivos que determinaram a sua afirmação estão presentes igualmente no novo caso⁵¹. O novo Código estabelece, ainda, que o registro eletrônico das

49 MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. *Universitas Jus*, Brasília, v. 26, n. 2, jul./dez. 2015. p. 41-54; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 872-876.

50 CPC/2015, art. 988, § 4º: “Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; § 4o *As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam*”. No caso da repercussão geral: “Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os *decidirão aplicando a tese firmada*” (grifou-se).

51 CPC/2015, art. 489, § 1º: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, *sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos*; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (grifou-se).

teses jurídicas constantes do cadastro de julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas deve conter, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos a ela relacionados, de forma a permitir “a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente”⁵². Tese e fundamentos determinantes são, assim, conceitos distintos para o novo Código.

O CPC/2015 acolhe, ainda, a concepção de que os casos se identificam ou se diferenciam com base: i) nos seus fatos relevantes, ii) na questão jurídica que submetem à decisão dos tribunais e iii) nos fundamentos adequados para enfrentá-la e respondê-la. Assim, a nova norma processual admite que fatos diferentes podem ensejar o debate sobre questões jurídicas diversas⁵³. E prevê que um precedente só deve ser aplicado quando o caso subsequente versar sobre a mesma questão de direito tratada no primeiro⁵⁴ e desde que os fundamentos utilizados para decidi-lo sejam aplicáveis à nova demanda. Do contrário, deve-se proceder à distinção entre os casos, tal como ocorre no *common law*⁵⁵.

52 CPC/2015, art. 979: “A instauração e o julgamento do incidente [de resolução de demandas repetitivas] serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. [...] § 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados” (grifou-se).

53 CPC/2015, art. 966: “§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de *distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento*. § 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, *tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica*” (grifou-se).

54 CPC/2015, art. 985: “Julgado o incidente [de resolução de demandas repetitivas], a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação”; art. 987: “Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. [...] § 2º Apreciado o mérito do recurso, a *tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito*” (grifou-se).

55 CPC/2015, art. 966, §5º (supra); art.1037: “§ 9º Demonstrando *distinção* entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo. [...] § 12. Reconhecida a distinção no caso: I - dos incisos I, II e IV do § 10, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo; II - do inciso III do § 10, o relator comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário seja encaminhado ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.030, parágrafo único” (grifou-se).

7 PRIMEIRAS NOTAS SOBRE DIFICULDADES A SEREM SUPERADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA OPERAÇÃO COM PRECEDENTES VINCULANTES

As considerações efetuadas até aqui demonstram que a operação com precedentes não comporta uma atuação mecânica e automática do juiz, tampouco prescinde de uma sofisticada atuação interpretativa. Cada precedente precisa ser cuidadosamente examinado, tanto para que se possa compreender adequadamente a sua *ratio decidendi* quanto para que se possa fazer seu confronto com eventual novo caso, que poderá (ou não) ser decidido com base nesta *ratio*. Esta análise pressupõe o manejo de categorias cujo alcance pode ser controvertido até mesmo no *common law*, com as quais não se tem ainda familiaridade no Brasil. Portanto, não é pequeno o desafio posto pelo CPC/2015 às cortes ou ao Supremo Tribunal Federal.

7.1 Diferenciação entre Ratio Decidendi e Obiter Dictum

Um caso julgado pelo STF ainda sob a vigência do CPC/1973 é bem ilustrativo das possíveis dificuldades que serão enfrentadas pelo Tribunal (e provavelmente também pelas demais cortes) nos primeiros momentos de implementação do CPC/2015. Nos autos do RE 669.069, a União insurgiu-se contra acórdão que afirmara a prescrição de sua pretensão de se ressarcir por prejuízos gerados por um particular em um acidente de trânsito. O fato ocorreu em 1997, ao passo que a ação foi proposta apenas em 2008, transcorridos mais de onze anos do evento danoso. A União alegou, em sua defesa, que as ações de ressarcimento movidas pela Fazenda Pública eram imprescritíveis, em virtude do que dispõe o art. 37, § 5º, da Constituição:

Art. 37 [..]

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. (Grifou-se)

A Corte reconheceu a existência de repercussão geral no caso, formulando a questão posta pelo recurso extraordinário com o seguinte teor:

ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA RESSALVA FINAL PREVISTA NO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário no qual se discute o alcance

da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal.

O relator, Ministro Teori Zavascki, iniciou seu voto defendendo que a imprescritibilidade de toda e qualquer pretensão de ressarcimento por danos ao erário público, com base no art. 37, § 5º, da Constituição, seria um entendimento estremado e sistematicamente incompatível com o ordenamento constitucional. Isso porque, a se defender tal orientação, as próprias execuções fiscais seriam imprescritíveis, já que a não satisfação de tributos constituiria ato ilícito causador de dano ao erário público. No entendimento do relator, não haveria justificativa para conferir tratamento tão gravoso a todo e qualquer dano, independentemente do grau de reprovabilidade do ato que o gerou. Também segundo ele, a prescritibilidade é a regra em nosso ordenamento, de modo que a imprescritibilidade deveria estar expressa na Constituição e ser objeto de interpretação restritiva.

Com base nesses fundamentos, o relator defendeu que a ressalva final do art. 37, § 5º, da Constituição, deveria ser interpretada conjuntamente com o § 4º do mesmo art. 37, que previa que os atos de improbidade administrativa importariam na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, e sem prejuízo da ação penal cabível. Segundo a interpretação proposta pelo Ministro, seriam imprescritíveis apenas as ações de reparação de danos gerados por ato de improbidade administrativa ou por crime contra a administração pública, danos estes pertinentes a ilícitos dotados de alto grau de reprovabilidade em sua opinião.

Uma vez defendida tal interpretação e a partir dela, o Ministro Teori Zavascki concluiu que o caso concreto deveria ser julgado desfavoravelmente à União porque, não se tratando de ato de improbidade administrativa ou de crime contra a administração, não haveria de se falar em imprescritibilidade da ação de reparação. Propôs, assim, a adoção da seguinte tese: “A imprescritibilidade a que se refere o art. 37, § 5º, da CF diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa ou como ilícitos penais”.

Esse foi, portanto, o raciocínio percorrido pelo relator: i) primeiramente, definiu a interpretação do art. 37, § 5º, da Constituição, premissa maior; ii)

posteriormente, aplicou-a ao caso concreto, premissa menor; e, por fim, iii) decidiu o recurso⁵⁶. *Tal raciocínio partia, portanto, do conteúdo mais amplo – o texto da norma – para o conteúdo mais específico – o caso concreto* –, como é de praxe nos países cujo direito possui raiz romano-germânica.

Veja-se, contudo, quais eram os fatos relevantes postos pela demanda: o caso versava sobre acidente automobilístico. A questão jurídica que precisava ser resolvida para que o recurso extraordinário fosse decidido era inequivocamente menor. Dizia respeito à prescritebilidade da ação para ressarcimento de dano decorrente de colisão de veículos. A discussão sobre os ilícitos de improbidade era absolutamente prescindível para a solução do caso. Era, ainda, irrelevante para o recorrido, que não praticara ato de improbidade. Importava apenas à União. Não havia, portanto, no feito, quem tivesse interesse em defender a prescritebilidade das ações para ressarcimento de atos de improbidade. Caso se adotasse a proposta do relator, eventual definição de entendimento a este respeito ocorreria, assim, sem que o assunto pertinente ao ilícito de improbidade administrativa tivesse sido sequer debatido.

Tratava-se, ainda, de matéria altamente controvertida não apenas na Corte – como os debates do caso deixaram claro – como também na doutrina. A título ilustrativo e como mencionado nos debates havidos entre os ministros, Celso Antônio Bandeira de Mello, administrativista de referência para muitas gerações, que já defendera a imprescritebilidade das ações para ressarcimento de danos emergentes de improbidade administrativa, reconsiderou seu entendimento, passando a afirmar a prescritebilidade das ações de ressarcimento também neste caso, por entender que a imprescritebilidade poderia frustrar, na prática, o exercício do direito de defesa do acusado. A seu ver, nenhum particular guardaria a documentação necessária ao exercício de tal direito além de um período razoável, não demasiadamente longo, ao passo que o Estado teria condição de guardá-la por prazo muito superior.

Além disso, segundo o autor, quando a Constituição quis estabelecer a imprescritebilidade ela o fez expressamente e sempre em matéria penal, matéria esta cuja discussão não ultrapassaria o prazo de duração da vida do acusado. Entretanto, a obrigação de indenizar o erário por ato de improbidade poderia passar aos descendentes e, por consequência, estender-se indefinidamente, se acolhida a imprescritebilidade da ação de

⁵⁶ Este aspecto fica muito claro no quarto parágrafo do voto do relator, quando afirma: “Estabelecida a tese, cumpre concluir o julgamento do caso concreto”. Primeiro, o significado do dispositivo constitucional foi apreciado. Definiu-se a sua interpretação, como se fazia tradicionalmente com as leis, a partir dos métodos da hermenêutica clássica (interpretação literal, lógica, sistemática, teleológica). Só depois disso é que se passou à situação objeto do recurso.

ressarcimento. Esses argumentos, indiscutivelmente relevantes, não haviam sido sequer suscitados ou enfrentados no processo justamente porque, como já observado, ele não versava efetivamente sobre esta matéria⁵⁷.

Ora, de acordo com as categorias examinadas acima, se a discussão sobre a imprescritibilidade das ações para ressarcimento de danos decorrentes de improbidade administrativa era desnecessária para a decisão do caso concreto, toda e qualquer consideração efetuada a respeito desta tese constituía mero *obiter dictum*. Mesmo que constasse da fundamentação, não correspondia à questão jurídica posta pelo caso. Não poderia, por isso, compor a tese de direito afirmada na decisão, sob pena de se violarem os princípios da inércia da jurisdição, da congruência, do contraditório e do devido processo legal. Nesse sentido, a aplicação do método-fático concreto de delimitação do *holding* teria auxiliado a compreensão crítica do quanto a Corte estava se distanciando da causa que efetivamente tinha que julgar. O fato “dano decorrente de acidente automobilístico” em nada se aproximava do fato “dano decorrente de improbidade administrativa”.

Decidir sobre a imprescritibilidade das ações de reparação por danos decorrentes de ato de improbidade, neste contexto, poderia ser, ainda, uma má estratégia de decisão. Não se tendo formado um amplo contraditório sobre a matéria, a Corte apreciaria a questão sem reunir uma massa de informações que lhe permitisse conhecer e enfrentar todos os argumentos favoráveis e desfavoráveis ao entendimento que viria a afirmar. Não seria surpreendente, por isso, se mais adiante novos argumentos a obrigassem a abrandar ou até mesmo a superar o entendimento firmado, trazendo um fator de instabilidade para o sistema.

Na verdade, as dificuldades encontradas pelo STF no julgamento do RE 669.069 são comumente enfrentadas pelas cortes do *civil law*. A preocupação de julgar a matéria de forma ampla e sistemática, a maior dificuldade em diferenciar *ratio decidendi* de *obiter dictum* e o raciocínio por dedução são algumas características usuais que marcam a atuação dos tribunais do sistema romano-germânico com precedentes, segundo a literatura comparada⁵⁸.

57 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1064-1065.

58 Como esclarecem MacCormick e Summers: “Generalizando, os precedentes [nos países do *civil law*] são comumente concebidos como uma ferramenta que abrigará normas abstratas, e é geralmente a tais normas que interpretam um código ou uma lei escrita que se atribui força vinculante sobre casos futuros”; e, mais adiante: “no que respeita à metodologia empregada pelo *civil law*, não há tradição em diferenciar *ratio decidendi* e *obiter dicta*” (MACCORMICK; SUMMERS, (org.), op. cit., p. 536-537, livre tradução).

A lógica do *judge made law* é, contudo, a inversa. Nela, a norma é gerada por um raciocínio *indutivo*. Primeiro, decide-se o caso concreto. Depois, infere-se dele a tese universalizável que permitirá a solução de casos idênticos no futuro. No *judge made law* e, portanto, na formulação de um precedente normativo, *o julgamento começa pela premissa menor*. Apenas depois de decidida esta, passa-se à formulação da proposição maior. Quando o tribunal define a tese, torna genérica a orientação que solucionou o caso concreto, de forma a que possa servir de norte para a decisão de casos semelhantes. De todo modo, esses aspectos não passaram despercebidos pela Corte, tendo-se observado:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – [...]. Eu gostaria de adiantar, desde logo, que eu estou de acordo com o voto do Ministro Teori Zavascki naquilo em que decidi a demanda posta. Portanto, *acho que, nas ações de reparação de dano por ilícito civil, a prescritibilidade se impõe*, e, no caso concreto, se impõe de acordo com os critérios que Sua Excelência apontou. De modo que não tenho nenhuma dúvida em acompanhá-lo na solução desta lide específica.

Sua Excelência, no entanto, *foi um pouco além, preocupado em sistematizar o tema*, e, talvez, nós não estejamos ainda em condições de sistematizar o tema. Dentre outras razões, porque a questão da imprescritibilidade em matéria de improbidade, ou mesmo em matéria de crime, ela *não foi objeto - eu diria - de um contraditório neste processo*. Ou seja, nós não fomos expostos aos diferentes argumentos, alguns deles suscitados agora, pelo Ministro Toffoli e pelo Ministro Gilmar Mendes. E *eu não gostaria de ter um pronunciamento do Plenário sobre esta questão importante e delicada da imprescritibilidade, sem um contraditório em que nós pudéssemos considerar todos os argumentos*. [...]. (Grifou-se)

Diante dessas ponderações e depois de um longo debate, o Supremo Tribunal Federal optou por não incluir na tese firmada em repercussão geral o entendimento sobre a (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento por atos de improbidade administrativa. Afirmou-se como orientação decorrente do julgado que: “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

No entanto, os prejuízos de se ter delimitado preliminarmente a questão jurídica a ser decidida em repercussão geral de forma tão abrangente estavam claros: um rol amplíssimo de casos fora sobrestado em segundo grau de jurisdição e aguardou, por anos a fio, o julgamento da Corte. Todavia, esta, até por ter reconhecido, posteriormente, a amplitude

excessiva conferida à questão, não a decidiu em toda a sua extensão. Muito provavelmente, entre os casos sobrestados existiam aqueles que versavam sobre ressarcimento de danos decorrentes de atos de improbidade ou de crime contra a administração, nos quais se perderam anos à espera de um pronunciamento do STF que não veio - um mau resultado em termos de razoável duração do processo⁵⁹.

Essas considerações demonstram, portanto, que um primeiro desafio a ser enfrentado pelo STF na implantação do sistema de precedentes normativos criado pelo Novo Código, liga-se ao esforço em diferenciar, com maior precisão, *ratio decidendi* e *obiter dictum* e, por consequência, em delimitar adequadamente a questão jurídica suscitada pela ação. Além disso, a Corte precisará enfrentar um segundo desafio, que diz respeito à definição do nível de generalidade com que formulará as suas teses. Como se verificará a seguir, discutir o nível de generalidade da tese de direito ou da *ratio decidendi* é diferente de incluir na *ratio* questão jurídica que o caso não coloca, como apontado acima.

7.2 Determinação do Nível de Generalidade da Tese de Direito

No caso em exame, mesmo depois de se ter descartado produzir uma tese que tratasse sobre a (im)prescritibilidade das ações de reparação por ato de improbidade administrativa, restaram ao menos duas opções de tese. Podia-se afirmar que: i) “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de acidente automobilístico”; ou que ii) “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

O dilema quanto ao nível de generalidade a ser adotado na formulação da tese vinculante no RE 669.069 é semelhante àquele narrado acima sobre o nível de generalidade que se poderia hipoteticamente atribuir ao *holding* do caso *Donoghue v. Stevenson* (1932). Definir a tese de forma mais restritiva importaria que a doutrina sobre a (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento fosse construída de forma gradual. Cada nova ação reconhecida como prescritível pelo Judiciário expandiria o precedente e, ao final de certo período, diversas pequenas teses possibilitariam a determinação de um entendimento mais amplo sobre o assunto.

59 Confira-se, nesse sentido, o que ponderou o Ministro Luiz Fux durante os debates: “Eu posso garantir a Vossa Excelência que essa repercussão geral trava todas as ações de reparação em razão de improbidade administrativa. O STJ é o intérprete da legislação infraconstitucional. Nunca recebemos uma ação de indenização por colisão de veículo antes de discutir isso. Nunca. Em dez anos, nenhuma. Todas elas em relação à improbidade”.

Formular a tese diretamente de maneira mais ampla, por outro lado, pressupunha alguma convicção de que os danos decorrentes de acidentes de veículos e dos demais ilícitos civis em geral são similares e não guardam particularidades que possam impedir a absorção de todas as espécies na categoria “ilícito civil”. Era importante, ainda, que fosse bem clara a delimitação desse conceito e, portanto, do conjunto de fatos e de ilícitos que a ele se subsumem. Caso contrário, a *ratio decidendi* mais abrangente teria pouca utilidade prática, ensejaria muitas distinções por parte das cortes vinculadas e ainda abriria caminho amplo para a discussão do assunto por meio de reclamação.

Quando se opta por uma tese mais restritiva, assumem-se os ônus de uma orientação subinclusiva: persistência, em alguma proporção, de insegurança jurídica, de tratamento desigual e de litigiosidade envolvendo o tema. Quando a escolha recai sobre a tese mais ampla, incidem os riscos de uma tese superinclusiva: a produção de muitas distinções pelas cortes vinculadas e, por consequência, até que a matéria retorne ao tribunal vinculante, mais uma vez, insegurança jurídica, desigualdade e litigiosidade.

Por isso, não há necessariamente uma melhor opção *a priori* entre teses restritivas e teses um pouco mais abrangentes. É razoável que a discussão sobre o nível de generalidade ocorra caso a caso. Há questões e domínios do direito em que as teses mais restritivas atenderão melhor e outros em que teses um pouco mais abrangentes se mostrarão adequadas. Entretanto, a questão apresenta uma dificuldade adicional no caso do sistema de precedentes vinculantes brasileiro, relacionada ao cabimento de reclamação.

7.3 Prevenção Contra uma Explosão de Reclamações

A reclamação é uma ação que tem por objetivo preservar a competência dos tribunais e garantir a autoridade das suas decisões. É proposta diretamente perante a corte que teve o precedente desrespeitado, tramita independentemente de eventual recurso interposto contra a decisão reclamada e permite que esta seja imediatamente cassada⁶⁰. Por isso, se diz que as reclamações possibilitam o acesso *per saltum* às cortes vinculantes.

60 Não cabe, contudo, reclamação contra decisão transitada em julgado (CPC/2015, art. 988, §5º, I). Por isso, será necessário recorrer da decisão que desrespeita o precedente normativo, a fim de evitar o trânsito em julgado. Mas, em paralelo, pode-se ajuizar a reclamação diretamente no tribunal vinculante. A vantagem da reclamação é que, diferentemente do que ocorre no sistema recursal, em que será necessário acessar as diferentes instâncias até que a causa chegue ao STF, no caso da reclamação o descumprimento do precedente normativo será examinado diretamente pelo Supremo, possibilitando uma decisão célere pelo tribunal que tem a palavra final sobre o assunto.

Antes da entrada em vigor do CPC/2015, admitia-se a propositura de reclamação em hipóteses mais restritas: i) permitia-se seu ajuizamento pelas partes de um caso concreto, se a decisão nele proferida fosse descumprida; e ii) possibilitava-se a sua propositura, por qualquer prejudicado, em caso de desrespeito às súmulas vinculantes e aos acórdãos proferidos no controle concentrado, ambos precedentes normativos à luz do sistema anterior.

Nas duas últimas hipóteses, a reclamação poderia ser proposta tanto contra ato judicial quanto contra ato da administração pública que descumprisse a súmula ou o acórdão vinculante porque disposição constitucional expressa estabelece que os efeitos vinculantes e gerais produzidos nestes dois casos alcançam os demais órgãos do Judiciário e também a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal⁶¹.

Entretanto, no que se refere às decisões proferidas no controle concentrado e como igualmente demonstrado acima, o Supremo firmou posição no sentido de que a reclamação só seria possível quando o dispositivo da decisão proferida em ação direta fosse desrespeitado. Para que o STF acolhesse a reclamação, era necessário que a decisão reclamada tivesse dado tratamento diverso à mesma norma apreciada pelo Tribunal em ação direta. O Supremo não admitia reclamação para que o interessado se insurgisse contra o desrespeito à tese que serviu de base para a decisão proferida em ação direta.

O novo Código ampliou consideravelmente as hipóteses de cabimento das reclamações. Manteve sua utilização contra o desrespeito a súmulas vinculantes e a julgados proferidos em controle concentrado. E estendeu sua aplicação para o caso de descumprimento das decisões proferidas em incidente de resolução de demanda repetitiva e em incidente de assunção de competência. Nessas quatro hipóteses, previu seu cabimento inclusive para atacar decisão que deixe de aplicar a *tese de direito* fixada em cada qual desses precedentes normativos ou que a aplique de forma equivocada. O CPC/2015 autorizou, ainda, o ajuizamento de reclamação para assegurar o respeito às teses firmadas em recurso extraordinário com repercussão geral ou em recursos extraordinário e especial repetitivos, desde que exauridas as instâncias ordinárias. Confira-se a redação da norma:

61 CF, art. 102, § 2º: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade *produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública* direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”; art. 103-A: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá *efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública* direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” (grifou-se).

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

[...]

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º É inadmissível a reclamação:

I - proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II - proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. (Grifou-se)

Ressalvadas as súmulas vinculantes e as decisões proferidas em controle concentrado, os demais casos possibilitam o ajuizamento de reclamação contra decisões judiciais apenas.

De todo modo, não há dúvida de que se pretendeu, com a ampliação das hipóteses de cabimento de reclamações, utilizá-las para assegurar o respeito aos precedentes vinculantes. Em um país com pouca tradição neste sentido, o manejo desse instrumento demonstrou ser, de fato, essencial para tornar efetivo o novo sistema de precedentes que se procurou criar. Entretanto, é indiscutível que a admissão da reclamação com esta amplitude pode abarrotar o Supremo Tribunal Federal com essas demandas e acabar por frustrar a própria finalidade para a qual foi instituída, tornando lenta e ineficaz a cassação das decisões que descumpram os precedentes normativos.

O STF precisará, por isso, buscar mecanismos para fazer um uso racional desse instrumento. Entre esses mecanismos inclui-se um cuidado redobrado da Corte na formulação da tese que vinculará os casos futuros. A decisão acerca do nível de generalidade deve ter em perspectiva não apenas o entendimento jurídico que serviu de base para a decisão, mas igualmente os efeitos que gerará sobre a efetividade e sobre a viabilidade da própria jurisdição da Corte. Na dúvida, uma tese mais restritiva evita o excesso de reclamações; e nada impede que, percebido o impacto inicial do precedente, seu escopo venha a ser progressivamente ampliado pelo julgamento de novos casos, um *modus operandi* que é a essência do *judge made law*.

8 CONCLUSÃO

O Novo Código de Processo Civil promoveu um grande avanço no reconhecimento do papel das decisões judiciais como fonte do direito e instituiu um sistema de precedentes vinculantes com amplitude e alcance inéditos para o país. A adequada operação desse sistema pressupõe uma exata compreensão das suas implicações e o domínio de algumas noções essenciais que se passa a resumir a seguir.

1. No Brasil, com a vigência da Constituição de 1988, iniciou-se uma longa e progressiva trajetória de valorização da jurisprudência e de atribuição de efeitos vinculantes aos precedentes jurisprudenciais. Ilustram tal trajetória: a expansão do controle concentrado da constitucionalidade; a aprovação de diversas alterações ao CPC/1973, pelas quais se conferiu a certas decisões judiciais uma eficácia intermediária, para além dos casos em que foram proferidas; e, por fim, a aprovação do CPC/2015, que criou um novo sistema de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro e conferiu-lhe eficácia por meio do alargamento das hipóteses de cabimento de reclamação.

2. Os precedentes judiciais podem ser classificados, quanto à sua eficácia, em precedentes com eficácia persuasiva, precedentes com eficácia normativa e precedentes com eficácia intermediária. Os precedentes com eficácia persuasiva vinculam apenas as partes do caso em que foram proferidos. Os precedentes com eficácia normativa forte, no caso brasileiro, são aqueles cujo entendimento deve ser obrigatoriamente observado pelo Judiciário, sob pena de cassação da decisão por meio de reclamação. Os precedentes com eficácia intermediária foram identificados como uma categoria residual, que estará presente quando um entendimento judicial não tiver de ser obrigatoriamente observado, mas produzir efeitos para

além do caso em que foi afirmado; ou, ainda, quando tal entendimento tiver de ser observado, mas não for possível utilizar a reclamação para conferir efetividade a tal dever. Neste último caso, aludiu-se também a tais julgados como precedentes com eficácia normativa em sentido fraco.

3. Em um país sem tradição de respeito aos precedentes vinculantes, como é o caso do Brasil, a possibilidade de ajuizar reclamação diretamente na corte vinculante para provocar a cassação da decisão que desrespeita o precedente pode ser essencial para efetivamente assegurar-lhe tal eficácia normativa.

4. Durante a vigência do CPC/1973 predominaram, no Brasil, os precedentes com eficácia persuasiva e com eficácia intermediária. Apenas as súmulas vinculantes e os julgados proferidos em controle concentrado da constitucionalidade produziam efeitos normativos em sentido forte.

5. O CPC/2015 alterou esse quadro, estabelecendo como precedentes com eficácia normativa em sentido forte: as súmulas vinculantes, os julgados produzidos em controle concentrado da constitucionalidade, os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, as orientações oriundas do julgamento de incidente de resolução de demanda repetitiva e de incidente de assunção de competência. O desrespeito a estes precedentes enseja a cassação da decisão divergente, por meio de reclamação.

6. Três valores principais justificam a adoção de um sistema de precedentes normativos ou vinculantes: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. No caso brasileiro, buscou-se com o novo sistema de precedentes vinculantes superar a incerteza e a desigualdade decorrentes de decisões conflitantes em situações idênticas, um quadro de sobrecarga e de morosidade da justiça e de insatisfação da sociedade com a prestação da tutela jurisdicional.

7. São categorias fundamentais para a operação com precedentes vinculantes, a partir da literatura comparada, os conceitos de: i) *ratio decidendi* ou *holding*, ii) *obiter dictum* e de iii) distinção entre casos (*distinguishing*). São fundamentais, ainda, para a adequada compreensão de cada caso levado a exame judicial a análise dos seus fatos relevantes, da questão de direito posta pelo caso e dos fundamentos que conduziram a determinada decisão.

8. A *ratio decidendi* ou o *holding* de uma decisão corresponde a uma descrição do entendimento adotado pela corte como a premissa necessária

ou adequada para decidir o caso concreto, à luz das razões invocadas pela maioria. Esse é o teor que vinculará o julgamento de casos futuros semelhantes. Sua identificação pressupõe a avaliação dos fatos relevantes da ação, da questão jurídica posta em juízo, dos fundamentos da decisão e da solução determinada pela corte.

9. Os *obiter dicta* equivalem aos argumentos não acolhidos pela maioria da corte como justificativa para a solução dada a uma demanda, aos fundamentos não determinantes da decisão ou, ainda, a entendimentos ou comentários não diretamente necessários à solução do caso concreto. Esses elementos não se prestam a compor a *ratio decidendi* e não produzem efeitos vinculantes para o julgamento de casos futuros.

10. A distinção entre casos (*distinguishing*) deve ocorrer sempre que se demonstrar que a nova demanda apresenta peculiaridades de fato, suscita questão jurídica distinta e/ou não é perfeitamente solucionável com base nos fundamentos que justificaram a decisão do precedente. Em caso de distinção, não se aplicará a solução preconizada pelo precedente vinculante à nova demanda.

11. O CPC/2015 acolheu categorias muito semelhantes àquelas do direito comparado. Determinou, assim, que o teor vinculante do precedente corresponderá à tese firmada no julgamento (art. 988, III, IV e §4º c/c art. 987, §2º). Previu, também, que a tese não se confunde com os fundamentos da decisão, embora reconheça a importância destes para determinar o teor e o alcance daquela. O exame sistemático dos vários dispositivos que tratam do assunto permite a definição da tese como um conceito assemelhado ao conceito de *ratio decidendi* do *common law*, ou seja, como uma descrição do entendimento jurídico firmado pela corte como premissa necessária para a decisão do caso.

12. Se o CPC/2015 acolheu tal concepção de tese jurídica vinculante, inclusive em sede de controle concentrado da constitucionalidade, isso significa que, com a sua vigência, o entendimento do STF que rejeitava a eficácia transcendente da fundamentação precisará ser revisitado. É que a eficácia transcendente significa justamente atribuir efeitos vinculantes à *ratio decidendi* das decisões proferidas em ação direta. Mesmo que esse entendimento não fosse acolhido pelo STF no passado, o fato é que, ao que tudo indica, o novo Código o adotou.

13. Ainda segundo o CPC/2015, a distinção entre casos pressupõe um confronto: dos fatos relevantes de cada qual, das questões jurídicas que

suscitam e dos fundamentos adequados para enfrentá-las. Um precedente só deve ser aplicado quando o caso subsequente versar sobre a mesma questão de direito tratada no primeiro e desde que os fundamentos utilizados para decidi-lo sejam aplicáveis à nova demanda. Do contrário, deve-se proceder à distinção entre os casos, tal como ocorre no *common law* (art. 966, §5º, 985, §2º, c/c art. 966, §§ 9º e 12).

14. Alguns cuidados especiais precisam ser tomados na definição das teses jurídicas pelo Supremo Tribunal Federal. Em primeiro lugar, não se deve incluir nas teses questão de direito não suscitada pelo caso concreto ou cuja solução era desnecessária para a sua decisão. Esta postura preserva os princípios da inércia da jurisdição, da congruência, do contraditório e do devido processo legal. Decidir matéria estranha à causa em exame e atribuir-lhe efeitos normativos significa decidir com nível inadequado de informação e sem conhecer todos os argumentos pró e contra que a questão envolve, expondo-se a Corte ao erro e à instabilidade jurisprudencial.

As considerações acima são produzidas nos primeiros momentos da vigência do novo Código. As dificuldades em sua implementação e as consequências sistêmicas decorrentes da utilização de alguns de seus institutos ainda não se fizeram sentir. Portanto, trata-se de considerações iniciais, abertas a novas reflexões. Mas é tempo de a comunidade jurídica e os tribunais debruçarem-se sobre o CPC/2015, de se arriscarem em seu terreno pouco conhecido e de buscarem operacionalizá-lo. Um tempo de riqueza ímpar, em que se tem a oportunidade rara de mudar de paradigma na operação com precedentes judiciais e de alterar profundamente o nosso sistema. Uma oportunidade que não se deve perder.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry. Constrained by Precedent. *Southern California Law Review*, Los Angeles: v. 63, p. 1-64, nov. 1989.

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A Força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 553-673.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. Nova Iorque: Dover Publications, 2005.

COLE, Charles D. *Stare Decisis* na Cultura Jurídica dos Estados Unidos. O Sistema de Precedente Vinculante do *Common Law*. Tradução de Maria Cristina Zucchi. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: v. 87, n. 752, p. 11-21, jun. 1998.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

FINE, Toni M. O Uso do Precedente e o Papel do Princípio do *Stare Decisis* no Sistema Legal Norte-Americano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: v. 89, n. 782, p. 90-96, dez. 2000.

GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. The Ratio Decidendi of a Case. *Modern Law Review*, London: v. 22, p. 117-124, 1959.

LLEWELYN, Karl N. *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MALTZ, Earl. The Nature of Precedent. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, v. 66, p. 367-392, jan. 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

MARSHALL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 503-518.

MARTINS, Yves Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. Eficácia das Decisões do Supremo Tribunal Federal. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, n. 2, p. 7-11, jan./mar. 1993.

MATTOS, Luiz Norton Baptista. O Projeto do novo CPC e o incidente de resolução de demandas repetitivas. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 767-863.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. *Universitas IUS*, v. 26, n.2, p. 41-55, jul./dez. 2015.

_____. Como se opera com precedentes segundo o Novo CPC. *Jota*, 22.03.2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/como-se-opera-com-precedentes-segundo-o-novo-cpc>>. Acesso em 15 jun. 2016.

_____. *Precedentes: o desenvolvimento do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e Jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no Direito brasileiro contemporâneo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 11-37.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional. *Revista de Informa o Legislativa*, Senado Federal, Brasília: v. 162, p. 149-168, 2004.

MONAGHAN, Henry Paul. Stare Decisis and Constitutional Adjudication. *Columbia Law Review*, New York: v. 88, n. 4, p. 723-773, maio 1988.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. 7. ed. Saint Paul: Thomson West, 2004.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Jurisprudência instável e seus riscos: a aposta nos precedentes vs. uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 433-471.

RE, Edward D. Stare Decisis. *Revista de Processo*, S o Paulo: v. 19, n.73, p.47-54, jan./mar. 1994.

RORIVE, Isabelle. La Rupture de la House of Lords avec un Strict Principe du *Stare Decisis* dans le Contexte d'une Réflexion sur l'Accélération du Temps Juridique. In: GERARD, Philippe; OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel (org.). *L'Accélération du Temps Juridique*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000. p. 801-836.

RUIZ MIGUEL, Alfonso; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 253-291.

SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Judiciário. *Revista de Direito Público*, São Paulo: n. 75, p. 5-20, jul./set. 1985.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev. 1987.

_____. Rules, the Rule of Law, and the Constitution. *Constitutional Commentary*, Minneapolis, v. 6, p. 69-85, 1989.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 355-405.

TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997. p. 141-187.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. v. 1, New York: Foundation Press. 2000.

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2015.

_____. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, v. 172, p. 121, São Paulo: Revista do Tribunais, jun. 2009.

CONSIDERAÇÕES E REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE OS RECENTES ATAQUES TERRORISTAS SOFRIDOS PELA FRANÇA À LUZ DO DILEMA ENTRE SEGURANÇA NACIONAL E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

*CONSIDERATIONS AND CRITICAL REFLECTIONS REGARDING
THE RECENT TERRORIST ATTACKS SUFFERED BY FRANCE
UNDER THE NATIONAL SECURITY AND HUMAN RIGHTS
PROTECTION DILEMMA*

*Bernardo Gonçalves Fernandes¹
Juliana Ferreira Alvim Soares de Senna²*

SUMÁRIO: Introdução: Dilema entre Segurança Nacional e Proteção aos Direitos do Homem; 1 Sistema de Proteção de Direitos Humanos: evolução histórica de consolidação e envolvimento regional; 2 Sistemas Regionais: consolidação da jurisdição europeia de Direitos Humanos; 2.1 Dilema entre Segurança Nacional e Proteção dos Direitos Humanos a partir do Estudo Jurisprudencial do Direito de

1 Professor Associado de Teoria da Constituição e Direito Constitucional do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

2 Pesquisadora do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFMG.

Derrogação; 3 *USA PATRIOT Act*: Normalização do Estado de Exceção e Necessidade de Reconciliação entre Segurança Nacional e Direitos Humanos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo visa a analisar questões jurídico-políticas que permeiam os ataques terroristas sofridos pela França em novembro de 2015, especificamente no que tange a medidas de contraterrorismo. Objetiva-se, a partir da Corte Europeia de Direitos Humanos, demonstrar de que forma ocorreu e ocorre a consolidação da jurisdição europeia de direitos humanos, questionando-se de que forma pode se dar a relação entre tal consolidação e a questão da segurança nacional. Ademais, intenciona-se argumentar que a situação normativa dos Estados Unidos no pós 11 de setembro demonstra que a escolha pela segurança nacional, em detrimento da proteção de direitos humanos, pode ter consequências muito severas, relacionadas à normalização do estado de exceção.

PALAVRAS-CHAVE: Terrorismo. Contraterrorismo. Direitos Humanos. Corte Europeia de Direitos Humanos. Segurança Nacional. Direito de Derrogação. USA Patriot Act. Estado de Exceção.

ABSTRACT: This article intends to analyse the legal and political issues regarding the terrorist attacks suffered by France in November 2015, specifically the questions surrounding counterterrorism measures. Using the European Court of Human Rights, it aims to demonstrate how the consolidation process of the European jurisdiction of human rights has been happening over the years, questioning the relationship between such consolidation and the national security issue. Furthermore, it intends to argue that the US normative situation after the 9/11 shows that the preference for national security at the expense of human rights protection can result on hard consequences related to the normalization of the state of exception.

KEYWORDS: Terrorism. Counterterrorism. Human Rights. European Court of Human Rights. National Security. Derogation Right. USA PATRIOT Act. State of Exception.

INTRODUÇÃO: DILEMA ENTRE SEGURANÇA NACIONAL E PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO HOMEM

Conforme extensas discussões de política internacional e acadêmica, até os recentes ataques terroristas sofridos pela França³, tínhamos duas principais correntes em termos de relação entre o fluxo migratório de refugiados para a Europa⁴ e a questão de segurança nacional. A primeira, encabeçada primordialmente pela chanceler Angela Merkel, defendia que, apesar das ameaças proferidas pelo grupo terrorista conhecido como Estado Islâmico⁵, a Europa seria responsável pelo acolhimento de refugiados vindos do Oriente Médio e do norte da África, em razão da percepção de um dever humanitário e da noção de coletividade internacional. A segunda, anteriormente atribuída a simpatizantes de ideologias de direita e centro-direita, dizia respeito à noção de autopreservação do povo europeu, de tal forma que entendia que o acolhimento dos refugiados deveria ser realizado de forma mais restrita e seletiva, sob pena de se colocar em risco a segurança dos Estados integrantes do Acordo de Schengen⁶.

Acontece que os mencionados ataques confirmaram aquilo que fora amplamente anunciado pelo Estado Islâmico e que era de desconfiança de boa parte da sociedade internacional: o intenso fluxo migratório de refugiados à Europa levou consigo, à parte dos diversos problemas econômicos e sociais, os quais não serão por nós abordados, militantes da organização terrorista acima mencionada. Em outras palavras, o que se teve foi a constatação de que há, dentre os refugiados, terroristas, cuja agenda é a propagação do terror contra os infieis; ou seja, contra a população europeia de forma genérica.

3 BBC NEWS. *Paris Attacks: What happened on the night*. BBC NEWS [Domínio Eletrônico]. 9 de dez. 2015. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-34818994>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

4 Os conflitos civis sírios e a continua expansão do Estado Islâmico constituem as duas principais causas do aumento do fluxo migratório para a Europa, em razão do aumento da perseguição às minorias políticas. Vale ressaltar que, de acordo com dados fornecidos pela Agência de Refugiados das Nações Unidas, mais de 1 milhão de migrantes refugiados adentraram à Europa em 2015. Cf. UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *Refugees/Migrants Emergency Response: Mediterranean*. UNHCR [Domínio Eletrônico]. Disponível em: <<http://data.unhcr.org/mediterranean/regional.php>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

5 O Estado Islâmico é uma organização terrorista de ideologia jihadista islâmica, sendo que atualmente controla porções dos territórios sírio e iraquiano, primordialmente.

6 Necessário frisar que citamos o Acordo de Schengen nominalmente em razão do facilitado fluxo migratório entre os seus Estados-Parte. Entretanto, a questão que se coloca diz respeito à segurança da Europa, de forma mais generalizada.

Em termos de segurança nacional, a reação imediata dos Estados Europeus é a ativação de seus protocolos de contraterrorismo. Entretanto, surge, nesse contexto, um empecilho à efetividade de medidas de tal sorte. Necessário frisar que em razão dos padrões (*patterns*) apresentados pelo fenômeno do terrorismo nas últimas décadas, os protocolos de contraterrorismo dos Estados são primordialmente voltados para o terrorismo internacional, o que, frente o presente caso, pode se mostrar problemático. Isso porque, em nossa opinião, ainda que formalmente possa-se falar do fenômeno em termos internacionais, os Estados devem lidar com ele como se fosse terrorismo eminentemente doméstico – sem, no entanto, excluir seu caráter internacional.

Isso se mostra necessário porque os Estados não estão lidando com um número reduzido de suspeitos e uma quantidade ainda menor de militantes terroristas. Na realidade, as agências de segurança estatais, diante das considerações colocadas, devem passar a encarar todos os refugiados como suspeitos, dentre os quais números expressivos podem ser agentes do terror, de tal vênua que os Estados passam a ter que lidar com um número muito expressivo de suspeitos e de militantes ativos. Eis que a efetividade dos protocolos de segurança contraterrorista fica, portanto, em cheque. Medidas como a de reconhecimento facial e a de *profiling* passam a ter implantação prática extremamente complicada em termos de logística, sob pena de caírem em total inefetividade.

Em razão dessas questões, torna-se imperiosa aos Estados, em termos de segurança nacional, a implementação de novas medidas de contraterrorismo. Faticamente sabe-se que tais medidas incluem a edição de instrumentos normativos capazes de dar poderes e condições às agências estatais para que identifiquem, capturem e punam aqueles indivíduos que ameacem a segurança doméstica estatal em termos de ameaça terrorista.

Entretanto, surgem diversos questionamentos. Primeiramente, o que nos perguntamos é de que forma podem tais atos serem editados sem que violem Direitos Humanos. Afinal, se assumido como pressuposto que existem terroristas dentre os refugiados, a distinção básica entre suspeitos e não-suspeitos passa a ser a origem do indivíduo – ou mesmo sua religião, se generalizadas algumas questões. Certamente tal distinção, se traduzida normativamente, acarreta em medida violadora de direitos fundamentais, haja vista os dispositivos que determinam a igualdade da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁷. Porém, para além do questionamento supracitado, surge outro, de natureza

7 ARTIGO 14º - Proibição de discriminação. O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

muito mais estrutural e com consequências muito mais severas para a ordem internacional. Perguntamo-nos se existem mecanismos de direitos humanos suficientes que limitem a ação estatal em termos de segurança nacional em face à ameaça terrorista e, avançando na questão, perguntamo-nos também, existindo tais mecanismos, se eles causam constrangimentos em relação às edição de instrumentos normativos nessas questões. Para que tais questões possam, no entanto, prosperar enquanto questionamentos hermenêuticos de fato, mostra-se imperioso que nos atentemos à questão da consolidação da jurisdição de direitos humanos e, nesse ditame, também à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Para além dos mencionados questionamentos, buscaremos argumentar que existe uma necessidade de reconciliação entre a segurança nacional e a proteção dos direitos humanos. O que se intenciona demonstrar é que a situação normativa norte-americana no pós 11 de setembro de 2001, à luz do USA PATRIOT Act e das Military Orders, consagrou uma espécie de normalização do Estado de Exceção, o que, como abordaremos, acarreta em severas consequências para a ordem constitucional democrática, traduzindo, pois, a mencionada necessidade de reconciliação.

1 SISTEMA DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE CONSOLIDAÇÃO E ENVOLVIMENTO REGIONAL

Para que possamos nos atentar adequadamente à construção textual da evolução na história recente da humanidade em termos de direitos humanos, faremos uso de dois níveis de análise, os quais serão abordados conjuntamente, sendo eles os sistema internacional e subsistemas regionais, sendo que, no presente caso, será trabalhado apenas o subsistema europeu⁸. Importante destacar que um dos principais elementos que permeiam os Direitos Humanos é a historicidade⁹, de tal forma que se pressupõe que os Direitos Humanos sofreram (e sofrem) importantes alterações conceituais e normativas no decorrer da história como forma de adaptação e resposta coerente às novas perspectivas conjunturais. Dito isso, intenciona-se fazer breve digressão acerca do referido processo evolutivo.

8 Esse recorte metodológico se justifica em razão do objeto de análise do presente artigo, o qual, conforme se sabe, diz respeito aos recentes ataques terroristas sofridos pela França.

9 Destaca-se que a utilização do termo foi empregada no sentido adotada pela doutrina da professora Flávia Piovesan, se considerando que os direitos humanos não constituem um dado, mas são, em verdade, uma invenção humana decorrente de um contínuo processo de (re)construção. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

A proteção aos Direitos Humanos iniciou-se ainda no século XVII, quando ocorreu, ainda em âmbito doméstico, a promulgação de atos protetivos, tais como a Petição de Direitos de 1628, a Declaração de Habeas Corpus de 1679 e a Declaração de Direitos de 1689.¹⁰ Dado o contexto da época, sabe-se que se iniciou, então, a moldagem do conceito clássico de Direitos Humanos, o qual consiste, em termos simplistas, no estabelecimento de garantias básicas dos indivíduos, em virtude de protegê-los contra ingerência do Estado. Em concordância com o movimento inaugurado no século XVII e enaltecidos pelas revoluções liberais do final do século XVIII, iniciou-se o processo de reconhecimento dos direitos que seriam chamados de direitos de liberdade, os quais, desenvolvidos via garantia de liberdades civis e políticas, começaram o processo de mudança da titularidade do poder político para o indivíduo, enquanto parte do povo.¹¹

Já no início do século XX, por ocasião do fortalecimento das ideologias provenientes do século XIX, inauguram-se, também, os direitos sociais, culturais e econômicos, que não apenas alargaram a tábua de Direitos Humanos, como também remodelaram a visão sobre os direitos até então já reconhecidos em âmbito estatal. Entretanto, necessário destacar que ambos os momentos históricos, relativos aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, ocorreram sob a égide do Estado, sendo que cabia exclusivamente à legislação doméstica estabelecer um sistema protetivo para esses novos direitos.

Certo é que breve análise política-jurídica do período pode explicar o porque de tal exclusividade doméstica: com o Direito Internacional ainda incipiente e com Organizações Internacionais ineficazes em seus propósitos¹², não havia espaço político para que o enaltecimento da noção

10 BOUVIER, Antoine A. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário. In: BOUVIER, Antoine A. *O Direito Internacional Humanitário e Direito dos Conflitos Armados*. Williamsburg: Instituto para Treinamento em Operações de Paz, 2011.

11 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

12 Mais especificamente, o Direito Internacional, enquanto ordenamento jurídico internacional, teve seu início ainda no século XVII, com a chamada Paz de Westfália. À época, os Estados estabeleceram, conjuntamente, regras de interação e, portanto, limites para suas respectivas ações e para suas relações com os demais atores. (Cf. ALVES, José A.L. *A arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997). Entretanto, ainda que se constitua como um importante passo nesse sentido, o simples estabelecimento de tais regras não era suficiente, como a própria história demonstra: com o século XVIII marcado por revoluções, o século XIX marcado por conflitos localizados e o século XX iniciado sob a égide da Primeira Grande Guerra, se tornava claro, para os Estados, a necessidade de se avançar nas regras antes delimitadas e na de se instituir meios para fazê-las valer. Nesse sentido, desde a Paz de Westfália, a maior evolução em termos de Direito Internacional e da interação entre os Estados foi a criação da Liga das Nações, a qual representou a tentativa, no pós Primeira Grande Guerra, de criar um mecanismo de coordenação internacional para manutenção da paz e harmonia no sistema. Entretanto, conforme se sabe, a Liga das Nações, por diversos motivos, falhou em seus objetivos e não impediu diversos conflitos que acabariam com a paz internacional, sendo o mais expressivo deles a Segunda Grande Guerra.

de interesses coletivos – a própria noção de sociedade internacional, portanto – fosse suficiente à relativização da até então mais absoluta norma internacional; o princípio da não-intervenção, consubstanciado pela noção de soberania.

Ainda que a Liga das Nações¹³ tenha representado importante passo na direção da relativização do mencionado princípio¹⁴, foi somente no ditame e em razão da Segunda Guerra Mundial que o pensamento vigente em relação a Direitos Humanos sofreu importantes alterações, haja vista ter se apresentado como marco conjuntural suficientemente expressivo para a percepção da necessidade de mudança dos moldes do sistema internacional. Conforme coloca Godinho¹⁵, os abusos cometidos contra os indivíduos no decorrer da II Grande Guerra foram tamanhos que serviram como elemento de propulsão para a criação de normas protetivas à dignidade humana. Isso porque,

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessário a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. Nesse cenário, o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hannah Arendt, o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos.¹⁶

Considerando que “se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução”¹⁷, destaca-se que os horrores da II Guerra apontaram duas principais questões.

13 Necessário ressaltar brevemente, no que diz respeito aos antecedentes à internacionalização da proteção dos direitos humanos, enquanto parte do processo: “o lado do Direito Humanitário e da Liga das Nações, a Organização Internacional do Trabalho (International Labour Office, agora denominada International Labour Organization) também contribuiu para o processo de internacionalização dos direitos humanos.” Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 189.

14 Ibidem.

15 GODINHO, Fabiana de Oliveira. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

16 PIOVESAN, op. cit., p. 191.

17 Ibidem, p. 192.

Primeiramente, a necessidade de fortalecimento das regras internacionais e a criação de uma Organização Internacional mais participativa – na visão de alguns, mesmo de cunho intervencionista – haja vista os “horrores gerados pela omissão injustificada da comunidade internacional em não intervir nos assuntos domésticos de um Estado.”¹⁸ Em segundo lugar, a insuficiência dos sistemas de proteção de direitos humanos eminentemente domésticos, encaminhando de forma mais efetiva a chamada “comunidade internacional” ao processo de internacionalização desse sistema protetivo.

Ambas as supracitadas questões levaram à criação da Organização das Nações Unidas (ONU) enquanto um órgão internacional fundamentalmente político-jurídico, servindo a dois principais propósitos. Primeiramente, obter sucesso naquele objetivo no qual a Liga das Nações havia falhado: o estabelecimento e manutenção da paz e segurança internacionais. Em segundo lugar, em função da comoção gerada pelo extermínio em massa dos judeus e o sofrimento e privação impostos a indivíduos do mundo inteiro como consequência da Guerra, a atenção da Humanidade começou a se voltar para os direitos individuais de cada indivíduo e do papel que a sociedade internacional deveria ter nesse contexto, questionando os papéis desempenhados individual e coletivamente na implementação e supervisão dos acontecimentos internacionais.¹⁹ Em outras palavras, as Nações Unidas firmavam, em sua Carta originária, a proteção dos Direitos Humanos como um de seus objetivos primordiais²⁰, o fazendo em termos de coletividade internacional.

Tais questões foram decorrentes e culminaram, no âmbito de um processo de causação circular cumulativa, no marco da consolidação do processo de internacionalização dos direitos humanos, o que significa dizer, em termos práticos, que se tinha, enfim, a superação da noção de que o tratamento concebido a indivíduos é uma questão restrita à jurisdição doméstica, bem como da noção

18 SUDRE, Frédéric. *Droit International et européen des droits de l'homme*. 2.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 13 apud RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2. 3d. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44.

19 HAAS, Michael. *International Human Rights: a Comprehensive Introduction*. Nova York: Routledge, 2008.

20 Inclusive, a importância dada à proteção dos Direitos Humanos pela Carta das Nações Unidas pode ser observada ainda em seu preâmbulo: “Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla [...]”. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta da Organização das Nações Unidas*. São Francisco:1945.

do indivíduo enquanto mero objeto internacional.²¹ Em outras palavras, a Carta da Organização das Nações Unidas relativizou a soberania dos Estados ao estabelecer exceções ao princípio da não intervenção, possibilitando que a proteção internacional dos direitos humanos fosse realizada também em âmbito doméstico; e, em um movimento intrinsecamente relacionado, reconheceu o indivíduo como sujeito de Direito Internacional. Em razão dessas questões, primordialmente, considera-se que a Carta das Nações Unidas representa o marco de consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos²², representando a própria internacionalização da proteção aos direitos humanos; marco o qual só foi possível em razão da Segunda Guerra Mundial²³. Dessa forma, a Carta das Nações Unidas consolida “o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados que elevam a promoção desses direitos a propósito e finalidade das Nações Unidas.”²⁴

Ainda que a Carta das Nações Unidas tenha representado um fundamental passo em direção à proteção internacional dos direitos das gentes, principalmente no que tange ao reconhecimento da necessidade de proteção normativa fundamentada sobre os pilares da universalidade, vale ressaltar que suas disposições sobre o assunto são um tanto quanto genéricas²⁵. Justamente por esse motivo ocorreram diversas discussões, no âmbito da ONU, as quais culminaram na Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁶ (“A Declaração” ou “Declaração Universal dos Direitos do

21 PIOVESAN, op. cit.

22 O direito internacional dos direitos humanos pode ser definido como o conjunto de normas que estabelece os direitos que os seres humanos possuem para o desenvolvimento de sua personalidade e estabelecem mecanismos para a proteção de tais direitos. Cf. MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

23 Nas palavras de Thomas Buergenthal, Dinah L. Shelton e David P. Stewart: “O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós- guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse”. Cf. BUERGENTHAL, Thomas et al. *International Human Rights in a Nutshell*. 4. ed. Washington: GW Law Faculty Publications & Other Works, 2009. p. 17.

24 PIOVESAN, op. cit., p. 200.

25 “Embora a Carta das Nações Unidas seja enfática em determinar a importância de defender, promover e respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais [...], ela não define o conteúdo dessas expressões, deixando-as em aberto. Daí o desafio de desvendar o alcance e significado da expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais”, não definida pela Carta.”. Cf. PIOVESAN, op. cit., p. 201.

26 Importante mencionar que a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 foi promulgada em âmbito da Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) em caráter de Resolução recomendatória. Entretanto, ainda que, a princípio, Resoluções da AGNU não tenham força vinculante, parte da doutrina admite a o vínculo jurídico-obrigacional da Declaração, seja em razão de ser uma espécie de “interpretação autorizada da expressão ‘direitos humanos’ constante da Carta das Nações Unidas” (Cf. PIOVESAN, op. cit., p. 208), seja em razão de já ser considerada como norma de jus cogens ou, ainda, por fazer parte do direito consuetudinário internacional.

Homem”), datada de 1948, a qual definiu e delimitou o elenco dos “direitos humanos e liberdades fundamentais” mencionados pela Carta das Nações Unidas a partir dos princípios da universalidade e da indivisibilidade. Nesse sentido, leciona a Professora Flávia Piovesan²⁷: “É como se a Declaração, ao fixar um código comum e universal de direitos humanos, viesse a concretizar a obrigação legal relativa à promoção desses direitos – obrigação esta constante da Carta das Nações Unidas.”

Essa Declaração, diferentemente de documentos que a antecederam, não invocou preceitos ou credos específicos²⁸, tornando mais fácil sua adaptação. Entretanto, necessário ressaltar a dubiedade consequente de tal característica: se, por um lado, permitiu o reconhecimento mais geral frente a sociedade de Estados, permitindo que todos os indivíduos se tornassem sujeitos de direito na esfera internacional, por outro permitiu a discricionariedade interpretativa dos Estados frente suas disposições, o que acarretou, frente a diversidade de correntes interpretativas, dificuldade na aplicação prática do instrumento normativo.

A internacionalização dos direitos humanos, para além da questão normativa, traz consigo a necessidade de efetiva proteção desses direitos²⁹, em termos de promoção, controle e garantia³⁰. Nesse ditame, ressalta-se que o chamado Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos³¹, composto normativamente pela Carta das Nações Unidas e pela Declaração

27 PIOVESAN, op. cit., p. 201.

28 ALVES, José A.L. *A arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

29 “[...] a preocupação com os direitos do homem saem da esfera filosófica, na qual eram mensurados os fundamentos basilares dos direitos, para tomarem contornos de natureza mais políticos, no sentido de objetivarem os mecanismos legais para garanti-los.” Cf. FREITAS, Jeane Silva de; MACEDO, Sibelle Silva. *Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos: Relevância da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. Conjuntura Austral*. ISSN 2178-8839, v. 4, n. 18, jun./jul. 2013. p. 91.

30 Para Bobbio, as atividades internacionais na área de proteção dos direitos humanos podem ser classificadas em três categorias: promoção, controle e garantia. As primeiras formariam o conjunto de ações destinadas ao fomento e ao aperfeiçoamento dos direitos humanos pelos Estados. As atividades de controle envolvem as que cobram dos Estados a observância das obrigações por eles contraídas internacionalmente. A atividade de garantia, por sua vez, só seria criada quando a jurisdição internacional se impusesse concretamente sobre as jurisdições nacionais, deixando de operar dentro dos Estados, mas contra estes e em defesa dos cidadãos. Cf. CARMO NETO, Manoel. *O Papel dos Sistemas Regionais na Proteção dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: 2008.

31 Necessário destacar que a nomenclatura “Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos” está sendo utilizada em dois sentidos distintos. O primeiro deles diz respeito ao conjunto de normas, procedimentos, órgãos e políticas públicas que integram todo o sistema de proteção aos direitos humanos, a níveis doméstico, regional e global. O Segundo, em sentido estrito, diz respeito às normas, procedimentos e órgãos fundamentalmente internacionais que integram o sistema em sentido amplo.

Universal de Direitos Humanos, junto a outros Tratados Internacionais³², traz à baila, fundamentalmente, a necessidade de complementaridade. Isso porque suas normas, conforme mencionado anteriormente, são revestidas de generalidade e, adicionalmente, existem dificuldades de operacionalização, implementação e fiscalização de normas e políticas protetivas de direitos humanos decorrentes da impossibilidade logística das Nações Unidas de se comprometer com a *international accountability* em todo o globo. Em outras palavras, o Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos não é componente suficiente à consolidação do Sistema de Proteção aos Direitos Humanos, sendo necessários também os chamados sistemas regionais e domésticos. Dessa maneira, conforme demonstraremos a seguir, para que se fale em Sistema de Proteção aos Direitos Humanos e em efetiva proteção dos direitos das gentes, deve haver complementaridade harmônica e independente entre os sistemas internacional, regionais e domésticos, a partir do estabelecimento e manutenção de relações solidárias e subsidiárias.

No mencionado sentido de complementaridade, ressalta-se que aos sistemas regionais ficaria designada a responsabilidade de promoção e proteção dos direitos ora delimitados no âmbito do sistema internacional³³, haja vista que, conforme mencionado, este trata primordialmente da formulação de normas gerais de conduta, não estabelecendo, no entanto, mecanismos de *enforcement* à observância das normas em questão. Em outras palavras, *a priori* ficou reservada, aos sistemas regionais, a função de efetivação da proteção aos direitos humanos via estabelecimento de mecanismos fiscalizatórios e sancionatórios.³⁴

Adicionalmente, ainda em sentido de complementaridade fundamental no que tange à efetivação dos direitos humanos, os sistemas regionais também abarcam função eminentemente legislativa e interpretativa. Mais especificamente, esses sistemas, visando aproximar os bens jurídicos protegidos pelas normas internacionais de direitos humanos às particularidades regionais, a partir de um senso de coletividade identitária

32 Vale ressaltar que foram mencionados tão somente os principais instrumentos normativos do Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos, citando-se, a título exemplificativo, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966) e o Pacto Internacional dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

33 FREITAS, Jeane Silva de; MACEDO, Sibelle Silva. *Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos: Relevância da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos*. Conjuntura Austral. ISSN 2178-8839, v. 4, n. 18, jun./jul. 2013.

34 CARMO NETO, Manoel. *O Papel dos Sistemas Regionais na Proteção dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: 2008.

regional³⁵, estabeleceram normas de direitos humanos complementares e especificaram aquelas já existentes, assim como instituíram organismos regionais de interpretação e aplicação das leis.

Certo é que os sistemas internacional e regionais de proteção aos direitos humanos geram obrigações para os Estados, estas que devem ser cumpridas a plano doméstico, sendo eles os responsáveis primários no que tange à garantia dos direitos das gentes. Eis, portanto, a necessidade do sistema doméstico se inter-relacionar para com os demais: “tendo a si confiada a proteção primária dos direitos humanos, os tribunais internos têm, em contrapartida, que conhecer e interpretar as disposições pertinentes dos tratados de direitos humanos”³⁶ e o fazem a partir do constante diálogo entre Direito Constitucional e Direito Internacional.

Dessa forma, entende-se que a harmonia do Sistema de Proteção dos Direitos Humanos reside no fato de, por um lado, os sistemas internacional e regionais estabelecerem obrigações aos Estados e, por outro, serem justamente estes Estados os responsáveis primários pela proteção aos direitos humanos, ficando as atividades fiscalizatória e sancionatória, bem como responsabilidade subsidiária, à cargo dos supracitados sistemas.

2 SISTEMAS REGIONAIS: CONSOLIDAÇÃO DA JURISDIÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Ainda que a Organização das Nações Unidas só tenha sido formalmente criada em 1945, os genes de sua criação já efervesciam desde o início dos anos 1940. Nesse sentido, a ideia da criação de uma Organização que pudesse manter a paz e a segurança internacionais e protegesse os Direitos Humanos não incorreu apenas em nível internacional (aqui no sentido de “mundial”), sendo que, inclusive, em 1943, Churchill já havia ressaltado a necessidade de construção de uma espécie de uma “ONU europeia” ao final da Guerra.³⁷

35 Ao apontar as vantagens dos sistemas regionais, Rhona K. M. Smith destaca que, “na medida em que um número menor de Estados está envolvido, o consenso político se torna mais facilitado, com relação aos textos convencionais e quanto aos mecanismos de monitoramento. Muitas regiões são ainda relativamente homogêneas, relativamente à cultura, à língua e às tradições, o que oferece vantagens”. Cf. SMITH, Rhona K. M. *Textbook on International Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 84, tradução nossa.

36 TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito Internacional e Direito Interno: sua Interação na Proteção dos Direitos Humanos*. São José da Costa Rica: 1996. p. 7.

37 BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia de Direitos do Homem Anotada*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

A conclamação feita pelo à época Primeiro-Ministro britânico ganhou força entre seus vizinhos europeus, em virtude da necessidade da criação de sistemas regionais de proteção aos direitos humanos que pudessem complementar o sistema que começava a ser instituído em vias de fato pela ONU. Dessa forma, em março de 1948, cinco países celebraram a feitura e assinatura do Tratado de Bruxelas, o qual teve adesão de mais quinze Estados até 1949 e de diversos outros Estados ao longo dos anos. A partir do referido ato normativo foi instituído, ainda em 1949, o Conselho da Europa, cujo intuito era o de demonstrar o desejo de paz e garantir os direitos das gentes no continente europeu³⁸, de modo a inaugurar um órgão que fosse parte central no Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos.³⁹

Conforme elucidaciones acerca do Sistema de Proteção dos Direitos Humanos realizadas anteriormente, sendo um sistema regional, o sistema europeu guarda relação de complementaridade para com o sistema internacional, de tal forma que àquele cabe a adaptação das normas gerais deste último⁴⁰ às especificidades da Europa, o que ocorre primordialmente via Convenção Europeia de Direitos Humanos. Adicionalmente, o sistema europeu também se preocupa em estabelecer mecanismos de supervisão e proteção dos direitos e garantias fundamentais, identificando ameaças e conscientizando os cidadãos europeus da importância dos Direitos Humanos.⁴¹

O primeiro Tratado elaborado pelo Conselho foi a “Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais” (A Convenção Europeia de Direitos Humanos ou “a Convenção”), assinado em Roma, em 1950⁴² e ratificado em 1953.⁴³ Conforme menciona Barreto⁴⁴, a Convenção está abarcada sob a égide do movimento que buscava prelecionar, por meio de uma carta de direitos, os

38 FERREIRA, Gustavo Assed. Corte Europeia de Direitos Humanos. In: BARRAL, Weber (org).

Tribunais Internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/2864/Tribunais_Internacionais.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2015.

39 Isso é perceptível no artigo 1, alíneas “a” e “b” e no artigo 3 do Estatuto do Conselho.

40 Adaptação a qual é realizada via interpretação das normas de Direito Internacional e via proposição de novas normas embasadas em princípios fundamentais.

41 RENUCCI, Jean-François. *The Rights guaranteed and the protection mechanism*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2005.

42 FERREIRA, op. cit.

43 EISSEIN, Marc-André. *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 1985.

44 BARRETO, op. cit.

valores políticos e culturais compartilhados pelas democracias ocidentais, sobretudo as europeias.

A referida Convenção, além de estabelecer especificidades às normas protetivas de direitos humanos do sistema internacional, tem em seu texto a previsão de criação de órgãos Europeus específicos, paralelos aos internacionais, incumbidos de fiscalizar o respeito aos direitos humanos e julgar as suas eventuais violações, dentro de cada Estado-Parte, demonstrando importante progresso quanto às barreiras derivadas da defesa da soberania extrema dos Estados.

Em razão das disposições constantes da Convenção, o sistema europeu de proteção aos direitos humanos apresenta diversos mecanismos de *enforcement*, ou seja, formas de “fazer valer” as normas de proteção de direitos humanos, sendo que os dois principais são traduzidos pelo oferecimento de mecanismos de reclamação e pela realização de monitoramento da situação dos direitos humanos na região; ambos os quais são realizados via Corte Europeia de Direitos Humanos, Comissão Europeia de Direitos Humanos e Comitê de Ministros do Conselho de Europa.

O Conselho da Europa é o único órgão que apresenta ambos os mecanismos de reclamação, queixa individual ou coletiva, e o monitoramento via relatórios baseados nas queixas e em análises específicas de cada país. Dentro do Conselho tem-se a Corte Europeia de Direitos Humanos (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ou “a Corte”), que, além de julgar as acusações de não cumprimento das disposições sobre os direitos humanos previstas nos Tratados do Conselho por parte dos Estados-parte via decisões juridicamente vinculantes, exerce jurisdição sobre a interpretação e a aplicação de quaisquer normas de direitos humanos que sejam concernentes aos Estados-Parte do Conselho. Ademais, a jurisprudência realizada pela Corte é influente no desenvolvimento de normas de direitos humanos, mesmo para além do sistema do Conselho da Europa e, embora não guarde relação hierárquica direta para com os tribunais nacionais, também examina políticas e leis internas. Por este motivo, alguns consideram a Corte como um Tribunal Constitucional para a Europa⁴⁵.

É válido ressaltar que a relação entre a legislação europeia sobre direitos humanos e a legislação doméstica de seus países é bastante

45 Outros dois componentes do Conselho que merecem ser citados são o Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e Tratamento Desumano ou Degradantes e o Comitê Europeu dos Direitos Sociais, que monitoram a implementação dos tratados que abordam tais questões.

específica. Todos os Estados-membros do Conselho da Europa incorporaram a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais em sua legislação nacional; ou seja os Estados-parte devem garantir os direitos humanos no âmbito doméstico e eles o fazem ao constitucionalizá-los na forma de direitos fundamentais, haja vista a interface entre direitos humanos e direitos fundamentais. Nesse sentido, o Poder Judiciário de cada país deve garantir o *enforcement* das disposições da Convenção. Isso explica o esclarecimento do Conselho de que a Corte Europeia de Direitos Humanos não substitui as cortes nacionais, mas sim as auxilia na proteção nacional dos direitos humanos, de modo que quaisquer problemas relacionados a violações desses direitos devem tentar a resolução primeiramente no âmbito doméstico.

2.1 Dilema entre Segurança Nacional e Proteção dos Direitos Humanos a partir do Estudo Jurisprudencial do Direito de Derrogação

Conforme mencionado anteriormente, a observância à Convenção Europeia de Direitos Humanos é obrigatória para seus Estados-Parte, bem como o são aquelas normas gerais de direitos humanos, já abarcadas sob a égide da jurisdição europeia ou sob a do direito consuetudinário ou aquelas já revestidas do status da norma de *jus cogens*. Entretanto, importante frisar que a indisponibilidade dos direitos humanos não é absoluta, questão a qual inclusive reconhecida pela Convenção Europeia e nela delimitada expressamente:

Artigo 15º – Derrogação em caso de estado de necessidade

1. Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional.

2. A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação ao artigo 2º, salvo quanto ao caso de morte resultante de atos lícitos de guerra, nem aos artigos 3º, 4º (parágrafo 1) e 7º.

3. Qualquer Alta Parte Contratante que exercer este direito de derrogação manterá completamente informado o Secretário-Geral do Conselho da Europa das providências tomadas e dos motivos que as provocaram. Deverá igualmente informar o Secretário - Geral do Conselho da Europa da data em que essas disposições tiverem deixado

de estar em vigor e da data em que as da Convenção voltarem a ter plena aplicação

Tal previsão é decorrente do reconhecimento da necessidade de prevalência do Estado Democrático de Direito frente uma ameaça em situações anormais⁴⁶. Assim, “a suspensão da parcela dos direitos humanos reconhecidos é justificada pelo fato de, em algumas hipóteses graves, ser o único meio para atender a situações de emergência pública e preservar os valores superiores da sociedade democrática.”⁴⁷

Em outras palavras, o que se admite é que, por vezes, questões de segurança nacional podem prevalecer sobre a obrigatoriedade de observância à Convenção⁴⁸. Ora, conforme se percebe, a Convenção expressamente limita tal possibilidade à “estrita medida necessária”, de tal forma que só há que se falar em possibilidade de inobservância ao disposto na Convenção em situações muito específicas. Entretanto, a Convenção não estabelece rol dessas situações, sendo necessária a interpretação do dispositivo e sua aplicação em uma sistemática de caso a caso.

Conforme mencionado anteriormente, a Corte Europeia de Direitos Humanos é um dos mais importantes mecanismos de *enforcement* da jurisdição europeia de direitos humanos, sendo que ela, enquanto órgão regional jurisdicional máximo, é a responsável pela interpretação e aplicação das normas de direitos do homem, especialmente aqueles consagrados na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Nesse ditame, entende-se que fica à cargo da Corte a realização de juízo quanto à possibilidade de inobservância à Convenção com justificativa embasada em questões de segurança nacional; juízo o qual, a partir da construção contínua sob a égide da jurisprudência, acaba por delimitar o que é esperado dos Estados em termos de proteção aos direitos humanos e suas nuances.

Fato é que alguns dos Estados-Parte da Convenção já alegaram emergência nacional frente uma questão de segurança nacional para justificar inobservância à Convenção. Inclusive, mais especificamente, já

46 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

47 RAMOS, op. cit., p. 157.

48 No que diz respeito ao dilema segurança nacional v. direitos humanos, necessário destacar dispositivo do Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on human rights and the fight against terrorism (2002): “III. Lawfulness of anti-terrorist measures. 1. All measures taken by States to combat terrorism must be lawful. 2. When a measure restricts human rights, restrictions must be defined as precisely as possible and be necessary and proportionate to the aim pursued.”.

houveram alegações que ameaças terroristas constituiriam emergência nacional nos moldes do dispositivo que permite, na estrita medida do necessário, tal inobservância. Entretanto, a Corte Europeia de Direitos Humanos, a partir de uma construção jurisprudencial, fixou (e tem fixado) limites para a aceitação de tal argumentação e, para além disso, fixado limites para a própria atuação lícita dos Estados.

Intenciona-se, portanto, fazer breve análise da jurisprudência da Corte no que tange a casos em que o dilema segurança nacional *v.* proteção aos direitos humanos ocupou lugar central, sendo que serão selecionados, mais especificamente, os casos nos quais a segurança nacional fora colocada em cheque em razão de ameaças terroristas. Em termos de ameaça terrorista, necessário destacar que nos seguintes casos⁴⁹ foi abordada a questão da derrogação: *Lawless v. Irlanda* (1961); *Irlanda v. Reino Unido* (1978); *Brannigan e McBride v. Reino Unido* (1993) e; *A. e Outros v. Reino Unido* (2009).

Pois bem. Conforme se depreende do artigo 15 (1) da Convenção, são requisitos⁵⁰ para a configuração da possibilidade de derrogação da Convenção: i) existência de perigo público que ameace a vida da nação; ii) adequação das medidas tomadas sob a égide da derrogação à estrita medida que exigir a situação; iii) compatibilidade entre tais medidas e outras obrigações decorrentes do direito internacional⁵¹. Entretanto, a Convenção somente enuncia tais requisitos, ficando, portanto, seus entendimentos à cargo da construção jurisprudencial da Corte.

Em relação ao primeiro dos supracitados requisitos, o da necessidade de existência de perigo público que ameace a vida da nação, ressalta-se que

49 Ressalta-se que foram selecionados alguns casos específicos a partir de critérios de relevância jurisprudencial e similitude para com o cenário atual. Mais especificamente, foram escolhidos os casos em questão porque as ameaças à segurança nacional eram internas, provenientes da ação terrorista doméstica. Ainda que o IRA (Irish Republican Army) não guarde semelhanças com o grupo terrorista conhecido como Estado Islâmico, em termos ideológicos e em termos de padrões de operação, pode-se vislumbrar certa aproximação entre o momento vivido pelo Reino Unido nas décadas de 1980 e 1990 e o momento vivido pela Europa atualmente. Tal semelhança é em razão das ameaças serem internas, domésticas – guardadas, obviamente, as devidas proporções.

50 Necessário ressaltar que os (2)(3) do art. 15o estabelecem, ainda, outros dois requisitos: i) a derrogação não pode ser em relação ao artigo 2º, salvo quanto ao caso de morte resultante de atos lícitos de guerra, nem aos artigos 3º, 4º (parágrafo 1) e 7ºe; ii) o exercício do direito de derrogação deve ser acompanhado da prestação de informações ao Secretário-Geral do Conselho da Europa.

51 Destaca-se que o requisito referente à compatibilidade entre as medidas tomadas sob a égide da derrogação e outras obrigações internacionais não será objeto de análise no presente artigo, uma vez que não guarda relação direta com os objetivos por nós almejados.

sua delimitação inicial ocorreu ainda no início das atividades da Corte, no caso *Lawless v. Irlanda* (1961), o qual, em linhas gerais, consiste na alegação de que o Requerente, suspeito de fazer parte do IRA, teria ficado detido, sem direito a julgamento, entre Julho e Dezembro de 1957 em um campo de detenção militar localizado na Irlanda. A Corte considerou que, ainda que se pudesse, *a priori*, falar em violações aos artigos 5º e 6º da Convenção, a detenção do Requerente não se revestia de ilicitude, haja vista o direito de derrogação conferido aos Estados-Parte da Convenção.⁵² No que tange ao direito de derrogação, a Corte enalteceu, no caso em questão, o sentido literal da expressão utilizada pela Convenção, ressaltando que a expressão “perigo público que ameace a vida da nação” seria suficientemente clara, possuindo, portanto, o sentido de ser uma “situação excepcional de crise ou emergência que afeta toda a população e constitui uma ameaça à vida organizada da comunidade da qual o Estado é composto”.⁵³

Com base nessa concepção, a Corte considerou que havia, no caso, a existência de perigo público que ameaçasse a vida da nação, em razão das questões a seguir expostas. Primeiramente, necessário destacar os seguintes fatores conjunturais: i) existência de um exército para-legal na Irlanda engajado em atividades inconstitucionais a partir do uso da violência; ii) a atuação do mencionado exército para além do território irlandês, comprometendo as relações desse Estado com seus vizinhos; iii) o constante e alarmante aumento das atividades terroristas a partir do outono de 1956 e durante os primeiros seis meses de 1957. Em segundo lugar, destaca-se que o governo irlandês havia conseguido manter o funcionamento das instituições públicas sob a égide da legislação ordinária, embora tal sensação de normalidade tenha sofrido ruptura com a emboscada homicida ocorrida na madrugada do dia 03 para o dia 04 de julho de 1957, em região fronteiriça, deixando evidente o perigo iminente para a nação decorrente das atividades desempenhadas pelo IRA na Irlanda do Norte.⁵⁴

Com base na mesma concepção de “existência de perigo público que ameace a vida da nação”, a Corte entendeu que sua aplicação se estendia também aos fatos narrados no caso *Irlanda v. Reino Unido*, cujo julgamento ocorreu em 1978. Simpliciter, o caso consiste no registro de queixas pela Irlanda contra o Reino Unido frente a Corte Europeia de Direitos

52 CORTE EUROPEIA DE DIRITOS HUMANOS. *Case of Lawless v. Ireland (No. 3)*: judgment. strasbourg, 1961.

53 *Ibidem*, p. 28, tradução nossa do original: “whereas they refer to an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed”.

54 *Ibidem*.

Humanos, alegando que entre agosto de 1971 e dezembro de 1975, as autoridades do Reino Unido teriam exercido poderes “extrajudiciais” de prisão, detenção e internamento na Irlanda do Norte. Dessa forma, alegou o Requerente que vários irlandeses teriam sido não apenas presos, mas também submetidos a tratamentos que constituiriam claras infrações à Carta dos Direitos Humanos e à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Os prisioneiros irlandeses teriam sido submetidos a tratamentos desumanos, degradantes e que poderiam inclusive beirar à tortura. Esse tratamento faria parte das “cinco técnicas” de interrogação utilizadas pelo governo do Reino Unido, sendo que a Irlanda estimou que 14 pessoas teriam sido tratadas com as mencionada técnicas. Necessário destacar que a Corte entendeu que a utilização dessas técnicas implicou em intenso sofrimento mental e físico, de tal forma que houve violação ao art. 3º da Convenção – proibição de tratamento desumano ou degradante. Conforme determina o art. 15(2) da Convenção, não se admite o direito de derrogação ao art. 3º da Convenção, não havendo que se falar, portanto, em excludente de ilicitude no caso da utilização das cinco técnicas.⁵⁵

No que diz respeito às demais alegações apresentadas pela Irlanda, a Corte considerou que os poderes extrajudiciais de prisão, detenção e internação exercidos pelo governo do Reino Unido na Irlanda do Norte entre agosto de 1971 e dezembro de 1975 não constituiriam violações aos art. 5º – direito à liberdade e segurança – e art. 14º – proibição de discriminação – da Convenção, haja vista a excludente de ilicitude decorrente do direito de derrogação. Isso em razão do período ora mencionado ter sido marcado pela mais longa e violenta campanha terrorista já vivida pela região, sendo que até março de 1975, ao menos 1.100 pessoas haviam sido assassinadas, 11.500 feridas e mais de £ 140.000.000,00 (cento e quarenta milhões de libras) em propriedades havia sido destruído durante tal campanha. Diante deste cenário, a Corte considerou que havia perigo público que ameaçasse a vida da nação no caso em questão.⁵⁶

Questão diferente, no entanto, foi abordada no caso *Brannigan e McBride v. Reino Unido* (1993). O caso em comento diz respeito à prisão dos dois Requerentes, suspeitos de fazerem parte do IRA, pela polícia na Irlanda do Norte, tendo eles sido mantidos sob custódia policial durante seis dias, quatorze horas e trinta minutos e quatro dias, seis horas e vinte e cinco minutos, respectivamente; períodos nos quais nenhum dos

55 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Ireland v. the United Kingdom*: judgment. strasbourg, 1978.

56 Ibidem.

dois foi levando a um juiz.⁵⁷ A Corte entendeu que o art. 5º – direito à liberdade e segurança – da Convenção não havia sido violado. Isso porque, ainda que os períodos de detenção tenham sido superiores àqueles do caso *Brogan e Outros v. Reino Unido*, a Corte entendeu que não se podia falar em violação a tal dispositivo em razão da ilicitude do ato ter sido excluída, haja vista a aceitação da validade da derrogação de emergência nos termos do artigo 15 da Convenção.

Necessário ressaltar, no entanto, que a discussão quanto ao requisito em questão para a configuração do art. 15 da Convenção não foi em virtude da existência ou não de um perigo público que ameace a vida da nação, haja vista que os Requerentes não contestaram a afirmação da Requerida nesse sentido. Entretanto, foi argumentado que no momento em questão não havia situação excepcional de crise, de tal forma que só se poderia falar em nova derrogação se a situação conjuntural tivesse deteriorado consideravelmente desde agosto de 1984, quando o Governo havia retirado sua derrogação anterior. A Corte, no entanto, julgou desnecessário fazer uma análise comparativa entre a situação de 1984 e a dezembro de 1988, haja vista que a decisão de retirar a derrogação é uma discricionariedade do Estado. Ademais, considerou a Corte, com base na jurisprudência oriunda dos casos *Lawless v. Irlanda e Irlanda v. Reino Unido*, que a violência terrorista na Irlanda do Norte e em outras partes do Reino Unido não deixou dúvidas de que existia uma situação de emergência no momento em voga.⁵⁸

Ainda no que diz respeito à existência de perigo público que ameace a vida da nação, interessantíssimo destacar a jurisprudência construída no caso *A. e Outros v. Reino Unido* (2009). O caso diz respeito às alegações dos Requerentes de que teriam sido detidos em estabelecimentos de segurança alta sob a égide de um regime legal⁵⁹ que permitia a detenção indefinida, certificada pelo Secretário de Estado, de não-nacionais suspeitos de envolvimento com terrorismo. A Corte entendeu não ter havido violação ao artigo 3º da Convenção, mas considerou que os artigos 5º(1) e 5º(4) foram violados, haja vista a não caracterização do direito de derrogação em razão do requisito da proporcionalidade, o qual será abordado ainda mais à frente.⁶⁰

57 CORTE EUROPEIA DE DIRMOS HUMANOS. *Case of Brannigan and McBride v. the United Kingdom*: judgment. strasbourg, 1993.

58 Ibidem.

59 Vale mencionar que tal regime legal foi instituído como consequência direta dos atentados de 2001 sofridos pelos Estados Unidos.

60 CORTE EUROPEIA DE DIRMOS HUMANOS. *Case of A. and Others v. the United Kingdom*: judgment. strasbourg, 2009.

Ainda que não reconhecido o direito de derrogação, a Corte firmou importante jurisprudência relacionada à extensão da noção de ameaça à vida da nação. Mais especificamente, a Corte concordou com o governo do Reino Unido quanto à existência de tal ameaça, esta que seria, na realidade, apenas uma ameaça potencial: o Secretário de Estado do Reino Unido apresentou evidências de que haveria uma série de ataques terroristas planejados contra o Reino Unido, o que, para a Corte, foi suficiente para a caracterização da existência de perigo público que ameace a vida da nação para fins do artigo 15(1) da Convenção. Na realidade, tecnicamente, a Corte considerou a supra mencionada ameaça como iminente⁶¹, em um alargamento de sentido. Isso porque não se poderia interpretar a iminência de maneira tal que se exija de um Estado que espere a real ocorrência do desastre antes de tomar medidas para lidar com ele⁶² – em outras palavras, não se poderia exigir que um Estado se abstenha da tomada de medidas preventivas.

Nesse ditame, e lembrando que as autoridades nacionais possuem ampla margem de apreciação quanto à existência ou não de um perigo que ameace sua nação, a Corte optou por compartilhar a visão da maioria da Câmara dos Lordes, considerando, portanto, estar constituída a existência de perigo público que ameace a vida da nação no presente caso.⁶³

No que diz respeito ao segundo requisito necessário à caracterização da derrogação, o da adequabilidade das medidas tomadas sob a égide da derrogação à estrita medida que exigir a situação, teceremos também algumas considerações. Primeiramente, necessário ressaltar que o supracitado requisito é embasado no princípio da proporcionalidade, este que constitui limite substancial aos poderes emergenciais, conforme jurisprudência do caso *Brannigan e McBride v. Reino Unido*:

No entanto, as Partes Contratantes não gozam de um poder ilimitado de apreciação. Cabe à Corte decidir se, *inter alia*, os Estados foram além da “medida estritamente necessária às exigências” da crise. A margem doméstica de apreciação é, portanto, acompanhada de uma supervisão Europeia (*ibid*). Ao mesmo tempo, no exercício de sua supervisão a Corte deve conceder peso apropriado a fatores relevantes, como a

61 Ressalta-se que houve um alargamento do sentido atribuído ao termo “iminente” em relação ao Greek Case.

62 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, *op. cit.*

63 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, *op. cit.*

natureza dos direitos afetados pela derrogação, as circunstâncias que levaram à, e a duração da, situação de emergência.⁶⁴

Em sentido semelhante, a Corte argumentou, no caso *A. e Outros v. Reino Unido*, que, a princípio, se deveria seguir a sorte da decisão da Câmara dos Lordes quanto à questão da necessidade estrita da tomada de medidas sob a égide da derrogação. Isso porque, à luz do artigo 15 da Convenção, às autoridades nacionais estaria autorizada uma ampla margem de apreciação para a decisão quanto à necessidade de medidas de derrogação frente uma emergência. Na realidade, somente não se seguiria a sorte do tribunal doméstico se fosse demonstrado que o órgão interpretou a Convenção ou o *case-law* da Corte Europeia erroneamente ou se a decisão fosse manifestamente irracional.⁶⁵

Não tendo sido constituídas tais hipóteses, a Corte decidiu, da mesma forma que a Câmara dos Lordes e contrariamente à argumentação do Governo, que as medidas de derrogação haviam sido desproporcionais, haja vista que estabeleciam uma discriminação injustificável entre nacionais e não-nacionais⁶⁶. Dentre as medidas injustificadamente discriminatórias, ressalta-se que não-nacionais eram detidos com poucos indícios ou evidências, sendo que nacionais suspeitos de envolvimento com a Al-Qaeda eram deixados em liberdade.⁶⁷

Conforme mencionado anteriormente, são requisitos fundamentais – ainda que não taxativos – a existência de um perigo público que ameace a vida da nação e a adequação das medidas de derrogação à estrita necessidade imposta pela situação. De acordo com a exposição da construção

64 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 1993, op.cit., p. 17, grifo do autor, tradução nossa do original: "Nevertheless, Contracting Parties do not enjoy an unlimited power of appreciation. It is for the Court to rule on whether inter alia the States have gone beyond the "extent strictly required by the exigencies" of the crisis. The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision (ibid.). At the same time, in exercising its supervision the Court must give appropriate weight to such relevant factors as the nature of the rights affected by the derogation, the circumstances leading to, and the duration of, the emergency situation."

65 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, op. cit.

66 A Corte considerou, em consonância com a decisão da Câmara dos Lordes, que os poderes de detenção e prisão ora impugnados não eram medidas de imigração, nas quais distinções entre nacionais e não-nacionais seriam legítimas, mas eram, na verdade, medidas de segurança nacional. A Corte mencionou, ainda, que a escolha feita pelo Governo e pelo Parlamento de dar caráter imigratório a uma medida que era essencialmente de segurança fez impor a desproporcionalidade e caráter discriminatório, haja vista que somente um grupo de suspeitos de terrorismo era detido indefinidamente, sob a égide da Parte 4 do Ato de 2001. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, op. cit.

67 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, op. cit.

jurisprudencial da Corte, entende-se que se constitui o primeiro requisito frente uma situação excepcional de crise ou emergência que afeta toda a população e constitui uma ameaça à vida organizada da comunidade da qual o Estado é composto, conforme precedente firmado no caso *Lawless v. Irlanda* (1961).

No caso em tela, que diz respeito à situação de segurança da Europa após os atentados sofridos pela França e frente o elevado fluxo migratório de refugiados, entende-se que só há que se falar em medidas preventivas de contraterrorismo sob a égide de ameaças iminentes. Necessário ressaltar o alargamento de sentido construído no caso *A. e Outros v. Reino Unido* (2009), de tal forma que “ameaça iminente” parece abarcar, também, a noção de comprovadas ameaças potenciais, tal qual parece ser o caso vivido por alguns Estados europeus.

Entretanto, o entendimento da Corte quanto ao requisito da adequação das medidas de derrogação à estrita necessidade imposta pela situação apresenta caráter mais restritivo à possível aplicação do direito de derrogação na conjuntura atual. Isso porque confirma-se uma ressalva realizada ainda no início do presente texto, relativa à obrigação internacional de não discriminação.

Certo é que no caso *A. e Outros v. Reino Unido* (2009), a Corte entendeu que as medidas de derrogação eram injustificadamente discriminatórias, não atendendo ao requisito da proporcionalidade e, por conseguinte, não constituindo direito de derrogação nos termos do artigo 15 da Convenção (1950). Conferimos especial atenção a essa limitação porque no caso em tela, de forma semelhante ao *A. e Outros v. Reino Unido* (2009), o elemento básico de diferenciação entre potenciais terroristas e cidadãos comuns diz respeito às suas origens; em outras palavras, o elemento básico de diferenciação está na dicotomia *nacionais e não-nacionais*, o que, de acordo com a jurisprudência da Corte, pode configurar ofensa à proporcionalidade, em termos de proibição de discriminação, e impedir o reconhecimento do direito de derrogação.

Em outro giro, para além das discussões jurídicas envolvendo o direito de derrogação, torna-se necessário trabalharmos, ainda, com outra questão: quais seriam os impactos políticos da não constituição do direito de derrogação, em termos de medidas de contraterrorismo?

Ora, percebe-se que voltamos à dicotomia inicial entre preservação da segurança nacional e proteção aos direitos humanos. O que se pergunta,

portanto, é se os Estados europeus realizariam atos internacionalmente ilícitos no caso de não encontrarem respaldo para medidas excepcionais de contraterrorismo no próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Procuramos demonstrar, ao longo do texto, a consolidação da jurisdição europeia de direitos humanos, que ocorre internacionalmente, com a constante edição de normas e diretrizes internacionais e com a contínua atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos, e que ocorre também domesticamente, com o cada vez maior empenho dos Estados europeus em favor do estabelecimento de normas domésticas de proteção aos direitos humanos⁶⁸. Entretanto, será essa consolidação, nesses moldes e nessa etapa de sua evolução, suficiente para constranger os Estados a observarem as normas de direitos humanos ainda que frente uma ameaça nacional? Mais especificamente, tem a jurisdição europeia de direitos humanos força suficiente para estabelecer novos paradigmas de segurança que sejam compatíveis com a preservação dos direitos humanos e que sejam aplicados quando da edição de atos normativos e da implementação de protocolos de contraterrorismo?

3 USA PATRIOT ACT: NORMALIZAÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO E NECESSIDADE DE RECONCILIAÇÃO ENTRE SEGURANÇA NACIONAL E DIREITOS HUMANOS

Conforme mencionado anteriormente, a Europa está inserida, atualmente, em um contexto que diz respeito à necessidade de enfrentamento do terrorismo; o que, em âmbito normativo, traz à baila a dicotomia entre o salvaguardo da segurança nacional e a proteção dos direitos humanos. Entendemos que tal questão foi agravada em razão dos atentados terroristas sofridos pela França, os quais, além de demonstrarem a fragilidade do sistema de contraterrorismo até então empregado, atentaram os Estados europeus às potenciais ameaças terroristas. Ressaltamos no tópico anterior que situações com certo grau de similitude foram vividas no passado pela própria Europa, as quais foram mencionadas na forma de um breve estudo jurisprudencial da Corte Europeia de Direitos Humanos, com foco especial nos casos relativos à ameaça terrorista representada pelo IRA no Reino Unido no final do século XX.

Em outro giro, entretanto, consideramos importante destacar a experiência norte-americana dos anos subsequentes aos atentados terroristas

68 Inclusive, nesse sentido, cita-se, a título exemplificativo, o Human Rights Act (1998), que trata da aplicação doméstica das normas de direitos humanos, especialmente as da Convenção Europeia de Direitos Humanos, em âmbito doméstico do Reino Unido.

de 11 de setembro de 2001. Ora, de fato, parece haver certa aproximação entre o contexto de 2001 vivido pelos Estados Unidos e o contexto atual vivido pela Europa: em ambos os casos, o que se viu foi um atentado terrorista promovido por um grupo fundamentalista islâmico ser bem sucedido, demonstrando a fragilidade do sistema de contraterrorismo do Estado e atentando a sociedade internacional às potenciais ameaças terroristas. No entanto, antes que nos atentemos à exposição das questões que envolvem os atos normativos promulgados em decorrência dos mencionados ataques terroristas, é necessário dirimirmos brevemente sobre o sistema de proteção aos direitos humanos norte-americano.

Nos termos anteriormente demonstrados, o sistema de proteção dos direitos humanos, via de regra, é composto por três subsistemas; o internacional, os regionais e os domésticos, o que é facilmente perceptível no caso europeu. O caso norte-americano, no entanto, se constitui como exceção à regra, haja vista que os Estados Unidos da América não são abarcados por qualquer sistema regional, uma vez que uma vinculação dessa natureza somente pode se dar via consentimento expresso do Estado, o que não ocorreu. Entretanto, isso não exime o Estado norte-americano de obrigações internacionais e domésticas relativas à proteção dos direitos humanos, haja vista que o sistema internacional de proteção produz diversas obrigações, para além daquelas produzidas pelos sistemas regionais.

Mais especificamente, primeiramente ressalta-se que a Carta das Nações Unidas, da qual os Estados Unidos da América são signatários - e à qual são juridicamente vinculados, portanto - determina a obrigação genérica de proteção aos direitos humanos. Ademais, consideramos a Declaração Universal de Direitos do Homem (1948) como instrumento de concretização da obrigação de promoção dos direitos humanos constante da Carta da Organização das Nações Unidas.⁶⁹

Em segundo lugar, fundamental lembrarmos que o Direito Internacional também produz normas cuja força normativa independe da vontade dos Estados, a saber, as normas de *jus cogens*⁷⁰. Essas normas, que possuem hierarquia superior às demais normas internacionais e eficácia

69 PIOVESAN, op. cit.

70 Conforme ressalta Antônio Augusto Cançado Trindade, "a noção de *jus cogens* parece ter sido reconhecida pela Convenção de Viena por inteiro, transcendendo a antiga exclusividade da abordagem bilateral com sua aplicação." Cf. TRINDADE, Antônio Augusto. *Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of its Material Content in Contemporary International Case-Law*. XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano. Washington, 2009, p. 8, tradução nossa.

erga omnes, não são limitadas às normas provenientes de Tratados, mas abrangem todos os atos jurídicos internacionais. Para além disso, necessário destacar que as normas de jus cogens tem experimentado uma expansão vertical, referente à “interação entre as ordens legais internacional e nacional no presente domínio de proteção”.⁷¹

Dessa forma, ainda que os Estados Unidos não sejam Estado-Parte de Tratados regionais de direitos humanos e, portanto, não integrem um sistema regional de proteção dos direitos humanos, eles estão submetidos a obrigações internacionais do Direito Internacional dos Direitos Humanos, algumas das quais, inclusive, são também protegidas domesticamente em termos de direito constitucional. Com tais questões em mente, nos destinaremos, então, a tecer algumas considerações quanto aos aspectos normativos decorrentes dos atentados sofridos pelos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001. Como bem se sabe, os ataques terroristas em questão evidenciaram a fragilidade do sistema de contraterrorismo norte-americano até então em vigor, demonstrando aos Estados Unidos a necessidade de se reestruturar tal sistema.

Nesse sentido, no dia 14 de setembro de 2001, o então Presidente dos Estados Unidos da América, George W. Bush⁷², em resposta aos ataques sofridos no dia 11 de setembro, declarou estado de emergência, sob a égide do qual invocou poderes presidenciais especiais relativos às emergências nacionais; optando por categorizar os ataques como um ato de guerra.⁷³ Considerando que os ataques terroristas em questão demonstraram que os Estados Unidos estava sob ameaça contínua e imediata de futuros ataques⁷⁴, foram promulgados atos normativos que conferiram novos poderes ao Estado, facilitando a condução da chamada “Guerra ao Terror” pela Administração Bush.

71 TRINDADE, Antônio Augusto. *Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of its Material Content in Contemporary International Case-Law*. XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano. Washington, 2009, p. 11, tradução nossa do original: “Besides this horizontal expansion, jus cogens is also expanding in a vertical dimension, of the interaction between the international and national legal orders in the present domain of protection.”

72 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Proclamation n. 7463 of September 14, 2001*. Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks. Washington: Federal Register, 2001-a.

73 WHITEHEAD, John W.; ADEN, Steven H. Forfeiting “Enduring Freedom” for “Homeland Security”: a Constitutional Analysis of the USA Patriot Act and the Justice Department’s Anti-Terrorism Initiatives. *American University Law Review*, v. 51, n. 6, p.1081-1133, junho 2002.

74 “A national emergency exists by reason of the terrorist attacks at the World Trade Center, New York, and the Pentagon, and the continuing and immediate threat of further attacks on the United States.” Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001-a, op. cit.

Nesse ditame foi promulgada, via poderes legislativos presidenciais, a *Military Order* de 13 de novembro de 2001⁷⁵, a qual autorizava a detenção indefinida (*indefinitive detention*) e o processo com foro sediado pelas comissões militares (*military commissions*) de estrangeiros suspeitos de envolvimento com atividades terroristas.⁷⁶ Em razão do mesmo escopo conjuntural foi promulgado pelo Congresso o chamado *USA PATRIOT Act*⁷⁷, o qual, em termos simplistas, significou a expansão de ferramentas de combate ao crime organizado, já existentes, ao combate ao terrorismo; a facilitação do compartilhamento de informações entre agências intergovernamentais; a atualização dos dispositivos legais já existentes às novas ameaças representadas pelas novas tecnologias e; a criação de novas penalidades, bem como o aumento das já existentes, a crimes terrorista.⁷⁸

Considerando que o objetivo do *USA PATRIOT Act* era justamente o de facilitar o combate ao terrorismo, necessário preliminarmente destacar a expansão do conceito de “terrorista” adotado pelo Ato, nos termos de suas seções 802 e 808. A extensão normativa do conceito permitiu, por um lado, a aplicação mais ampla das disposições do Ato, o que se presumia necessário em termos de segurança nacional. Por outro lado, no entanto, conforme salientam John W. Whitehead e Steven H. Aden⁷⁹, ao considerar como terrorismo praticamente quaisquer crimes federais de violência, o Ato acabou por se tornar aplicável também a grupos políticos domésticos⁸⁰, o que, na nossa concepção, já se apresenta principiologicamente problemático em termos de direitos humanos.

Em segundo lugar, ainda preliminarmente, necessário pontuar que o *USA PATRIOT Act* estabeleceu distinções entre cidadãos americanos e estrangeiros localizados em solo norte-americano. Em termos de Direito

75 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Military Order of November 13, 2001: Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*. Washington: Federal Register, 2001-b.

76 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2007, 2 ed.

77 *The USA PATRIOT Act: Preserving Life and Liberty – Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*.

78 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. *The USA PATRIOT Act: Preserving Life and Liberty (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*. Washington: Federal Register, 2001-c.

79 WHITEHEAD; ADEN, op. cit.

80 “Conceivably, these extensions of the definition of “terrorist” could bring within their sweep diverse domestic political groups, which have been accused of acts of intimidation or property damage such as Act Up, People for the Ethical Treatment of Animals (OETA), Operation Rescue, and the Vieques demonstrators.”. Cf. WHITEHEAD; ADEN, op. cit., p. 1093.

Internacional dos Direitos Humanos⁸¹, tal distinção não pode ser tolerada, haja vista que a obrigação estatal de proteção aos direitos das gentes abrange quaisquer indivíduos localizados em território nacional. Em concordância, ressalta-se que a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu em diversas ocasiões que os direitos fundamentais constitucionais devem ser assegurados a todos e quaisquer indivíduos localizados em solo norte-americano, independentemente de suas nacionalidades^{82, 83}.

Em termos substanciais, o Ato determinou uma série de limitações a direitos humanos, sob a égide da justificativa de ameaça à segurança nacional. Mais especificamente, ressaltaremos as questões ligadas aos direitos de expressão e manifestação, direito a privacidade e o direito ao devido processo legal.

No que tange aos direitos de expressão e manifestação⁸⁴, ressalta-se que o *USA PATRIOT Act* estabeleceu limitações de diferentes sortes. Primeiramente, ressalta-se que a seção 411 do referido dispositivo normativo adicionou o apoio a grupos terroristas como uma restrição de imigração, referindo-se não apenas ao apoio material, mas também ao endosso das ideias propagadas por tais grupos⁸⁵, razão pela qual fala-se em limitações aos direitos de expressão e manifestação.

Em outro giro, as seções abarcadas sob o Título II⁸⁶ do Ato dizem respeito a limitações ao direito de privacidade, o qual é consagrado tanto pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos⁸⁷ quanto pela Constituição

81 Vide os artigos 1º, 2º e 7º da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948).

82 Em casos como *United States v. Verdugo-Urquidez* (1990), *Kwong Hai Chew v. Colding* (1953), *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei* (1953), *Mathews v. Diaz* (1976), *Plyler v. Doe* (1982) e *Zadvydas v. Davis* (2001), a Suprema Corte dos Estados Unidos reiteradamente decidiu que os direitos constitucionais deviam ser assegurados não apenas aos nacionais norte-americanos, mas também aos imigrantes – inclusive aqueles não documentados. Cf. WHITEHEAD; ADEN, op. cit.

83 WHITEHEAD; ADEN, op. cit.

84 Vide os artigos 18º, 19º, 20º e 21º da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), bem como vide a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, dispositivos os quais estabelecem como direitos humanos e direitos fundamentais no ditame das liberdades de expressão e manifestação: direito à liberdade de opinião e de expressão, direito à liberdade de reunião e associação e direitos de empresa.

85 WHITEHEAD; ADEN, op. cit.

86 “Title II – Enhanced Surveillance Procedures”.

87 Artigo 12º da Declaração Universal de Direitos do Homem (1948): “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei.”.

dos Estados Unidos⁸⁸. Necessário ressaltar que o direito de privacidade é determinado pelas supra mencionadas normas internacional e doméstica com o intuito de proteger os indivíduos contra buscas e apreensões injustificadas ou aparentemente não dotadas de razoabilidade, de tal forma que tal direito é inerentemente limitado pela razoabilidade e justificação prévia da busca⁸⁹ ou da apreensão perante um representante do Poder Judiciário⁹⁰. Entretanto, a seção 218 do *USAPATRIOT Act* expandiu significativamente os poderes de investigação dos oficiais norte-americanos ao alterar o FISA⁹¹, substituindo o termo “o propósito” pelo termo “significante propósito”. Ora, certo é que a flexibilização da razoabilidade necessária à motivação das investigações demonstra, claramente, limitação expressiva ao direito de privacidade^{92, 93}.

Adicionalmente, no que diz respeito ao direito ao devido processo legal – direito determinado por normas internacionais⁹⁴ e constitucionais⁹⁵ –, o *USAPATRIOT Act* apresentou dispositivos extremamente problemáticos no que tange à preservação do supracitado direito, dentre os quais cita-se as seções 106 e 412.

88 Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

89 Conforme ressaltam Whitehead e Aden, ainda que no caso *Terry v. Ohio* (1968) a Corte tenha ressaltado que a investigação de atividades suspeitas seja parte essencial de uma investigação criminal apropriada, a Corte destacou nos casos *United States v. Brignoni-Ponce* (1975), *United States v. Mendenhall* (1980) e *Florida v. Royer* (1983) que a busca e a apreensão só podem ser permitidas se estritamente ligadas e completamente justificadas pelas circunstâncias do caso. Cf. WHITEHEAD; ADEN, op. cit.

90 WHITEHEAD; ADEN, op. cit.

91 “The Foreign Intelligence Surveillance Act (“FISA”).”

92 Inclusive, nesse sentido: “The amendment applies both to FISA electronic surveillance warrants and FISA warrants for physical searches of property. This greatly expands the power of federal authorities to apply the relatively loose standards of FISA to investigations of both U.S. citizens and residents that only tangentially touch on national security.” Cf. WHITEHEAD; ADEN, op. cit., p. 1103.

93 Ainda no que diz respeito às limitações ao direito de privacidade, ressalta-se que a seção 206 do USA PATRIOT Act alterou o FISA estabelecendo que as escutas sob o escopo do FISA poderiam ser autorizadas contra pessoas inespecíficas; os chamados “blank warrants”. Adicionalmente, necessário ressaltar que a seção 215 do USA PATRIOT Act expandiu significativamente o rol de registros empresariais e bens tangíveis passíveis de investigação, busca e apreensão sob o escopo do FISA. Ressalta-se, ainda, que o USA PATRIOT Act expandiu diversos outros poderes referentes aos procedimentos investigativos, estabelecendo, portanto, limitações adicionais de diversas formas ao direito de privacidade; sendo que aqui foram destacados somente alguns dos mais expressivos. A título informativo, destaca-se que limitam o direito de privacidade as seções 455, 456, 358 e 507 do USA PATRIOT Act. Cf. WHITEHEAD; ADEN, op. cit.

94 Vide artigos 8º, 9º, 10º e 11º da Declaração Universal de Direitos do Homem (1948).

95 Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

A seção 106 do Ato aumenta os poderes presidenciais ao emendar o *International Emergency Powers Act*.⁹⁶ Dentre as disposições da seção em questão, destaca-se que ficou o Presidente autorizado a confiscar propriedade – sujeita à jurisdição norte-americana – de qualquer pessoa, organização ou Estado estrangeiros a partir de um juízo no qual o próprio presidente poderia determinar o envolvimento do sujeito no planejamento, no auxílio ou o engajamento em hostilidades ou ataques contra os Estados Unidos.⁹⁷ Ora, a possibilidade do chefe do Poder Executivo poder unilateralmente ordenar a apreensão de ativos financeiros de estrangeiros sem que sua ordem esteja sujeita a uma revisão judicial⁹⁸ certamente caracteriza não apenas uma limitação ao direito ao devido processo legal, mas uma violação expressa.

Ainda no que diz respeito ao devido processo legal, ressalta-se que a seção 412 do *USA PATRIOT Act* estabelece que aqueles indivíduos estrangeiros que sejam considerados suspeitos nos termos da seção 411 podem ser levados em custódia, podendo a detenção ser mantida durante sete dias, sendo que ao término desse prazo devem ser acusados criminalmente ou deportados.⁹⁹ Vale ressaltar que esse processo ofende fortemente o direito ao devido processo legal, haja vista que somente era cabível o instrumento do *Habeas Corpus*, o que significa que

se um migrante é detido por propósitos relacionados a imigração sob essa provisão, não há autoridade legal ou constitucional para controlar a duração da detenção. Isso tem frequentemente resultado na detenção indefinida de estrangeiros não-residentes em instalações de detenção dos EUA, e muitas vezes em prisões, sem recurso.¹⁰⁰

Ainda no que diz respeito à resposta normativa estatal norte-americana aos atentados sofridos em 2001, ressalta-se que foram realizadas outras ingerências sob a égide do *USA PATRIOT Act*, dentre as quais merecem destaque o uso expressivo da prisão de Guantánamo, onde

96 WHITEHEAD; ADEN, *op. cit.*

97 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001-c, *op. cit.*

98 A própria seção 106 do *USA PATRIOT Act* determina que as ações do Presidente autorizadas sob seu escopo não estariam sujeitas a revisão judicial.

99 WHITEHEAD; ADEN, *op. cit.*

100 WHITEHEAD; ADEN, *op. cit.*, p. 1127, tradução nossa do original: “If an immigrant is detained for purposes related to immigration under this provision, there is no statutory or constitutional authority to control the length of the detention. This has frequently resulted in the indefinite detention of non-resident foreigners in U.S. detention facilities, and oftentimes prisons, with no remedy.”

diversos suspeitos eram torturados, e a perseguição político-jurídica de indivíduos de origem árabe mulçumana.¹⁰¹

Ora, diante do exposto, é certo que o *USA PATRIOT Act*, como resposta aos atentados do 11 de setembro de 2001 e em nome da segurança nacional, estabeleceu limitações e violações aos direitos humanos e direitos fundamentais¹⁰², indo de encontro a normas internacionais de *jus cogens* e normas constitucionais norte-americanas. Entretanto, ainda que as ações norte-americanas tenham violado continuamente um dos valores mais caros à sociedade internacional¹⁰³, esta se mostrou passiva diante da justificativa da segurança nacional.¹⁰⁴

A restrição aos direitos humanos e o aumento de poderes presidenciais via o *USA PATRIOT Act* e a *Military Order* fazem constituir, em nosso entender, o que se chama de estado de exceção, o qual, segundo Giorgio Agamben¹⁰⁵, consiste em um vazio de direitos no qual há a transformação de procedimentos de fatos extra ou antijurídicos em Direito, ficando, pois, fato e Direito indiscerníveis. Ora, eis que o *USA PATRIOT Act e a Military Order*, ao institucionalizar normativamente limitações e violações a direitos humanos e expansões dos poderes presidências, se coloca entre o estabelecimento das normas de direitos humanos e direitos constitucionais fundamentais e a aplicação delas¹⁰⁶, criando uma lacuna entre a lei e a

101 AGAMBEN, op. cit.

102 Necessário ressaltar que consideramos que direitos humanos e direitos fundamentais são intrinsecamente e inerentemente ligados, haja vista que dizem respeito às mesmas garantias positivadas em âmbitos internacional e doméstico, respectivamente. Utilizamos ambos os termos com o intuito de demonstrar que entendemos que o USA PATRIOT Act ofende normas de direitos das gentes positivas internacional e domesticamente.

103 Pressupõe-se, em razão do exposto anteriormente, que a proteção dos direitos humanos é um dos principais valores da sociedade internacional, noção que é comprovada pelo fato das normas de direitos das gentes terem ganhado status de normas de *jus cogens*.

104 HACHEM, Daniel Wunder; PIVETTA, Saulo Lindorfer. A Biopolítica em Giorgio Agamben e Michel Foucault: o Estado, a Sociedade de Segurança e a Vida Nua. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 340-361, jul/dez 2011.

105 AGAMBEN, op. cit.

106 “Uma colocação correta do problema da aplicação exige, portanto, que ela seja preliminarmente transferida do âmbito lógico para o âmbito da práxis. Como mostrou Gadamer (1960, p. 360, 395), não só toda interpretação linguística é sempre, na realidade, uma aplicação que exige uma operação eficaz [...]; mas, no caso do direito, é perfeitamente evidente – e Schmitt estava em situação privilegiada ao teorizar tal evidência – que a aplicação da norma não está de modo algum contida nela e nem pode ser dela deduzida, pois, de outro modo, não haveria necessidade de se criar o imponente edifício do direito processual. Como entre a linguagem e o mundo, também entre a norma e sua aplicação não há nenhuma relação interna que permita fazer decorrer diretamente uma da outra.”. Cf. AGAMBEN, op. cit., p. 62-63.

realidade que só pode ser preenchida pelo próprio estado de exceção. Nesse ditame, necessário mencionar que Agamben expressamente caracterizou o momento normativo norte-americano relacionado à *Military Order* e ao *USA PATRIOT Act* como estado de exceção, em seu significado imediatamente biopolítico¹⁰⁷:

O significado imediatamente biopolítico do estado de exceção como estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão aparece claramente na “military order”, promulgada pelo presidente dos Estados Unidos no dia 13 de novembro de 2001, [...]. Já o *USA Patriot Act*, promulgado pelo Senado no dia 26 de outubro de 2001, [...]. A novidade da “ordem” do presidente Bush está em anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável. [...]. Como Judith Butler mostrou claramente, no *detainee* de Guantánamo a vida nua atinge sua máxima indeterminação.¹⁰⁸

Para além disso, considerando a natureza da ameaça terrorista - ameaça à qual não se vislumbra um fim - ressalta-se que a construção discursiva da necessidade de proteção da segurança nacional nos Estados Unidos vem se estendendo, de tal forma que o *USA PATRIOT Act e a Military Order*, que anteriormente eram vistos como medidas excepcionais frente uma crise de segurança, agora já viraram normas¹⁰⁹, no sentido atribuído por Foucault, que relaciona norma com a noção de normalidade, o que

significa dizer, sujeitar os corpos a um padrão considerado normal (o alcance da homeostase). Trata-se de uma sociedade normalizadora, e seu funcionamento é baseado nos chamados dispositivos de segurança, que consubstanciam, no plano teórico, as técnicas de intervenção da biopolítica.¹¹⁰

107 Conforme ressalta Agamben, o significado de biopolítica, para Michel Foucault consiste na “crescente inclusão da vida natural do homem nos mecanismos e cálculos de poder”. Cf. AGAMBEN, AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*. Tradução de Daniel Heller-Roazen. Califórnia: Stanford University Press, 1998, p. 71, tradução nossa.

108 AGAMBEN, 2007, op. cit., p. 14-15, grifos do autor.

109 LAZARUS, Liora; GOOLD, Benjamin J. Security and Human Rights: The Search for a Language of Reconciliation. In: LAZARUS, Liora; GOOLD, Benjamin J (coords). *Security and Human Rights*. University of Oxford: Legal Reserach Paper Series, 2007.

110 HACHEM; PIVETTA, op. cit., p. 346-347.

Essa questão evidencia o que já prelecionava Giorgio Agamben¹¹¹, que diz respeito à constituição permanente do estado de exceção ao longo da história recente das potências ocidentais a partir de sua normalização. Isto é, o estado de exceção perde sua mais fundamental característica: deixa de ser excepcional e torna-se a regra, via normalização, esta no sentido jurídico - promulgação de normas excepcionais para além da exceção - e no sentido sócio-político - algo que passa a ser considerado como normal, justamente porque perde o caráter de excepcionalidade.

Adicionalmente, ressalta-se que a normalização desse estado de exceção implica na irrelevância jurídica e política daqueles que não se enquadram nas balizas dessa normalidade¹¹², o que, no caso do *USA Patriot Act* significa a produção de seres juridicamente inomináveis e inclassificáveis¹¹³. Certo é que essa questão guarda intrínseca relação à noção de *homo sacer* também construída por Giorgio Agamben¹¹⁴, na medida em que os indivíduos considerados suspeitos de terrorismo, notadamente aqueles de origem arábica, têm seus direitos fundamentais negados indiscriminadamente pelo Estado norte-americano ou pela população¹¹⁵, a título de segurança nacional. Em outras palavras, o que estamos considerando é que indivíduos caracterizados como suspeitos de terrorismo, ao extrapolarem as balizas da normalidade excepcional imposta pelo *USA Patriot Act* e pela *military order*, são anulados juridicamente, tendo a eles atribuída, intrinsecamente, a capacidade de terem seus direitos fundamentais violados - inclusive o da vida¹¹⁶.

Diante de todo o exposto, ressaltamos que procuramos demonstrar, até aqui, que a tensão entre segurança nacional e proteção dos direitos

111 AGAMBEN, 2007, op. cit.

112 HACHEM; PIVETTA, op. cit.

113 AGAMBEN, 2007, op. cit.

114 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*. Tradução de Daniel Heller-Roazen. Califórnia: Stanford University Press, 1998.

115 Necessário ressaltar que “permanece na mão do poder soberano o poder de escolha sobre a vida jurídica e politicamente relevante” Cf. HACHEM; PIVETTA, op cit., p. 355.

116 Para melhor explicar a questão do *homo sacer*, ressaltamos que Giorgio Agamben considerou que os judeus submetidos ao holocausto teriam sido caracterizados como *homines sacri*: “The Jew living under Nazism is the privileged negative referent of the new biopolitical sovereignty and is, as such, a flagrant case of a *homo sacer* in the sense of a life that may be killed but not sacrificed. His killing therefore constitutes, as we will see, neither capital punishment nor a sacrifice, but simply the actualization of a mere “capacity to be killed” inherent on the condition of the Jew as such. The truth - which is difficult for the victims to face, but which we must have the courage no to cover with sacrifice veils - is that the Jews were exterminated not in a mad and giant holocaust but exactly as Hitler has announced, “as lice”, which is to say, as bare life. The dimension in which the extermination took place is neither religion nor law, but biopolitics.” Cf. AGAMBEN, 1998, op cit., p. 68.

humanos no caso norte-americano fez constituir um estado de exceção. Este se deu em razão e resultou na suspensão da aplicação das normas de direitos humanos e no alargamento constante dos poderes presidenciais, o que ocorreu principalmente via *USA Patriot Act* e *military order*.

No entanto, esse estado de exceção, à luz da teoria de Giorgio Agamben e em tempos fáticos, foi normalizado, no sentido de ter vigorado para além da excepcionalidade, tendo continuado vigente em tempos de normalidade. Em outras palavras, suspensão da eficácia normativa dos direitos humanos perdeu seu caráter excepcional com a normalização do estado de exceção por meio da normatização do *USA Patriot Act* e da *military order*¹¹⁷. Entendemos, entretanto, que a suspensão da aplicação das normas de direitos humanos não é e não pode ser normal, sob pena de desrespeito reiterado aos direitos das gentes a partir da caracterização como *homo sacer*¹¹⁸ daqueles considerados “suspeitos de terrorismo”.

4 CONCLUSÃO

À luz das considerações tecidas quanto ao caso dos Estados Unidos, nos atentamos novamente ao objeto do presente artigo, que diz respeito à situação da Europa frente os atentados terroristas sofridos pela França em novembro de 2015.

Inicialmente, necessário destacar que, em alguma medida, sempre haverá algum tipo de tensão entre segurança nacionais e proteção dos direitos humanos. O que se tem é, na realidade, uma relação dúbia: se, por um lado, a priorização da segurança nacional pode acarretar em violações expressivas e continuadas de direitos humanos, sob a égide da normalização de um estado de exceção, por outro a não priorização pode ter como decorrência a incapacidade do Estado de proteger as garantias fundamentais de sua população. É certo, portanto, que não se pode não se atentar às questões de segurança nacional, mas também é certo que não se pode fazê-lo nos termos dos Estados Unidos, sob pena da normalização de um estado de exceção.

117 No que diz respeito à relação entre norma e direito, ressaltamos: “Deve-se esclarecer um equívoco constante sobre a obra de Foucault, quanto a uma suposta ausência de interconexão entre a norma e o direito. Como aponta Fonseca, essa não parece ser a interpretação mais adequada. De início, verifica-se que o filósofo francês nunca aduziu que houvesse uma incompatibilidade entre ambas as esferas, mas somente uma diferença. Assim, uma análise mais acurada da obra foucaultiana permite sugerir a existência de uma possível (embora não necessária) implicação entre direito e norma: trata-se da possibilidade de atuarem em conjunto, de o direito se transformar em veículo dos mecanismos de normalização (FONSECA, 2004, p. 277). Como diria o próprio Foucault, leis, códigos, constituições ‘são formas que tornam aceitável um poder essencialmente normalizador’ (FOUCAULT, 1988, p. 136).” Cf. HACHEM; PIVETTA, op. cit., p. 348.

118 AGAMBEN, 1998, op. cit.

Ora, assim sendo, o que entendemos é que a escolha entre segurança nacional e proteção dos direitos humanos é falaciosa, considerando que a priorização de um sobre o outro implica, fundamentalmente, em insucesso da medida. Eis que a única alternativa viável se torna, portanto, a reconciliação entre as esferas da segurança pública e da proteção às garantias individuais.

Ressaltamos, nesse sentido, que a percepção de que a escolha entre segurança nacional e proteção dos direitos humanos, por ser falaciosa, provocou, notadamente após os atentados de 2001 contra os Estados Unidos, “um reengajamento com questões que são centrais para as ordens democráticas e tem desmascarado qualquer verniz de consenso político que pôde tê-las envolvidas.”¹¹⁹ Isso porque a necessidade de reconciliação ora mencionada implica na necessidade de lidar com preocupações mais profundas, que envolvem princípios que são considerados necessários à legitimidade de uma democracia. Assim, “ao abordar a questão de como conciliar segurança e direitos humanos, nós estamos na realidade também perguntando como balancear o individual e o coletivo, o político e o legal e a soberania política e o Estado de Direito.”¹²⁰

Nesse sentido, ao defendermos a necessidade de reconciliação entre segurança nacional e direitos humanos, estamos afirmando que os Estados europeus e suas respectivas populações precisam decidir acerca de uma série de questões jurídico-políticas e também filosóficas. Sob a égide da legitimidade democrática, é necessário que percebam porque o Estado de Direito é importante e porque os direitos humanos precisam ser respeitados ainda que em um contexto de ameaça terrorista¹²¹, pois somente assim serão capazes de decidir como balancear e reconciliar segurança e direitos humanos.

Imperioso destacarmos, ainda, um outro ponto, referente ao direito de derrogação. Conforme mencionamos anteriormente, o direito de derrogação, notoriamente reconhecido pela Corte Europeia de Direitos Humanos, exclui a ilicitude da inobservância a normas de direitos humanos. No entanto, ainda que forneça aparato legal, o reconhecimento de tal direito não protege

119 LAZARUS; GOOLD, *op. cit.*, p. 7, tradução nossa do original: “Thus, the pursuit of the mutual attainment of security and human rights since 9/11 has provoked a reengagement with questions that are central to democratic orders and has peeled back any veneer of political consensus that may have surrounded them.”

120 LAZARUS; GOOLD, *op. cit.*, p. 7, tradução nossa do original: “In broaching the question of how to reconcile security and human rights, we are in effect also asking how to balance between the individual and the collective, between the political and the legal, and between political sovereignty and the rule of law.”

121 LAZARUS; GOOLD, *op. cit.*

os Estados de um processo de normalização do estado de exceção, questão anteriormente abordada. Nesse sentido, ao decidirem o balanceamento entre o político e o legal, sob a égide da reconciliação entre segurança e direitos humanos, a Europa também precisará se atentar à questão do direito de derrogação, sendo que alguns Estados podem, inclusive, decidir que algumas garantias individuais são simplesmente muito preciosas para serem inobservadas, ainda que frente ao reconhecimento do direito de derrogação em razão de ameaças terroristas.

A questão acima mencionada, referente ao fato do reconhecimento do direito de derrogação não impedir a normalização do estado de exceção, junto ao controle de convencionalidade continuamente desempenhado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, reiteram muito claramente, para além do que fora antes argumentado, a necessidade de se construir uma linguagem de reconciliação entre segurança nacional e proteção dos direitos humanos¹²² frente o atual contexto vivido pela Europa.

Diante de todo o exposto, ressaltamos que nosso questionamento central deixa de ser relacionado à capacidade da jurisdição europeia de direitos humanos de constranger os Estados europeus a não violarem direitos humanos, ainda que reconhecida sua importância. Na realidade, para além dessa questão e em âmbito muito mais basililar às sociedades modernas, ao defendermos a necessidade de reconciliação fundamental entre segurança nacional e direitos humanos, questionamos não apenas de que forma promover tal reconciliação normativamente, mas também quais são as medidas de balanceamento necessárias à legitimidade democrática dos Estados europeus.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: sovereign power and bare life*. Tradução de Daniel Heller-Roazen. Califórnia: Stanford University Press, 1998.

_____. *Estado de Exceção*. 2. ed. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2007.

ALVES, José A.L. *A arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia de Direitos do Homem Anotada*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

BBC NEWS. *Paris Attacks: What happened on the night*. BBC NEWS [Domínio Eletrônico]. 9 de dez. 2015. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-34818994>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

122 LAZARUS; GOOLD, op. cit.

BOUVIER, Antoine A. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário. In: BOUVIER, Antoine A. *O Direito Internacional Humanitário e Direito dos Conflitos Armados*. Williamsburg: Instituto para Treinamento em Operações de Paz, 2011.

BUERGENTHAL, Thomas et al. International Human Rights in a Nutshell. In: BUERGENTHAL, Thomas et al. *International Human Rights in a Nutshell*. Washington: GW Law Faculty Publications & Other Works, 2009, 4 ed. Disponível em: <http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1365&context=faculty_publications>. Acesso em: 19 dez. 2015.

CARMO NETO, Manoel. *O Papel dos Sistemas Regionais na Proteção dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: 2008.

CONSELHO DA EUROPA. *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on human rights and the fight against terrorism*, 2002.

CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. 4 de novembro de 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Lawless v. Ireland (No. 3)*: judgment. strasbourg: 1961.

_____. *Case of Ireland v. the United Kingdom*: judgment. strasbourg: 1978.

_____. *Case of Brannigan and McBride v. the United Kingdom*: judgment. strasbourg: 1993.

_____. *Case of A. and Others v. the United Kingdom*: judgment. strasbourg: 2009.

EISSEIN, Marc-André. *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 1985.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Proclamation n. 7463 of September 14, 2001*. Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks. Federal Register, Washington, 14 de setembro de 2001-a.

_____. *Military Order of November 13, 2001*: detention, treatment, and trial of certain non-citizens in the war against terrorism. 2001-b.

_____. Department of Justice. *The USA PATRIOT Act*: preserving life and liberty (uniting and strengthening america by providing appropriate tools required to intercept and obstruct terrorism. 2001-c.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FERREIRA, Gustavo Assed. Corte Europeia de Direitos Humanos. In: BARRAL, Weber (org.). *Tribunais Internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/2864/Tribunais_Internacionais.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2015.

FREITAS, Jeane Silva de; MACEDO, Sibelle Silva. *Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos*: relevância da carta africana dos direitos do homem e dos povos. *Conjuntura Austral*. ISSN 2178-8839, v. 4, n. 18, jun./jul. 2013.

- GODINHO, Fabiana de Oliveira. *Coleção para entender: a proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HAAS, Michael. *International Human Rights: a Comprehensive Introduction*. Nova York: Routledge, 2008.
- HACHEM, Daniel Wunder; PIVETTA, Saulo Lindorfer. A Biopolítica em Giorgio Agamben e Michel Foucault: o estado, a sociedade de segurança e a vida nua. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 340-361, jul./dez. 2011.
- LAZARUS, Liora; GOOLD, Benjamin J. Security and Human Rights: The Search for a Language of Reconciliation. In: LAZARUS, Liora; GOOLD, Benjamin J (coords). *Security and Human Rights*. University of Oxford: Legal Research Paper Series, 2007.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta da Organização das Nações Unidas*. São Francisco, 1945.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Direitos Humanos*. Nova York, 1948.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RENUCCI, Jean-François. *The Rights guaranteed and the protection mechanism*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2005.
- SMITH, Rhona K. M. *Textbook on International Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- SUDRE, Frédéric. *Droit International et européen des droits de l'homme*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, 2 ed. apud RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito Internacional e Direito Interno: sua Interação na Proteção dos Direitos Humanos*. São José da Costa Rica: 1996.
- _____. Jus Cogens: *The Determination and the Gradual Expansion of its Material Content in Contemporary International Case-Law*. XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano. Washington, 2009.
- UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *Refugees/Migrants Emergency Response: Mediterranean*. UNHCR [Domínio Eletrônico]. Disponível em: <<http://data.unhcr.org/mediterranean/regional.php>>. Acesso em: 22 dez. 2015.
- WHITEHEAD, John W.; ADEN, Steven H. Forfeiting “Enduring Freedom” for “Homeland Security”: a Constitutional Analysis of the USA Patriot Act and the Justice Department’s Anti-Terrorism Initiatives. *American University Law Review*, v. 51, n. 6, p.1081-1133, junho 2002.

RECEBIDO EM: 19/05/2016

APROVADO EM: 12/09/2016

DIFERENÇA QUALITATIVA ENTRE RESPONSABILIDADE CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA E O ART. 6º DA LEI ANTICORRUPÇÃO

*QUALITATIVE DIFFERENCE BETWEEN CIVIL, PENAL AND
ADMINISTRATIVE LIABILITY AND THE ARTICLE 6º OF
BRAZILIAN ANTI-CORRUPTION LAW*

André Amaral de Aguiar

Procurador Federal

Mestre em direito pela Universidade Federal do Estado do

Rio de Janeiro - UNIRIO

SUMÁRIO: Introdução; I Diferença entre Responsabilidade Civil e Responsabilidades Penal e Administrativa; II Diferença entre Responsabilidade Penal e Administrativa e Lei Anticorrupção; III Conclusão; Referências.

RESUMO: Sustenta-se a existência de uma diferença qualitativa entre as responsabilidades civil, penal e administrativa, voltando-se a primeira à reparação do dano e as duas últimas à aplicação de sanção ao infrator da ordem jurídica. Advoga-se a existência de uma diferença qualitativa também entre a responsabilidade penal e administrativa com base no princípio da subsidiariedade do direito penal, o que pode resolver diversos problemas de interpretação no direito positivo nacional, em especial a natureza jurídica das penas previstas no artigo 6º da Lei Anticorrupção.

PALAVRAS - CHAVE: Responsabilidades Civil, Penal e Administrativa. Diferença Qualitativa. Princípio da Subsidiariedade. Lei Anticorrupção.

ABSTRACT: There is a qualitative difference between civil, penal and administrative liability. The first one focus on damage repair, the others on the violator punishment. The article argue that there is too a qualitative difference between penal and administrative liability based on de subsidiarity principle of penal law, what can solve interpretation problems of the positive law in Brazil, like the nature of the liability create by the article 6 of Brazilian Anti-barberry law.

KEYWORDS: Civil, Penal and Administrative Liability. Qualitative Difference. Subsidiarity Principle. Anti-Barberry Law.

INTRODUÇÃO

Estabelecer um conceito genérico de responsabilidade não é uma tarefa fácil, principalmente levando-se em conta que mesmo àqueles que restringem o objeto de estudo para um dos tipos de responsabilidade, como a responsabilidade civil, não chegam a um acordo quanto a sua conceituação, como ressalta Caio Mario da Silva Pereira¹.

Na verdade, poucos são aqueles que buscam trabalhar a responsabilidade como gênero e efetivar uma distinção entre seus ramos. A maioria limita-se a efetivar uma distinção entre responsabilidade penal e civil de um lado, ou, ainda, entre responsabilidade penal e administrativa, de outro, sendo raros trabalhos que englobem conjuntamente a responsabilidade civil, penal e administrativa. Talvez isso ocorra porque no subconsciente do jurista paira a subdivisão do direito e dos órgãos jurisdicionais nos seus dois grandes ramos, quais sejam, penal e civil, encontrando-se o direito administrativo inserido dentro do direito civil em sentido *latu*, o que poderia explicar o fato de não ser corriqueiro a existência de trabalhos distinguindo a responsabilidade civil da responsabilidade administrativa. Isso apesar da responsabilidade administrativa assemelhar-se mais à responsabilidade penal do que a responsabilidade civil, como será demonstrado mais a frente.

Fugindo à regra, Silvio Venosa² procura estabelecer um conceito genérico de responsabilidade, o qual estaria ligado ao exame de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico. No mesmo sentido caminha Carlos Roberto Gonçalves³, o qual esclarece que a obrigação gera um dever jurídico originário, do qual, na hipótese de violação, surge a responsabilidade. Vê-se, portanto, que aqueles que buscam estabelecer um conceito genérico de responsabilidade a relacionam ao surgimento de um dever sucessivo decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Partindo desse conceito genérico de responsabilidade, os juristas acima mencionados afirmam que ontologicamente não haveria distinção entre responsabilidade civil, penal e administrativa, mas somente uma diferença de grau.

1 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p 7.

2 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p 20.

3 GONCALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro IV - Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p 16.

Este também é o entendimento majoritário da doutrina alienígena. Com efeito, Miguel Bajo Fernandez e Silvina Bacigalupo Saggese⁴, ainda que se circunscrevendo somente à distinção entre responsabilidade penal e administrativa, afirmam existir uma diferença quantitativa e formal entre ambas, a qual decorreria da autoridade incumbida legalmente de impor a sanção. Partindo-se dessa premissa, teríamos que concluir que o órgão legalmente incumbido da imposição de uma sanção decorrente da violação do dever jurídico originário acabaria determinando a natureza jurídica da responsabilidade. Assim, caso a lei prevísse que a sanção seria imposta pela autoridade administrativa, ela daria ensejo ao surgimento de uma responsabilidade administrativa, caso a autoridade responsável pela imposição da sanção fosse jurisdicional, haveria o surgimento de uma responsabilidade penal.

Contudo, o acolhimento da doutrina que prega a identidade ontológica entre os três tipos de responsabilidade e adoção de uma diferenciação meramente formal e quantitativa entre elas é estéril na solução de diversos problemas do dia a dia do operador do direito, pois se baseia exclusivamente na legislação ordinária, não oferecendo soluções para problemas que serão cada vez mais comuns no futuro, diante da aproximação entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, denunciada por Silva-Sanches⁵, e da crescente preocupação do direito penal com os interesses da vítima do delito e na reparação do dano, o que justificou entre nós uma reforma do Código de Processo Penal, introduzida pela Lei 11719/2008, que alterou o artigo 387, IV daquele diploma legal para determinar que o Juízo criminal fixe o valor mínimo da reparação do dano devido à vítima.

Um exemplo da mencionada esterilidade pode ser averiguada com a adoção do entendimento acima exposto para averiguar a natureza jurídica das sanções impostas na Lei Anticorrupção. A Lei 12846/2013, denominada Lei Anticorrupção, permite a imposição das penas previstas no seu artigo 6º tanto pela autoridade administrativa como pelo Juiz. Assim, caso se adote o entendimento de que há somente uma diferença quantitativa entre responsabilidade penal e administrativa, seria o órgão incumbido de impor a sanção que determinaria a natureza da sanção, de maneira que se deveria

4 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Las Medidas Administrativas Y Penales De Prevención Del Blanqueo De Capitales Em El Ambito Urbanístico: Límites Entre Las Infracciones Administrativas Y Delito. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid*, a cargo de Prof. Dr. Ángel Menéndez Rexach, p. 15-39, Dez 2008.

5 SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal em las Sociedades Postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 123.

concluir que essas penas teriam natureza penal, quando impostas pelo Juiz, e administrativa, quando impostas pela autoridade administrativa.

Chegando-se a esta conclusão, deveria ser questionada a constitucionalidade destas penas quando impostas pelo Juiz, tendo em vista que a Constituição somente permite a responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais, e mesmo assim de maneira controvertida? Ou seja, as penas do artigo 6 da Lei Anticorrupção somente seriam constitucionais quando impostas pela autoridade administrativa? Tendo em vista que as penas dos delitos ambientais se assemelham as penas impostas na Lei Anticorrupção, também deveria ser questionado se seria possível à autoridade administrativa impor uma pena à pessoa jurídica cuja imposição seria vedada ao próprio o Poder Judiciário?

O presente trabalho tem por objetivo explorar e difundir um critério mais seguro e fecundo para diferenciação entre as responsabilidades civil, administrativa e penal, tendo como pano de fundo a análise da natureza jurídica das penas previstas no artigo 6 da Lei 12846/2013.

Metodologicamente, iniciarei por estabelecer uma diferenciação entre a responsabilidade civil de um lado e a responsabilidade administrativa e penal do outro, tendo em vista a semelhança existente entre estas duas últimas espécies de responsabilidades, que não regidas pelo mesmo núcleo principiológico, como defendem Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Garcia.⁶ Após, procurarei apartar a responsabilidade administrativa da responsabilidade penal e no capítulo destinado à conclusão utilizarei o critério de diferenciação defendido no capítulo segundo para averiguar a natureza jurídica das penas previstas no artigo 6 da Lei Anticorrupção.

I - DIFERENÇA ENTRE RESPONSABILIDADE CIVIL E RESPONSABILIDADES PENAL E ADMINISTRATIVA.

Segundo Caio Mario da Silva Pereira⁷, na Lei das XII tábuas a responsabilidade encontrava-se ligada à vingança privada e a casos específicos de reparação expressamente previstos, não havendo diferença entre responsabilidade civil e responsabilidade penal. Posteriormente, o Estado passa a se interessar não só pelas infrações contra ele praticadas,

6 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flavio Amaral. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 28, nov./dez./jan., 2011/2012. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2015.

7 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense 1996. p. 2.

mas também por aquelas que atingem particulares, estabelecendo uma pena em dinheiro dirigida à vítima da infração. Quando esta pena perde o caráter punitivo, surge a ideia de reparação. Vê-se, portanto, que inicialmente não fazia sentido distinguir a responsabilidade civil da responsabilidade penal, pois ambas visavam à punição do culpado, estavam previstas casuisticamente na legislação e deveriam ser buscadas pela vítima, não havendo uma regra geral de reparação de danos.

Ainda segundo Caio Mario da Silva Pereira⁸, a *Lex Aquilia* trouxe grande avanço à responsabilidade civil, pois substituiu a multa fixa que anteriormente era aplicada por uma multa proporcional ao dano causado e previu diversos danos que dariam ensejo a sua aplicação, inclusive prevendo sua incidência em caso de dano a coisa corpórea, que posteriormente foi ampliada para dano a qualquer coisa alheia animada ou inanimada, permitindo, assim, chegar-se a noção mais ampla de prejuízo, sem o qual não haveria responsabilidade. Note-se que a responsabilidade civil começa a se dissociar da noção de responsabilidade penal, pois a multa deixa de ser fixa e passa a ser proporcional ao dano. Além disso, há um aumento significativo dos casos de sua incidência, apesar de ainda ser preciso a previsão de casos em espécie, o que, nas lições de Caio Mário, somente deixou de ser exigido a partir do século XVIII, quando foi enunciado um princípio geral obrigando a reparação de todos os danos causados de maneira culposa.

A partir da evolução histórica da responsabilidade civil, verifica-se sua dissociação progressiva da responsabilidade penal, na medida em que seu foco passa gradativamente da punição do autor do ilícito para a pessoa da vítima e reparação do dano, diminuindo a necessidade de sua previsão expressa, bastando a estipulação de uma cláusula geral de responsabilidade.

Apesar da evolução histórica da responsabilidade civil deixar transparecer que seu objetivo é mais voltado para a reparação do dano em favor da vítima do que à punição do infrator da ordem jurídica, Sergio Cavalieri Filho⁹ afirma que a diferença entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil é quantitativa e não qualitativa, baseando-se somente na maior gravidade da responsabilidade penal. Com esta assertiva não podemos concordar.

8 PEREIRA. op. cit. p.3.

9 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 15

Inicialmente, observe-se, que a responsabilidade civil tem por objeto a reparação do dano e visa atender precipuamente ao interesse da vítima, o que a coloca no ramo do direito privado, enquanto a responsabilidade penal encontra-se na seara do direito público. No entanto, o que me parece fundamental para diferenciar estas espécies de responsabilidade é o fato de a responsabilidade civil visar simplesmente restaurar a ordem jurídica violada pela lesão, removendo suas consequências através da reparação da vítima, não agregando qualquer elemento novo à ordem jurídica, o que inclusive está em consonância com o artigo 944 do Código Civil ao dispor que a indenização mede-se pela extensão do dano, de maneira que se não houver dano não há responsabilidade civil, ainda que a ordem jurídica reste violada. Transparece, assim, que a responsabilidade civil visa mais reparar a vítima do que punir o infrator da ordem jurídica, pois, não havendo dano, não há que se falar em responsabilidade civil. Além disso, ao contrário do direito penal, não exige uma previsão expressa das hipóteses de sua eclosão, se fundamentando em cláusulas gerais e não em fatos tipificados legalmente.

Já a responsabilidade penal, assim como a administrativa, é mais focada na aplicação de uma sanção ao infrator da ordem jurídica, a qual visa retribuir o mal causado e prevenir delitos, sendo aplicada no interesse geral da sociedade, o que as coloca no ramo do direito público. Aqui a violação da ordem jurídica gera um elemento novo, a pena, a qual visa retribuir e desestimular a prática da conduta vedada, sendo utilizada pelo Estado como elemento de reforço para regulação da sociedade. As responsabilidades penal e administrativa se fundamentam em fatos discriminados expressamente pela lei e se preocupam com a punição do infrator.

Assim, parece haver uma diferença qualitativa entre a responsabilidade civil, de um lado, e as responsabilidades penal e administrativa, de outro, pois a primeira visa precipuamente e imediatamente satisfazer o interesse privado da vítima na reparação do dano, e as últimas, precípua e imediatamente, o interesse público na punição do infrator e prevenção da conduta desviada.

Note-se, contudo, que referida diferenciação leva em conta o interesse preponderante em cada caso, o que não quer dizer que o direito penal seja indiferente ao interesse da vítima e nem que a responsabilidade civil não se preste a interesses da coletividade, pois o direito é uno. Na verdade, esta diferenciação entre direito público e privado encontra-se em crise diante da publicização do direito privado e da utilização pelo direito público de

instrumentos típicos daquele. Contudo, ela permanece válida, embora abalada, prestando valoroso auxílio ao intérprete.

Assim, parece precisa a lição de CRETELLA JUNIOR¹⁰, que aponta as seguintes diferenças entre o ilícito penal e o ilícito civil:

- O ilícito penal é previsto de maneira precisa pela lei repressiva e o ilícito civil é todo e qualquer ato humano que gera dano e a correspondente obrigação de indenizar.
- O ilícito civil opõe o autor do ato danoso à vítima e o penal opõe aquele ao Estado.
- O ilícito penal versa sobre o interesse público e o civil ao privado.
- Somente quando há produção de dano há ilícito civil. O penal ocorre mesmo sem concretização do dano material, como ocorre na tentativa.
- O ilícito civil foca-se na reparação do prejuízo sofrido pela vítima, o penal na aplicação da pena.

Estas diferenças apontadas entre o ilícito civil e o ilícito penal também servem para diferenciar a responsabilidade civil e administrativa. A diferenciação entre a responsabilidade penal e administrativa será o objeto dos parágrafos seguintes.

II - DIFERENÇA ENTRE RESPONSABILIDADE PENAL E ADMINISTRATIVA E LEI ANTICORRUPÇÃO

Estabelecida a diferenciação entre responsabilidade civil e as responsabilidades penal e administrativa, é necessário averiguar o que distingue estas últimas, pois ambas são pertinentes ao direito público e, portanto, destinadas à tutelar interesses da coletividade, devem estar legalmente tipificadas, opõe o infrator ao Estado, prescindem da concretização material do dano, e se focam na restauração da ordem jurídica.

Nelson HUNGRIA¹¹ entende que não há qualquer diferenciação ontológica entre ilícito penal e ilícito administrativo, aduzindo que

10 CRETELLA JR, José. Do ilícito Administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 68., n. 1, p. 135-159. 1973.

11 HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.1,n.1, p. 24-31, 1945.

somente se poderia admitir uma diferenciação quantitativa ou de grau entre as duas espécies, consubstanciada na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. Assim, o ilícito administrativo seria um *minus* em relação ao ilícito penal. Aludido jurista refuta a tentativa da Goldschmidt de estabelecer uma diferenciação ontológica entre ilicitude penal e administrativa, a qual sintetiza afirmando que segundo a tese de Goldschmidt o direito penal encarava o indivíduo enquanto personalidade autônoma e o direito administrativo enquanto membro da sociedade, obrigado a com ela cooperar, de maneira que a responsabilidade administrativa decorreria de uma omissão do dever de auxiliar a Administração, apresentando-se as normas do direito administrativo como ordens de serviço e não normas jurídicas, protegendo a ordem pública enquanto objeto de cuidado da Administração e não bem jurídico. Desta forma, o ilícito administrativo não seria uma ação contrária ao direito e sim contrária aos interesses da Administração, havendo um direito penal subjetivo da Justiça e um direito penal subjetivo da Administração.

Ainda de acordo com HUNGRIA¹², a tese acima apresentada era artificial, pois encarava o indivíduo enquanto colaborador da administração, como se estivesse investido em função pública, e equivocada, uma vez que se os interesses da administração são tutelados por preceitos jurídicos eles se consubstanciam em bem jurídicos. Afirma, ainda, que não há que se falar em direito penal subjetivo da Justiça e direito penal subjetivo da Administração, havendo somente um único direito penal subjetivo do Estado, ao qual incube o *Jus Puniendi*, exercido por meio de seus órgãos. Com estes argumentos, conclui que a diferença entre direito penal e direito administrativo penal, e suas respectivas penas, não é de conteúdo, mas sim quantitativa, baseada na intensidade das sanções impostas, e formal, uma vez que as penas do direito administrativo não são impostas pela via jurisdicional.

Luiz Regis Prado¹³ também adere à corrente que afirma não haver diferença qualitativa entre direito penal e direito administrativo sancionador. Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo Saggese¹⁴ afirmam que a

12 HUNGRIA, op. cit.

13 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 77

14 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Las Medidas Administrativas Y Penales De Prevención Del Blanqueo De Capitales Em El Ambito Urbanístico: Limites Entre Las Infracciones Administrativas Y Delito. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, Ed. a cargo de Prof. Dr. Ángel Menéndez Rexach, p.15-39, Dez 2008.

diferença entre a responsabilidade administrativa e a responsabilidade penal não é qualitativa, de conteúdo, mas sim meramente formal, baseada no órgão incumbido de aplicar a pena, pois a sanção administrativa é imposta pela administração e a sanção penal por órgãos jurisdicionais. Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵ também possui o mesmo entendimento.

Para CRETELLA JUNIOR¹⁶, a diferença entre ilícito administrativo e penal é ontológica quando a ilicitude se exaure na esfera do próprio Poder Executivo e de grau quando transcenda o Poder Executivo, inserindo-se também na seara do direito penal. Observe-se, contudo, que este autor não aponta qualquer diferença na substância da relação jurídica ou na sanção aplicada para justificar a suposta diferenciação ontológica entre ilícitos administrativos e penais, deixando ao total alvitre do legislador o estabelecimento da diferenciação em questão, razão pela qual, me parece, que apesar de afirmar a existência de uma diferenciação de qualidade, mencionado jurista acaba por concordar com a corrente que afirma existir uma mera diferença de grau, deixando ao alvitre do legislador a configuração de uma infração como administrativa ou penal.

Vê-se, portanto, que de acordo com a doutrina majoritária, a diferença entre a responsabilidade penal e administrativa é apenas quantitativa, incumbindo ao legislador, de acordo com a gravidade da sanção, configurá-la como ilícito penal ou administrativo e designar a autoridade incumbida de impô-la, judicial, no caso de ilícito penal, e administrativa, no caso de ilícito administrativo. Ocorre que o direito positivo brasileiro apresenta uma dificuldade para esta corrente.

O artigo 37 § 4º da Constituição prevê sanções a serem impostas no caso de improbidade administrativa. Essas sanções possuem natureza não penal, por expressa disposição constitucional, as quais devem ser impostas por órgãos jurisdicionais, nos termos da Lei 8429/92. Note-se que o dispositivo constitucional em questão expressamente ressalva a imposição cumulativa das sanções decorrentes da improbidade com a sanção penal, o que deixa claro que a sanção de improbidade não possui natureza penal, o que, inclusive, foi determinante para que o Supremo Tribunal Federal julgasse procedente a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2797-DF, a qual declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos primeiro

15 MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 26. ed. 2009. p.841.

16 CRETELLA JR, José. Do ilícito Administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 68. n. 1, p. 135-159. 1973.

e segundo do artigo 84 do CPP, inseridos pela lei 10628/02, que estendiam o foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa.

Por outro lado, o inciso LXVI do artigo 5º da Constituição expressamente reserva a pena privativa de liberdade, estabelecendo que ela somente pode ser imposta por autoridade judiciária, resguardada as transgressões militares, que em razão da hierarquia e disciplina militares, podem ser impostas por autoridades administrativas. Esta exceção à regra é especialíssima, decorrendo da necessidade de se resguardar a disciplina militar necessária para manter a segurança nacional e a própria soberania nacional, acabando por confirmar a regra, pois em um Estado que se declara democrático de direito, não é possível admitir pena de prisão decretada por autoridades sem as garantias inerentes ao Poder Judiciário.

Vê-se, portanto, que no Brasil o Poder Judiciário impõe verdadeiras penas que não possuem natureza penal. Por outro lado, somente o Poder judiciário pode impor penas de prisão. Acredito que estes dois vértices são fundamentais para se diferenciar a responsabilidade penal, da responsabilidade administrativa. Até este ponto, duas afirmações já podem ser feitas. A primeira, no sentido de que o fato de uma pena ser imposta por um Juiz no exercício da função jurisdicional não é suficiente para se afirmar que ela possui natureza penal, pois as penas decorrentes de improbidade administrativa possuem natureza extrapenal, por expressa disposição constitucional, e são impostas por autoridade judiciária no exercício da função jurisdicional. A segunda, de que salvo o caso de transgressão militar, a autoridade administrativa não pode impor pena de prisão, a qual, por privar o ser humano de sua liberdade de locomoção, chega extremamente próximo ao núcleo do princípio da dignidade humana.

Segundo ROXIN¹⁷, o conceito material de delito decorre do fim do direito penal, que é a proteção subsidiária de bens jurídicos, o que só o levaria a intervir na falha de outros meios de solução social do problema. Por isso, o Direito Penal seria a última *ratio* da política social e teria sua missão definida como proteção subsidiária de bens jurídicos. Esta limitação se depreenderia do princípio da proporcionalidade, pois como o direito penal pode impor a sanção mais dura ao cidadão, privando-o de sua liberdade, só poderia intervir quando outros meios não lograssem êxito. ROXIN¹⁸ aduz que o princípio da proporcionalidade é mais uma diretriz

17 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción y notas. Diego Manuel Luzón Peña. Miguel Díaz Y García Conlledo. Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas 1997. p. 51.

18 ROXIN, op. cit., p. 52.

político-criminal que um mandado vinculante, deixando ampla margem de conformação ao legislador, mas permitindo uma crítica legislativa fundada imprescindível ao progresso do direito penal. Assim, para ele, o princípio da subsidiariedade é o critério de delimitação do conteúdo do direito penal, o qual somente deve intervir quando outros meios de regulação social não sejam suficientes, o que desde já afastaria a aplicação do direito penal a pessoas jurídicas, como passo a demonstrar.

Note-se que a adoção deste critério da subsidiariedade depõe contra a responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois a responsabilidade administrativa é mais eficaz que a responsabilidade penal na prevenção de condutas desviadas por entes coletivos. Com efeito, GIMENO¹⁹ analisou especificadamente a eficácia da responsabilidade penal e da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica a fim de averiguar se aquela seria mais eficaz do que essa na prevenção de delitos, podendo intervir como *ultima ratio* quando a responsabilidade administrativa fosse ineficaz. Esta análise levou em conta a gravidade da sanção, a probabilidade de sua imposição e a celeridade na hora de impô-la.

Com relação à gravidade da sanção, GIMENO observou que a responsabilidade penal possui sanções mais graves do que a responsabilidade administrativa, tendo em vista a possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade, cuja aplicação é vedada pela via administrativa. Contudo, a pena de prisão é incompatível ontologicamente com a pessoa jurídica, não havendo como privá-la da liberdade de locomoção, o que anula esta maior gravidade da sanção penal no caso da pessoa jurídica. Quanto à probabilidade de imposição da sanção, aludida análise demonstra que ela é mais provável na penalidade administrativa do que na penal, pois esta cerca o réu e o processo de maiores garantias, sendo mais fácil obter a condenação e a imposição da sanção na seara administrativa. Por fim, no que pertine a celeridade na imposição, tendo em vista novamente as menores garantias do processo administrativo, é provável que novamente a sanção administrativa seja imposta de forma mais célere.

Com base na análise acima, GIMENO²⁰ aponta uma superioridade preventiva da responsabilidade administrativa, o que afastaria a imposição

19 GIMENO, Inigo Ortiz de Urbina. Sanciones penales contra empresas em Espanha (Hispânica societatis delinquere potest). In: KUHLEN, Lothar. MONTIEL, Juan Pablo. GIMENO, Inigo Ortiz de Urbina(Org). *Compliance y Teoria del Derecho Penal*. Madri: Marcial Pons. 2013.p.263-282.

20 GIMENO, Inigo Ortiz de Urbina. Sanciones penales contra empresas em Espanha (Hispânica societatis delinquere potest). In: KUHLEN, Lothar. MONTIEL, Juan Pablo. GIMENO, Inigo Ortiz de Urbina(Org). *Compliance y Teoria del Derecho Penal*. Madri: Marcial Pons. 2013. p. 263-282.

da responsabilidade penal à pessoa jurídica com base no princípio da subsidiariedade do direito penal. Aduz, ainda, que esta análise poderia ser questionada com base simplesmente no maior abalo que a responsabilidade penal causaria à reputação da pessoa jurídica, mas que este efeito depende de valores sociais cambiáveis e da ressonância mediática do caso, não sendo de conhecimento geral a diferença entre essas responsabilidades. Ademais, afirma que os mesmos efeitos poderiam ser obtidos mediante a soma da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica e da responsabilidade penal da pessoa física, que equivaleriam à responsabilidade penal de ambas. Assim, verifica-se que além de causar sérios abalos às estruturas do direito penal, que foram construídas tendo em mira a conduta humana, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é menos eficaz na prevenção de ilícitos do que a responsabilidade administrativa, o que a proscreveria tendo por base o princípio da subsidiariedade.

Como visto acima, ROXIN²¹ demonstra que o princípio da subsidiariedade abre espaço para ampla margem de conformação do legislador na caracterização de uma responsabilidade enquanto penal ou administrativa, razão pela qual entende que a diferença entre estes ilícitos é de regra quantitativa, mas em razão do direito penal constituir a última *ratio* de proteção de bens jurídicos, a partir de um ponto esta diferença quantitativa se transforma em qualitativa. Afirma, ainda, que a sanção administrativa permite uma configuração mais aberta do tipo e se dirige mais especificadamente sobre o autor, visando à prevenção especial, ao passo que o crime visa à prevenção geral.

A construção de Roxin tem a virtude de colocar um limite na discricionariedade do legislador na seleção de bens jurídicos cuja ofensa possa ser qualificada como crime ou ilícito administrativo, permitindo uma crítica à sua atividade, que poderá, no limite, invalidar sua escolha. Assim, por exemplo, a pena de prisão é a sanção típica do direito penal, não podendo o legislador, salvo a expressa previsão constitucional da transgressão militar, impô-la a um ilícito administrativo.

Outra virtude desta construção consiste em não qualificar o ilícito em decorrência da autoridade incumbida de impor a sanção decorrente de sua perpetração. Assim, o fato de uma pena ser imposta por uma autoridade judiciária no exercício da atividade jurisdicional não a qualifica como penal. Vê-se, portanto, que os ensinamentos de Roxin solucionam os dois problemas que a diferenciação meramente quantitativa do ilícito penal e

21 ROXIN, op. cit. p. 72.

administrativo apresentam no Brasil, tendo em vista o nosso direito positivo, o qual proíbe a imposição de pena de prisão por autoridade administrativa e admite a imposição de pena extrapenal por autoridade judiciária no exercício de atividade jurisdicional, como as sanções decorrentes de improbidade administrativa.

Ademais, aludida construção deixa evidente que a pena criminal e a responsabilidade penal são subsidiárias aos demais meios de regulação social e se desenvolveram tendo em mira a pena privativa de liberdade, cuja severidade é qualitativamente diversa das penas que podem ser impostas pelo direito administrativo, pois atinge a liberdade de locomoção do indivíduo, talvez o seu bem mais relevante, chegando extremamente próximo ao núcleo do princípio da dignidade humana, o que justifica toda a construção dogmática do direito penal voltada para a conduta humana, pois somente o ser humano pode ter sua liberdade de locomoção cerceada. Assim, ainda que a responsabilidade penal admita a aplicação de pena de multa e penas restritivas de outros direitos, elas são impostas em caráter subsidiário ou cumulativamente à pena privativa de liberdade, que historicamente é o fio condutor do direito penal.

Note-se que quando se afirma que duas coisas diferem somente quantitativamente, se admite implicitamente que elas se equivalem em gênero, pois a comparação quantitativa exige a identidade dos objetos em análise. Com efeito, o próprio sistema jurídico explicita isto, pois ao regular a compensação, o artigo 369 do Código Civil exige coisas fungíveis, que segundo TEPEDINO, BARBOZA e MORAES²², são caracterizadas quando os objetos da compensação são homogêneos. A pena privativa de liberdade atinge o ser humano em bem que se encontra extremamente próximo do núcleo do princípio da dignidade humana, não se podendo admitir que ela se equivalha em gênero às demais penas admitidas no nosso ordenamento, sendo com elas homogêneas. Talvez no futuro esta pena seja até mesmo proscrita, como ocorrido com as penas de morte, perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, que são expressamente afastadas pelo artigo 5º, XLVII, da Constituição.

Com a maior preocupação do direito penal com a vítima e com a necessidade de evitar o encaminhamento ao cárcere daqueles que cometem crimes leves, tendo em vista o notório caos de nosso sistema carcerário e a perda de credibilidade da pena de prisão, cada vez mais virão à tona

22 TEPEDINO; Gustavo. BARBOZA; Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 674.

leis que colocarão o operador do direito em situações intrincadas, sendo impossível manter a coerência do sistema caso se entenda que a diferença entre a responsabilidade penal, civil e administrativa é somente quantitativa.

Por exemplo, a pena de improbidade administrativa possui natureza extrapenal por expressa disposição legal, mas é imposta por um Juiz. Assim, qual sua natureza jurídica? A teoria quantitativa não responde essa questão. Outro exemplo, para grande parte da doutrina a Constituição somente admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica no caso de crimes ambientais. Contudo, o legislador no caso da Lei Anticorrupção previu a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica com penas semelhantes às da Lei 9605/98, que trata de crimes ambientais, as quais também devem ser impostas pela via judicial. Ou seja, a diferença entre as responsabilidades previstas em ambas as leis é a simples nomenclatura? Isto é possível?

Com relação ao objeto do presente estudo, a Lei Anticorrupção permite a imposição das penas previstas no artigo 6º tanto pela autoridade administrativa como pelo Juiz. Assim, para os que defendem a diferença meramente quantitativa entre responsabilidade penal e administrativa, essas penas teriam natureza penal, quando impostas pelo Juiz, e administrativa, quando impostas pela autoridade administrativa? Estes exemplos deixam claro o quanto a abordagem quantitativa é infecunda, pois se baseia exclusivamente na legislação ordinária, não oferecendo soluções ao operador do direito para problemas que serão cada vez mais comuns no futuro.

Por isso me parece mais adequado ao nosso direito positivo se admitir a existência de uma diferença qualitativa entre a responsabilidade penal e a responsabilidade administrativa, sem perder de vista, contudo, que tanto a responsabilidade penal quanto a administrativa são impostas tendo em vista o interesse da coletividade e integram o direito de punir do Estado, que é unitário.

Desta constatação decorre que os princípios aplicáveis ao direito penal também são aplicáveis ao direito administrativo sancionador, pois foram cunhados em grande parte no iluminismo, visando conter a atividade punitiva do Estado, enquanto unidade. Deve haver, contudo, algumas adaptações pertinentes, tendo em vista que a responsabilidade administrativa não impõe encarceramento, razão pela qual estes princípios incidem de maneira menos incisiva, pois a dignidade do ser humano é menos abalada quando não é imposta pena privativa de liberdade. Desta forma, a possibilidade de encarceramento como pena parece ser o ponto

distintivo das duas responsabilidades, o que explica o fato do direito penal ter se desenvolvido tendo em vista a conduta humana como paradigma, pois, a imposição de pena privativa de liberdade somente é aplicável à pessoa natural.

Esta distinção tem caráter qualitativo e não quantitativo, pois, a liberdade de locomoção do indivíduo, talvez seja seu bem mais relevante, chegando extremamente próximo ao núcleo do princípio da dignidade humana, não se podendo admitir que ela se equivalha em gênero às demais penas admitidas no nosso ordenamento, sendo com elas homogêneas. Assim, sempre que preveja a possibilidade de encarceramento, ainda que remoto, o legislador deve seguir o modelo da responsabilidade penal.

Esta diferença qualitativa se refere à sanção aplicável. Quanto ao conteúdo da conduta geradora de ambas as responsabilidades não é possível estabelecer de imediato uma distinção precisa, razão pela qual o legislador possui bastante discricionariedade neste ponto. Contudo, deve sempre levar em conta os princípios da subsidiariedade do direito penal e da proporcionalidade no momento de discriminar condutas que gerarão cada uma das responsabilidades, de forma que se a conduta gera pouca lesividade social, deve-se preferir a responsabilidade administrativa, podendo, inclusive, haver invalidação da opção pela responsabilidade penal em caso de abuso manifesto. Quando pretenda punir uma conduta sem se valer da possibilidade de encarceramento do infrator, o legislador não tem opção, deve se valer da responsabilidade administrativa.

Note-se que quando não seja cominada pena privativa de liberdade, o fato de a punição ser imposta inicialmente pela Administração ou pelo Juízo no exercício da atividade jurisdicional não acarreta grande consequência, pois, caso seja a Administração encarregada desta tarefa, o apenado, não se conformando, poderá levar a matéria ao Poder Judiciário, o qual deverá, inclusive, averiguar a justiça da pena através da análise de sua proporcionalidade, vez que não há discricionariedade na aplicação de sanção, como decidido pelo STJ no julgamento do Mandado de Segurança 12927 - DF²³

23 MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DISCRICIONARIEDADE. INOCORRÊNCIA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA AUSENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA ORDEM DENEGADA.

I - Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistente aspecto discricionário Juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar.

Admitindo-se que o Judiciário possa analisar com amplitude o ato punitivo aplicado pela administração, o fato de se atribuir à função executiva ou jurisdicional a aplicação de uma sanção não alterará sua natureza, como entendem aqueles que adotam uma diferenciação quantitativa entre responsabilidade penal e administrativa, pois o Judiciário cedo ou tarde é quem dirá a última palavra.

Assim, quando a um ato ilícito a legislação impõe uma pena, além de obrigação de reparar o dano, que é inerente a esfera cível, estamos diante do *ius puniedi* estatal, que busca tutelar o interesse da coletividade. A responsabilidade em questão terá natureza penal quando possa de alguma forma levar à aplicação de uma pena privativa de liberdade e administrativa quando isto seja impossível. Poder-se-ia até criar uma nova nomenclatura para as hipóteses em que a aplicação da sanção incumbisse ao Poder Judiciário desde o início, mas isto não é necessário, pois não haverá alteração substancial das regras e princípios que regerão a responsabilidade somente pelo fato de ela ser aplicada desde o início pelo Judiciário, e isto poderá trazer mais confusão do que solução para casos concretos em que seja questionado seu regime jurídico.

Esta solução resolve a questão da natureza jurídica da responsabilidade da pessoa jurídica pelas penas previstas no artigo 6 da Lei Anticorrupção, ela possui natureza administrativa e não penal, ainda que aplicada por autoridade judiciária, pois a lei não admite prisão da pessoa jurídica pelos fatos nela tipificados, até em razão da impossibilidade material disto acontecer.

Jesus-Maria SILVA SÁNCHEZ²⁴ afirma que uma das razões da expansão da responsabilidade penal é a perda de confiança da coletividade na Administração em decorrência de sua burocracia e dos constantes casos de corrupção em que está envolvida, o que, afirma, faz com que não

II - Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais.

III - A descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de instauração ou na citação inicial.

IV - Inviável a apreciação do pedido da impetrante, já que não consta, neste writ, o processo administrativo disciplinar, o qual é indispensável para o exame da adequação ou não da pena de demissão aplicada, considerando, especialmente, a indicação pela Comissão Disciplinar de uma série de elementos probatórios constantes do PAD, os quais foram considerados no ato disciplinar.

V - A decisão que determinou o trancamento de ação penal, pendente o trânsito em julgado, não vincula, necessariamente, a decisão administrativa disciplinar. Seja como for, a revisão administrativa poderá ser provocada desde que preenchidos os requisitos para tanto. Ordem denegada, sem prejuízo das vias ordinárias.

24 SANCHEZ. op. cit., p. 64.

tenha a imagem ligada a um meio de proteção, sendo encarada como uma cúmplice de delitos. Contudo, geralmente, o Judiciário possui um processo de aplicação de sanção mais burocratizado do que o processo administrativo e não está imune a casos de corrupção, o que coloca dúvidas a respeito deste diagnóstico. De qualquer forma, a Lei Anticorrupção no seu artigo 20 estabeleceu um interessante antídoto para este problema ao permitir que o Ministério Público, em caso de omissão da Administração, busque em Juízo a aplicação das sanções que àquela incumbiria impor.

Admitindo-se que a responsabilidade decorrente da aplicação das penas do artigo 6 da Lei Anticorrupção possui natureza administrativa, nada impedirá sua extensão à pessoa jurídica, pois este tipo de responsabilidade sempre admitiu a responsabilização da pessoa jurídica.

Além disso, o modelo aqui proposto também soluciona antiga controvérsia instaurada no nosso sistema com a previsão do artigo 225 §3²⁵ da Constituição da responsabilidade da pessoa jurídica pela prática de condutas lesivas ao meio ambiente.

Adotando-se a teoria que estabelece uma diferença qualitativa entre a responsabilidade penal e administrativa, fica claro que o dispositivo transcrito relacionou a sanção penal à pessoa física e a sanção administrativa à pessoa jurídica, o que também afasta qualquer questionamento da Lei Anticorrupção baseada na limitação constitucional da responsabilidade penal da pessoa jurídica aos crimes ambientais e na semelhança de suas penas com as previstas na lei de crimes ambientais.

Na verdade, a partir da constatação de que somente se pode impor à pessoa jurídica sanções administrativas, pois o encarceramento é incompatível com a natureza do ente moral e com o princípio da subsidiariedade, uma vez que a responsabilidade administrativa é mais eficaz na prevenção de delitos do que a responsabilidade administrativa, como demonstrado acima com auxílio das lições de GIMENO,²⁶ é possível se desenvolver uma teoria para imputação de condutas mais adequada ao ente coletivo e mais eficiente na prevenção de práticas de condutas desviadas por estes entes, baseando-se em um modelo que considere a

25 Art. 225 [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

26 GIMENO, Inigo Ortiz de Urbina. Sanciones penales contra empresas en Espanha (Hispanica societates delinquere potest). In: KUHLEN, Lothar. MONTIEL, Juan Pablo. GIMENO, Inigo Ortiz de Urbina (Org.). *Compliance y Teoria del Derecho Penal*. Madri: Marcial Pons. 2013. p. 263-282.

adoção de programas de cumprimento como critério de imputação objetiva de condutas às pessoas jurídicas, afastando-se do modelo atual calcado na imputação indireta de condutas de pessoas naturais aos entes morais apoiado na teoria do órgão, o que muitas vezes se revela inadequado, como defendido por mim em outro trabalho.²⁷ A esse respeito, merece ser ressaltado que o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 548181 considerou inadequado para imputação dos delitos previstos na Lei de Crimes Ambientais o modelo de imputação indireta que vinha sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual fazia com que a punição da pessoa jurídica ficasse dependente da punição de uma pessoa natural a ela vinculada.

Vê-se, portanto, que a diferença entre a responsabilidade penal e administrativa tem natureza qualitativa e se baseia no princípio da subsidiariedade do direito penal, o que afasta a extensão de sanções penais à pessoa jurídica, devendo-se sempre aplicar o direito administrativo sancionador quando não se pretender ou for inviável a aplicação de pena privativa de liberdade.

III CONCLUSÃO

Como visto, a responsabilidade civil difere-se das responsabilidades penal e administrativa, pois estas são pertinentes ao direito público e, portanto, destinadas à tutelar interesses da coletividade, devem estar legalmente tipificadas, opõe o infrator ao Estado, prescindem da concretização material do dano, e se focam na restauração da ordem jurídica. Já a responsabilidade civil decorre de todo e qualquer ato humano que gera dano e a correspondente obrigação de indenizar, opondo o autor do ato danoso à vítima, tutelando, portanto, interesse privado e só eclodindo na hipótese da ocorrência de dano, ainda que moral, tendo por objetivo a reparação do dano.

Já as responsabilidades penal e administrativa tem em comum o fato de serem impostas tendo em vista o interesse da coletividade e integrarem o direito de punir do Estado, que é unitário, do que decorre que os princípios aplicáveis ao direito penal também são aplicáveis ao direito administrativo sancionador, pois foram cunhados em grande parte no iluminismo, visando conter a atividade punitiva do Estado, enquanto unidade. Entretanto, a possibilidade de encarceramento como

27 AGUIAR, André Amaral de. Desvendado a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pelas penas prevista na Lei Anticorrupção. In: *Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2 Região*. v. 22, p. 17-62, maio/out. 2015.

pena aparta a responsabilidade penal da administrativa, o que explica o fato do direito penal ter se desenvolvido tendo em vista a conduta humana como paradigma, pois, a imposição de pena privativa de liberdade somente é aplicável à pessoa natural.

Como a severidade da pena privativa de liberdade é qualitativamente diversa das penas que podem ser impostas pelo direito administrativo, pois atinge a liberdade de locomoção do indivíduo, talvez o seu bem mais relevante, chegando extremamente próximo ao núcleo do princípio da dignidade humana, a diferença entre estes dois tipos de responsabilidade é qualitativa e calcada no princípio da subsidiariedade do Direito Penal, pois a liberdade do indivíduo somente pode ser posta em risco quando não houver outro meio eficaz de tutelar o bem jurídico ameaçado pela conduta típica.

Essa concepção da responsabilidade penal e administrativa enquanto qualitativamente diversas pode servir como um contraponto à administrativa do direito penal, constatada entre outros por Silva Sanches²⁸, e evita questionamentos quanto à constitucionalidade das penas revistas no art. 6 da Lei Anticorrupção tendo em vista sua comparação com as penas previstas na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9605/98).

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Andre Amaral de. Desvendado a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pelas penas prevista na Lei Anticorrupção. In: *Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2 Região*. v. 22, p. 17-62, maio/out. 2015.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Las Medidas Administrativas Y Penales De Prevención Del Blanqueo De Capitales Em El Ambito Urbanistico: Limites Entre Las Infracciones Administrativas Y Delito. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autonoma de Madrid*, Madrid, Ed. a cargo de Prof. Dr. Ángel Menéndez Rexach, p. 15-39, Dez 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

28 SANCHEZ. Jesus-Maria Silva. La Expansion del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal em las Sociedades Postindustriales. op. cit. p., 123.

CRETELLA JR, José. Do ilícito Administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 68., n. 1, p. 135-159. 1973.

GIMENO, Inigo Ortiz de Urbina. Sanciones penales contra empresas em Espanha (Hispanica societas delinquere potest). In: KUHLEN, Lothar. MONTIEL, Juan Pablo. GIMENO, Inigo Ortiz de Urbina(Org). *Compliance y Teoria del Derecho Penal*. Madri: Marcial Pons. 2013.p.263-282

GONCALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro IV - Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2014

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p. 24-31, 1945.

MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 26. ed. 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. GARCIA, Flavio Amaral. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>>. Acesso em: 11 de fev. 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. Traducción y notas. Diego Manuel Luzòn Peña. Miguel Diaz Y Garcia Conlledo. Javier de Vicente Remessal. Madri: Civitas 1997.

SANCHEZ. Jesus-Maria Silva. La Expansion del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal em las Sociedades Postindustriales. 2. ed. Madri: Civitas, 2001.

TEPEDIDO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES; Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flavio Amaral. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 28, nov./dez./jan., 2011/2012. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>>. Acesso em: 11 de fev. 2015

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RECEBIDO EM: 05/02/2016

APROVADO EM: 24/06/2016

EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI) E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) 4.637/2011

*INDIVIDUAL LIMITED LIABILITY COMPANY (EIRELI) AND
DIRECTED UNCONSTITUTIONALITY ACTION (ADI) 4.637/2011*

*Carolina Iwancow Ferreira
Advogada¹*

Gabriel Marques Mostaçõ²

Henrique Zigart Pereira³

Nathan Cunha Dutra⁴

SUMÁRIO: Introdução; 1 Histórico; Registro e Legalização; 2 Características Técnicas e Legitimados; 3 Capital Social e ADI 4.637/2011; 4 Considerações Finais; Referências.

1 Pós-Doutoranda em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra. Doutora e Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC-SP

2 Bacharelado em Direito pela PUC-Campinas, décimo semestre.

3 Bacharelado em Direito pela PUC-Campinas, décimo semestre

4 Bacharelado em Direito pela PUC-Campinas, décimo semestre

RESUMO: Com o objetivo de compreender a vedação criada pela Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) no tocante à necessária integralização do capital social referente a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente e as motivações que embasaram a ADI 4.637/2011, foi realizado estudo acerca do surgimento, da formação e das características peculiares deste novo ente jurídico no direito brasileiro. Analisamos o interregno histórico que propiciou a criação do elemento principal que perfaz a EIRELI, ressaltando os motivos da implementação da limitação patrimonial ao pequeno empresário brasileiro, como medida incentivadora à formalização de grande parte dos empresários individuais no país. Finalmente, a doutrina e jurisprudência são responsáveis pela perpetuação ou não destes novos ideais.

PALAVRAS-CHAVE: Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Proteção Patrimonial. Pequeno Empresário. Incentivo à Formalização.

ABSTRACT: In order to understand the prohibition brought by the Individual Limited Liability Company (EIRELI), regarding the subscription of share capital corresponding to the amount of one hundred times the higher minimum wage and the reasons that based the ADI 4.637/2011, we studied the emergence, the formation and the peculiar characteristics of this new legal entity by the Brazilian Law. We analyzed the historical interregnum, which provided the main elements that created EIRELI, highlighting the reasons to implement the asset limitation to small Brazilian entrepreneur, as an auxiliary measure on eradicating informality of most individual entrepreneurs in the country. Finally, the doctrine and jurisprudence are responsible about the perpetuation or not of these ideals.

KEYWORDS: Individual Limited Liability Company. Direct Unconstitutionality Action. Asset Protection. Small Entrepreneur. Formalization Encouragement.

INTRODUÇÃO

A origem da denominada Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) se confunde, hodiernamente, com inúmeros fatores econômicos e sociais correlacionados ao surgimento do conceito de proteção patrimonial das sociedades limitadas formais, modalidade societária mais utilizada no Brasil.

Observamos que o questionamento quanto à responsabilidade do empresariado em razão de sua atuação comercial remonta ao período pós Revolução Industrial, interregno conturbado pela explosão do capitalismo e modificação dos moldes de produção, na transição de uma economia voltada à agricultura para uma economia predominantemente industrial, em que a máquina suplantou o trabalho humano e viabilizou nova relação entre capital e trabalho.

Esse novo relacionamento, em que se dissocia o processo produtivo artesanal do trabalhador e lhe imprime um modo de produção industrial, mecânico e intimamente produtivista, está fortemente correlacionado ao crescimento da atividade empresária e ao surgimento do ideal de proteção do patrimônio particular da pessoa física empreendedora. Em consonância com a intensificação da produção industrial, houve substantivo aumento do volume de contratos mercantis firmados para aquisição de matérias primas e intensificação dos atos típicos de comércio, que constituem os processos cotidianos de uma empresa, ou seja, potencializou-se o risco inerente à atividade empresarial.

Tudo isso ocorreu, justamente, porque a exploração da atividade econômica cria para o empreendedor o risco do insucesso, de eventuais execuções de dívidas e, como consequência, a perda dos bens destinados ao exercício da atividade econômica, e até mesmo a temerária afetação dos bens pessoais. Os credores buscariam todos os bens disponíveis de um empresário para a satisfação de seus créditos.

1 HISTÓRICO, REGISTRO E LEGALIZAÇÃO

A primeira incidência percebida foi na Inglaterra, onde acontecia a transformação mais significativa na economia, pois como nos lembra Eric J. Hobsbawm⁵ quanto à explosão da Revolução Industrial, foi na

5 HOBSBAWM, Eric J. *Da revolução industrial inglesa ao imperialismo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, *passim*.

década de 1780 que se retiraram os grilhões do poder produtivo das sociedades humanas, quando se tornou capaz a multiplicação rápida, constante e ilimitada de homens, mercadorias e serviços, visto que nenhuma sociedade anterior à inglesa tinha sido capaz de transpor o “teto” de uma estrutura social pré-industrial, não tecnológica, cientificamente deficiente e, conseqüentemente, suscetível ao colapso, à fome e às mortes periódicas que se impunham à produção.

É, também, no contexto histórico da Inglaterra de meados do século XIX que teve início a relevante contribuição do sistema jurídico britânico, alicerçado no *Common Law*⁶, na idealização das sociedades de responsabilidade limitada, delimitando-se o conceito básico e o delineamento estrutural da separação patrimonial entre empresário e empresa. O impacto surgido desta transformação foi, em grande parte, afeto à análise do tipo predominante que vigorava no direito societário anterior, fundada toda a matéria societária em três princípios básicos: a responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios; a impossibilidade de transferência de participações societárias a terceiros sem o consentimento dos demais sócios; e a confusão das sociedades com seus sócios, pessoas naturais, como bem nos remete o autor Carlos Fulgêncio Peixoto⁷.

Então, a tradição inglesa apenas delimitou o conceito basilar do instituto que se tornaria posteriormente, com a instrumentalização do direito alemão, uma sociedade com livre cessibilidade de participações sociais, personificação própria e responsabilidade social limitada ao montante subscrito (prometido) por cada sócio. Tudo aconteceu porque a tradição inglesa, por intermédio de várias reformas legislativas culminou, em 1862, na consolidação das sociedades por ações, não fazendo qualquer referência expressa às sociedades limitadas. Isto acabou por gerar uma enorme deserção dos empreendedores para as sociedades por ações, constantes naquela previsão legislativa⁸.

Na Alemanha, um dos países protestantes que acompanhava as transformações trilhadas pela Revolução Industrial, perceberam-se os esforços mais efetivos na criação do conceito de limitação de responsabilidade e do resultado lógico desta, ou seja, uma personalidade jurídica autônoma em relação à pessoa física empreendedora.

6 *Common Law* (Direito Comum) é o direito que se desenvolveu em determinados países por meio de decisões dos Tribunais (precedentes) e não mediante atos legislativos ou executivos.

7 PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *A sociedade por cotas de responsabilidade limitada*. 2. ed. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 12.

8 SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova sociedade limitada*. São Paulo: Manole, 2004. p. 6.

O renomado comercialista Rubens Requião⁹ detalhou, exaustivamente, o processo de criação das sociedades de responsabilidade limitada, pela propositura da Lei das Sociedades de Responsabilidade Limitada (*Gesellschaften mit Beschränkter Haftung*, no idioma original), primeira tipificação de tal modalidade societária, que instrumentalizou as ideias e preceitos estabelecidos na Inglaterra de dantes:

Em 1891 foi enviado, pelo Ministro da Justiça do Império, ao Congresso alemão, um projeto de lei, inspirado diretamente nas ideias de *Oechelhauser*. A tramitação legislativa, com algumas modificações, resultou na promulgação da Lei de 20 de abril de 1892, sobre as *Gesellschaften mit beschränkter Haftung*—Sociedades de Responsabilidade Limitada [tradução no original]. Em pouco tempo essas sociedades dominaram o comércio alemão, de molde a, em nosso tempo, ultrapassarem de muitíssimo, em número as sociedades anônimas existentes na Alemanha. O modelo germânico disseminou-se pelo mundo, sendo Portugal o primeiro a adotá-lo, por lei em 1901.

Tal processo de criação se fez indispensável para atender às necessidades econômicas da classe burguesa e mercantilista alemã, que vivamente se apregoava à limitação das responsabilidades dos sócios de uma empresa, mediante eventual execução patrimonial limitada ao próprio capital social da entidade jurídica.

Outra razão primordial de tantas outras que culminaram na delimitação da sociedade limitada, foi a melhor adequação aos empresários de menor porte que não alcançavam a regência das sociedades por ações, uma necessidade no período histórico tratado e, bem como, não menos importante quando analisamos períodos atuais no qual a atividade econômica encontra seus freios na própria burocracia imposta ao pequeno empresário.

Quanto aos motivos intrínsecos à criação da sociedade limitada na Alemanha, preceitua o comercialista Fábio Ulhoa Coelho¹⁰ que “a sociedade limitada foi criada na Alemanha, no fim do século XIX, para possibilitar a limitação da responsabilidade a pequenos e médios empreendedores, dispensando-os das formalidades próprias das anônimas”.

9 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 551.

10 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 18. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 377.

Nesse panorama histórico de surgimento do princípio elementar de responsabilidade limitada, face às execuções de dívidas que assolam o patrimônio privativo dos sócios e aumentam demasiadamente o risco inerente à prática empresarial, resta indispensável a abordagem das razões que orientaram a transformação da sociedade limitada *sui generis* em uma nova modalidade que admita caráter unipessoal.

Partindo-se de um viés social para a análise do microempreendedor que é titular de empresa de menor arrecadação financeira e que desenvolve um comércio muito menos complexo, não é penoso constatar que o fomento à sua atividade prescinde de modalidade societária descomplicada e que iniba a rotineira criação de sociedades fictas, nas quais um sócio doa seu nome e contratualmente possibilita a constituição. Porém, de um ponto de vista jurídico, existiam vários empecilhos à constituição de sociedade de apenas um sócio, presentes tanto na concepção de patrimônio de afetação provinda do direito civilista, quanto na concepção de capacidade negocial da sociedade de único sócio.

Como bem tratou a doutrina de Calixto Salomão Filho¹¹, em seu trabalho referente às sociedades unipessoais, a teoria da unidade do patrimônio de origem francesa e consubstanciada pelo subjetivismo antropocentrista do Código Napoleônico, impedia que se distinguísse personalidade e patrimônio, impondo que a cada pessoa somente corresponderia um único patrimônio, inseparável desta pessoa natural ou jurídica. Assim, para limitar sua responsabilidade, o empresário deveria se submeter a uma forma societária preexistente, sociedade por ações ou sociedade limitada *sui generis*, e seus requisitos como a pluralidade de sócios.

Ora, quanto à capacidade negocial da sociedade unipessoal, devemos adentrar à questão da personalidade jurídica como corolário da criação de um patrimônio de afetação e a decorrente limitação tão almejada por empreendedores. Não se devem confundir estes dois conceitos como conclusões lógicas, isto é, a capacidade negocial do empreendedor, advinda de uma personalidade jurídica própria e segregada da pessoa física, não gera por si só a conclusão de um patrimônio afeto e separado da pessoa natural, não cabendo, sem dúvida, as características e disposições civilistas de unidade do *universitas* patrimonial à realidade comercial.

11 SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 28.

Como disposto por Manoel de Queiroz Pereira Calças¹², por ocasião de seu estudo sobre sociedades limitadas, vislumbra-se a introdução à possibilidade de instituição de uma sociedade unipessoal já no próprio direito alemão:

A Alemanha, por lei editada em 04.07.1980, substituiu a pioneira lei de 1892, introduzindo inovação revolucionária nesse modelo societário, que passou a permitir a constituição da sociedade de responsabilidade limitada constituída por apenas uma pessoa, que parte da doutrina denomina de sociedade unipessoal.

Contudo, no Brasil, a despeito das regulamentações já constantes em outros países e mesmo com o advento de livro específico versando sobre o direito empresarial no Código Civil de 2002, a doutrina alinhava-se em refutar as hipóteses de interpretação lógica dos institutos da sociedade limitada, para possibilitar a existência de uma sociedade unipessoal limitada.

Tudo isso tomava corpo, pois consta expressamente no texto civilista brasileiro, em seu artigo 1.033, inciso IV, que a dissolução de uma sociedade limitada na hipótese de haver a falta de pluralidade de sócios, será operada se não reconstituído o quadro societário no prazo máximo de 180 dias (seis meses). Então, quando a sociedade romper os interesses recíprocos (*affétio societatis*) destinados ao fim objeto de seu contrato social firmado pelos sócios, será possível a subsistência de um dos sócios, singularmente, por determinado período.

Resta indubitável que tal previsão legislativa aliou-se ao movimento doutrinário a favor de uma sociedade unipessoal, nos moldes das legislações da Alemanha, França e Portugal, como regulamentação da Comissão da Comunidade Europeia (atual União Europeia), que optou por um modelo societário de organização da empresa individual (CEE, 1989). Exaltaram-se, ademais, as indagações acerca do porquê de se ter inserido a possibilidade de uma sociedade tipicamente contratual, mantendo-se em vigor mesmo sofrendo de unipessoalidade incidental, despertada pelo jurista Fábio Ulhoa Coelho¹³, aqui transcrito:

Com a entrada em vigor do Código Reale, em 2003, o direito societário brasileiro passou a contemplar uma hipótese de sociedade contratual unipessoal. Essa categoria de sociedade continuou a depender de pelo

12 CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Sociedade limitada no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 16.

13 COELHO, op.cit., p. 46.

menos dois sócios para se constituir, mas não mais tinha que se dissolver imediatamente, no caso de unipessoalidade incidental. A lei passou a conceder-lhe o prazo de 180 dias para restabelecimento da pluralidade de sócios (art. 1.033, IV, CC). Se essa previsão legal, por um lado, era bastante restritiva, por outro, despertou a indagação: se a sociedade contratual pode ser unipessoal, incidental e temporariamente, por que não poderia ser constituída, desde o início, por um sócio apenas?

Posicionamento diverso aduz que, conquanto se tenha admitido a manutenção da sociedade que carece de pluralidade de sócios e permanece unipessoal, é necessário dissociar-se o caráter preservacionista emanado do Código Civil de 2002, da interpretação lógica de permissibilidade de constituição de uma nova figura jurídica unipessoal, como bem tratou o doutrinador Adalberto Simão Filho¹⁴:

Não se está aqui a interpretar a lei no sentido de afirmar-se que as sociedades unipessoais passaram a ser admitidas no direito brasileiro, mas sim a demonstrar que o direito de empresa, na forma como idealizado pelo legislador, tem conotações preservacionistas e, em casos excepcionais, é possível que a sociedade prossiga funcionando por, pelo menos, seis meses de maneira unipessoal, sem que do fato resulte sua dissolução.

Entrementes, no tema da adequação à figura unipessoal, a barreira apontada por grande maioria dos autores brasileiros torna-se, em verdade, um problema apenas de ordem legislativa plenamente solucionável. Como observado pelo expoente jurista Luiz Olavo Baptista¹⁵, ao argumentar a impossibilidade jurídica de constituição da sociedade unipessoal em comparação com as fundações, encontra o mérito de “mostrar sob o ponto de vista teórico como é possível criar a pessoa jurídica sem que haja pluralidade de criadores (sócios)”.

A partir deste entendimento, preconizada está a criação de disposição expressa em lei enquanto única forma de atender aos interesses do micro, pequeno e médio empresários, possibilitando a consecução de tipo societário unipessoal com limitação patrimonial. Então, foi possível a criação de um tipo societário com personalidade jurídica autônoma à das sociedades limitadas *sui generis*, destinado ao empresário individual, operando-se a mitigação da pluralidade de sócios e, conseqüentemente, da *affectio societatis*

14 SIMÃO FILHO, op.cit., p. 17.

15 BAPTISTA, Luiz Olavo. *Sociedades unipessoais e o direito brasileiro*. Brasília: Arquivos do Ministério da Justiça, 1992. p. 156.

inerente às sociedades contratuais modernas, que emanou da posição do Projeto de Lei 4.605/2009, originada a Lei 12.441/2011, instituidora do artigo 980-A acrescentado ao Código Civil brasileiro.

Decorrente da tão almejada previsão legal, consubstanciada no artigo 980-A do Código Civil, surgiu então a EIRELI, que em seu §3º pretendia, explicitamente, ser considerada modalidade societária, submetendo-se à tutela complementar das normas atinentes às sociedades limitadas.

Nesse ponto, salienta-se o descontentamento da doutrina pátria com a preceituação da EIRELI, já que esta seria uma espécie de pessoa jurídica e não uma sociedade propriamente dita (art. 44, CC), inserida em título diverso ao das sociedades (Título I-A do Livro II da Parte Especial). Em posicionamento adotado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, durante a V Jornada de Direito Civil, concluiu-se a partir do Enunciado 469, que nos artigos 44 e 980-A do Código Civil: “a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado¹⁶”.

Ora, conquanto extensos os debates doutrinários que rechaçam a figura da EIRELI, optamos por realizar uma interpretação sistemática quanto às normas civilistas, preconizando a interpretação literal¹⁷, para que seja salientada louvável proposta constante no bojo deste novo tipo societário. Assim, mesmo que não se revista a EIRELI de características essencialmente societárias e em consonância com os institutos vigentes extrafronteiras, atemo-nos àquilo que já tratava Calixto Salomão Filho¹⁸ de maneira ilustre em sua obra, nos primórdios debates acerca das sociedades unipessoais de responsabilidade limitada, em que a escolha entre uma roupagem societária ou não somente deve trazer consequências práticas quando efetivamente omitir institutos pertinentes à tutela dos pequenos empresários:

Soluções parciais com o patrimônio separado não parecem capazes de resolver o problema da proteção dos credores, nem tampouco de fornecer um meio de incentivo à atividade do pequeno comerciante individual. Caso se queira insistir na forma não societária, a solução mais aceitável e realista parece ser a de uma organização tão vizinha à

16 Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal – CEJ. *V Jornada de Direito Civil: Enunciado 469*.

17 COELHO, op.cit., p. 47.

18 SALOMÃO FILHO, op.cit., p. 40.

societária e dotada de uma capacidade jurídica tão ampla, que chamá-la ou não de sociedade torna-se uma questão terminológica.

Portanto, a EIRELI representa uma pessoa jurídica formal e autônoma em relação ao empresário individual, sendo que até o ano de 2012 não possuía alternativas para sua formalização enquanto pessoa jurídica, somente podendo inscrever-se no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ) por equiparação, para fins de simples facilitação da exploração da atividade empresária.

2 CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS E LEGITIMADOS

A existência de qualquer tipo societário relacionado à exploração de atividade empresarial até o ano de 2011 restringia-se à necessidade de um quadro social para sua composição. A EIRELI foge à regra e imprime novos posicionamentos das Juntas Comerciais dos Estados e do Departamento de Registro de Empresas e Integração – DREI (antigo DNRC).

Com isso, segundo dados do próprio DREI, o caminho tomado para a formalização da EIRELI foi o do ato constitutivo, muito semelhante ao contrato social, onde deverá constar a qualificação completa da pessoa física titular da empresa, o tipo jurídico adotado, o nome empresarial constando, ao final, a abreviatura “EIRELI”, o capital expresso em moeda corrente (reais) e a declaração de sua total integralização, além de endereço completo da sede (e filiais), delimitação do objeto social, prazo de duração (determinado ou indeterminado), data de início e encerramento do exercício social, nomeação de administrador com poderes e atribuições e, finalmente, a declaração de que seu titular não participa de nenhuma outra empresa desta mesma modalidade¹⁹.

O ato constitutivo não diverge, sobremaneira, das demais sociedades já existentes e deve ser realizado por pessoa maior e capaz na data dos fatos, perpassando os pressupostos constantes do rol do artigo 997 do Código Civil em vigência. Porém, conquanto se mantenha a forma de contrato social, há de se ponderar a documentação exigida à EIRELI, pelo singular fato desta não ser uma sociedade propriamente dita, mas sim uma empresa, alguns elementos tornam-se dispensáveis, sendo o atendimento afeto aos pressupostos mínimos do mesmo artigo 997.

Quanto à possibilidade de registro eletrônico da EIRELI, salientem-se as regras de desburocratização e maior eficiência das Juntas Comerciais

19 Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI. *Manual de registro: EIRELI*. Brasília: DREI, 2014.

dos Estados, podendo pelo sistema *Via Rápida* de São Paulo, por exemplo, após coleta de toda documentação necessária, efetivar o registro para aquisição (nascimento) da personalidade jurídica.

Além disso, de acordo com o Projeto de Lei 4.605/2009, há previsão expressa de que a EIRELI seria constituída por “um único sócio, pessoa natural, que é titular da totalidade do capital social e que somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade”. No entanto, o texto final do artigo 980-A (CC) fez menção somente à constituição por “pessoa”, gerando a interpretação lógica de possibilidade de pessoa jurídica figurar como titular da EIRELI.

Entretanto, através da Instrução Normativa 117 (DREI), somente será possível a constituição de EIRELI por pessoa física, titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado e não inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no país. Este é o mesmo entendimento consubstanciado no Manual de Registro da EIRELI, confeccionado com o intento de uniformizar os serviços das Juntas Comerciais pelo Brasil. Caberia à jurisprudência a discussão de sua manutenção ou não.

Como sabido, a novidade do ente jurídico tratado neste artigo tem sua dúvida impregnada na contraposição aos usos e costumes mercantis pacificados até o contexto jurídico de 2012. Pelas peculiaridades que diferem a EIRELI de qualquer outro modelo societário, ficaria a cargo da doutrina analisar e a jurisprudência consolidar, no tratamento da lide, as interpretações e hipóteses mais favoráveis ao direito comercial vigente²⁰.

Outra vedação consta do §2º do artigo 980-A do Código Civil que reza: “A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade”. Neste ponto, vastamente criticado pela doutrina, o legislador ao revés de intencionar a desburocratização dos riscos do negócio, dentre eles o insucesso da atividade empresarial, impôs formalismo demasiado a impossibilitar que uma mesma pessoa física pudesse figurar em outras empresas individuais, podendo arcar assim mais facilmente com a livre iniciativa, ou seja, podendo realizar mais atividades mercantis e com menor formalismo.

Em olhar atento à previsão legislativa constante do Projeto de Lei 96/2012, proveniente do Senado Federal, que se encontra em vias de aprovação pelo

20 ABRÃO, Carlos Henrique. *Empresa individual*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 24.

Congresso Nacional²¹, observamos uma tomada de consciência no tocante aos dois pontos supramencionados. Isto pois, a despeito de manter restrição quanto às pessoas jurídicas poderem constituir uma EIRELI, previu a possibilidade de constituição de sociedades limitadas unipessoais, legitimadas tanto para pessoas naturais como jurídicas. Secundariamente, a mesma alteração pretende reformular o §2º do artigo 980-A do Código Civil, introduzindo a possibilidade de uma pessoa natural constituir mais de uma EIRELI.

Ademais, a Lei 13.247/2016 concretizou a denominada “sociedade unipessoal de advocacia” e alterou seu Estatuto (Lei 8.906/94)²², com a consequente equiparação às sociedades de advogados para fins tributários, tendo recebido o apoio formal do Conselho Federal da OAB.

Portanto, é crescente a constituição de pessoas jurídicas tipificadas como EIRELI, sendo ainda prematuro estabelecer-se condições apodíticas e definitivas quanto aos desdobramentos da responsabilidade empresarial, pois, o direito empresarial é consuetudinário e nasce das exigências do mercado, e a prática já começa a amoldar as regras postas como é o caso de admissão de titularidade por pessoa jurídica, não obstante a Instrução Normativa 117 (DREI) estabeleça de modo contrário.

Novos estudos serão realizados a despeito da responsabilidade empresarial da EIRELI, especialmente ante a necessidade de se coadunarem os clássicos fatores determinantes da responsabilização com outros interesses metaindividuais envolvidos, em análise do instituto da preservação da empresa e dos princípios da atividade econômica elencados na Constituição Federal Brasileira²³. Registre-se, ainda, que o Projeto de Lei 1.572/2011 (Novo Código Comercial Brasileiro) ameaça a continuidade de existência da própria EIRELI, pois, sendo aprovado e promulgado, dará ensejo à adoção da sociedade limitada com único sócio, inaugurando no direito brasileiro a fixação da sociedade unipessoal.

3 CAPITAL SOCIAL E ADI 4.637/2011

A temática do capital social a integrar a EIRELI reveste-se de certa novidade em relação às disposições constantes antes do nascimento desta

21 Projeto de Lei 96/2012. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/104984>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

22 Novo Código de Ética e Disciplina da Advocacia. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>>. Acesso em: 27/01/2016.

23 COELHO, Márcio Xavier. *A responsabilidade da EIRELI*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

nova entidade jurídica. O atributo do capital referido no artigo 980-A do Código Civil, como condição de exigência essencial à criação de uma nova empresa individual, deve ser integralizado desde logo e no aporte de 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no país.

Primeiramente, quanto à esta integralização de caráter compulsório, não observamos a possibilidade de se confundir o patrimônio da empresa, pessoa jurídica autônoma, com o capital social subscrito de 100 (cem) salários mínimos, já que seu objetivo se concentra em “blindar” a atividade empresarial desenvolvida, impedindo que eventuais execuções de dívidas possam atingir diretamente o empresário pessoa física envolvido na atividade.

Em seguida, de acordo com as regulamentações do DREI em seu Manual de Registro da EIRELI, emergem certas peculiaridades quanto a este novo tipo societário. Segundo as referidas normativas, deve o capital ter caráter de unicidade, não podendo ser dividido em cotas sociais, visto que somente aproveita a um único sócio (pessoa física). Deve, em seguida, ser devidamente integralizado por quaisquer bens suscetíveis de avaliação pecuniária, inclusive bens imóveis e cotas sociais de outras sociedades²⁴.

Entretanto, o ponto cerne do presente estudo cinge-se à subscrição compulsória de 100 (cem) salários mínimos, que foi aceita a duras penas pela doutrina jurídica brasileira e pelo âmbito econômico vigente, tendo em vista a falta de estímulo e, até mesmo, o possível óbice aos pequenos empresários que não poderiam integralizar de imediato uma quantia tão desproporcional à sua capacidade financeira.

Nessa discussão, houve a propositura de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI), no Supremo Tribunal Federal (STF), objetivando a comprovação da inconstitucionalidade por afronta aos princípios da livre iniciativa e da isonomia previstos, respectivamente, nos artigos 170 e 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como a vedação do artigo 7º, inciso IV, do mesmo *codex*, que proíbe a indexação pelo salário mínimo, ou seja, sua vinculação a qualquer finalidade.

Os fundamentos de alto-relevo da ADI 4.637 para o debate apresentado no presente artigo, relacionam-se a possível afronta da parte final do artigo 980-A, inserido no Código Civil em 2011, aos princípios constitucionais

24 Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI. *Manual de Registro: EIRELI*. Brasília: DREI, 2014.

da livre iniciativa e da isonomia. Propõe-se, então, a realização da análise dos argumentos suscitados pela referida ADI, sob dois aspectos: primeiro, a inocência de afronta ao princípio da isonomia quanto ao tratamento diferenciado disposto à EIRELI e a ocorrência de afronta ao princípio da livre iniciativa pela quantidade de restrições impostas ao empreendedor individual; segundo, a necessária utilização da regra da proporcionalidade para o debate da subscrição compulsória criada pelo artigo 980-A do Código Civil, utilizando como norte o relevante trabalho desenvolvido pelo professor Luís Virgílio Afonso da Silva²⁵.

Preliminarmente, a tese de afronta ao princípio da igualdade pelo tratamento diferenciado ao empreendedor que opta pela EIRELI face ao empreendedor que opta pelo tipo societário da sociedade limitada, não comporta mínima análise teórica quanto à violação suscitada. Secundariamente, os argumentos expostos pela ADI 4637 pretendem inferir que o elemento teleológico que levou à edição da Lei 12.441/2011 está em descompasso com os princípios constitucionais vigentes em nosso ordenamento jurídico, pois inexistente razão para a necessidade de capital mínimo à constituição de EIRELI, o que gerou limitação inconstitucional e incompreensível²⁶.

O erro em que incorreu o subscritor da referida ADI refere-se ao elemento teleológico utilizado para a criação da EIRELI que, ao contrário do exposto, refere-se tanto ao incentivo do desenvolvimento econômico e social do país, pela formalização do pequeno empreendedor, como pela segurança jurídica afeta à diminuição das sociedades irregulares no contexto empresarial nacional.

Assim, deve-se atentar à opinião de Guilherme Duque Estrada de Moraes²⁷, em artigo científico utilizado pelo Deputado *Marcos Montes* como principal razão para a regulamentação da EIRELI no direito brasileiro, onde claramente consta a preocupação com as sociedades fictícias:

O artifício de se criar uma sociedade de “faz de conta” gera enorme burocracia, pois, além de tornar mais complexo o exame dos atos constitutivos, por parte das Juntas Comerciais, exige alterações nos contratos, também sujeitas a um exame mais apurado das Juntas, para

25 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

26 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4637/2011. Relator: *Ministro Gilmar Mendes*. Brasília: 12 de agosto de 2011.

27 MORAES, Guilherme Duque Estrada de. Sociedade limitada e a nova lei. In: *Gazeta Mercantil, Caderno Legal e Jurisprudência*, p. 1, jun.2003.

uma série de atos relativos ao funcionamento da empresa. Além disso, causa, também amiúde, desnecessárias pendências judiciais, decorrentes de disputas com sócios que, embora com participação insignificante no capital da empresa, podem dificultar inúmeras operações (grifo do autor).

Ainda, prossegue o autor, no sentido das finalidades específicas que deveriam ser levadas em conta pelo Poder Legislativo na criação da EIRELI, como no trecho abaixo exposto²⁸:

A inserção da figura da EIRL no direito brasileiro pode proporcionar, certamente, uma grande desburocratização na criação e no funcionamento das empresas. Sobretudo das micro, pequenas e médias empresas, que ficarão livres de diversos trâmites administrativos inerentes às sociedades e dos possíveis percalços provocados pela existência de um sócio com participação fictícia no capital da empresa. Por que esperar mais?

Destarte, parece-nos razoável que a violação da isonomia suscitada não se concretizou, pois este princípio já fora debatido na ocasião do Projeto de Lei 4.605/2009, que levou em consideração a produção doutrinária em matéria de sociedades unipessoais e empresas individuais de responsabilidade limitada. Naquela oportunidade, observado o caso concreto, o legislador ordinário se orientou pela primazia do princípio da segurança jurídica sobre o princípio da igualdade.

Fosse diferente a finalidade almejada pelo legislador, divergente seria o resultado conquistado, visto que, ao buscar a concretização de um tipo societário que pudesse inibir a criação das sociedades limitadas fictas, o legislador explicitamente se dispôs à criação de um instituto inovador e desvinculado das regras até então dispostas pelo moderno direito empresarial²⁹.

Porém, se o problema é facilmente resolvido quanto ao princípio da isonomia, no que tange ao princípio da livre iniciativa, resultado diverso tem de ser apontado. Segundo a definição de Robert Alexy³⁰, um princípio

28 MORAES, op.cit., p. 1.

29 FERREIRA, Carolina Iwancow. *Manual de governança corporativa: nacional e internacional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

30 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93-94.

pode ser identificado e diferenciado de uma regra por seu caráter *prima facie*, onde prescreve que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, como um mandamento de otimização sem, contudo, perfazer um mandamento definitivo e um resultado predeterminado.

Na análise do contexto fático de incidência do princípio da livre iniciativa e da reserva legal imposta pelo artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, é latente o retrocesso quanto ao fim colimado pelo legislador ordinário, qual seja, o fomento ao micro, pequeno e médio empresários. Isto ocorre por breve análise de dados dispostos no logradouro eletrônico da JUCESP, quando é possível constatar que a predominância da EIRELI em relação ao tipo societário das sociedades limitadas acontece, efetivamente, na faixa de tributação das empresas de pequeno porte.

Dessa forma, não há que se admitir que a criação da EIRELI esteja promovendo o fomento ao micro e pequeno empreendedor, ao passo que a limitação imposta pela subscrição compulsória referente aos 100 (cem) salários mínimos, somente pode ser efetuada por empresários com prática consolidada, que diluem tal prestação em sua atividade rotineira.

Pode ser observado no contexto brasileiro que os empreendedores optantes pelo tipo societário da limitada, que desejarem exercer suas atividades, isoladamente, tanto por falta de consentimento dos demais sócios, como pela ocorrência de morte ou retirada daqueles (unipessoalidade incidental), encontram na EIRELI uma possibilidade de continuidade da atividade empresarial.

Então, como já enfatizado, o legislador ordinário ao orientar-se pelo objetivo de fomento ao micro e pequeno empreendedor, e pelo objetivo de diminuição de empreendedores irregulares que atuam à margem do direito empresarial, notadamente obrigou-se à intensificação do acesso daqueles à proteção patrimonial disponibilizada pelas normas empresariais, e não somente ao acesso de empresários com capital consolidado.

Por isso, revela-se a importância da utilização do método da proporcionalidade que, mediante critérios analíticos, pode determinar se a regra infraconstitucional constante do artigo 980-A do Código Civil restringe o princípio constitucional da livre iniciativa, delimitado pela imprescindibilidade de tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

A regra da proporcionalidade é integrada por três critérios verificados pela doutrina, são eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido *stricto*, relacionados entre si em condição de subsidiariedade. Diz-se subsidiário, pois a interpretação somente deve prosseguir ao exame da necessidade, se o caso concreto não tenha sido resolvido pela análise do critério de adequação e assim por diante.

O critério da adequação torna fundamental que a iniciativa do Poder Público esteja apta a abarcar o objetivo pretendido ou, ao menos, o fomento deste. Considera-se inadequada, portanto, à medida em que não contribua, em nada, para a realização do objetivo perseguido.

Nesse sentido, é notável que o Poder Legislativo deva sempre buscar os meios mais adequados para que o princípio ou regra da proporcionalidade não seja ferido. O Projeto de Lei 4.605/2009, supracitado, expressa preocupação máxima com a formalização dos micro e pequenos empresários, que atuam de maneira desorganizada e sem a devida contribuição tributária.

O objetivo almejado não foi ainda alcançado, haja vista que a criação de empresas informais não cessou com o surgimento desta nova lei. De outro lado, a análise deve se desenvolver também pela potencialidade de fomento ao fim colimado pelo Poder Público, ou seja, se é possível, mesmo com as penosas restrições criadas pela EIRELI, conquistar-se a finalidade exposta.

Destarte, observamos que no momento em que o artigo 980-A do Código Civil condiciona a criação da EIRELI a um capital social igual ou superior a 100 (cem) vezes o salário mínimo vigente, torna-se evidente o problema enfrentado por empreendedores. Uma parcela muito pequena da população brasileira dispõe de quantia tão superestimada para a constituição de uma EIRELI, afinal, é mais conveniente a criação de inverídicas sociedades de responsabilidade limitada, já que não se precisa dispor de nenhuma quantia elevada para a integralização do capital social.

Enquanto concorrerem a possibilidade de criação de uma sociedade limitada fictícia e um tipo societário que imponha restrições econômicas ao micro e pequeno empreendedor, não há que se falar, nem mesmo remotamente, em contribuição para a formalização de empreendedores. Isto porque a criação de uma sociedade limitada que ofereça a mesma proteção patrimonial em tese disposta pela EIRELI, independe de qualquer dispêndio financeiro.

A constatação acima é facilmente observada pela grande disparidade entre a quantidade de empreendedores que optam pelas sociedades limitadas face aos demais tipos societários, como a sociedade por ações, em comandita simples, em conta de participação, em nome coletivo, sendo sua prevalência assustadora no que tange aos pequenos empreendedores. Não há que se afirmar a não consolidação do tipo societário da EIRELI, visto que mesmo outros tipos societários não demonstram, sequer, significativa aceitação em comparação às sociedades limitadas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da década de 1980, teve início o debate sobre a instituição de uma “sociedade unipessoal” com a finalidade de motivar a regularidade de mais empresários e simplificar os trâmites de sociedades formais já existentes.

A Lei 12.441/2011, em vigor desde 08 de janeiro de 2012, criou nova modalidade de pessoa jurídica de direito privado, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI). Esta nova figura jurídica foi alocada, na prática, entre o empresário individual e a sociedade limitada. Não há, ainda, absoluto consenso na doutrina quanto à sua classificação e natureza jurídica.

Destarte, o direito viabilizou ao empresário individual a possibilidade de limitação de sua responsabilidade pessoal pelas obrigações contraídas em nome do empreendimento.

A partir daí, foi autorizada a constituição da EIRELI por uma única pessoa detentora da totalidade do capital social, totalmente integralizado e não inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no país. Esta pessoa não poderá possuir mais do que uma empresa desta modalidade, sendo vedação legal e irrestrita.

Poderá optar o empresário pelo nome empresarial na forma de firma ou denominação, desde que inserida a expressão “EIRELI” ao final de seu nome, sob pena de responsabilização ilimitada.

A EIRELI pode também resultar da transformação de outro tipo societário, quando ocorrer a concentração das cotas societárias em um único sócio, independentemente da motivação (ex. unipessoalidade).

Por isso, a EIRELI constitui-se por ato unilateral de vontade. A Lei 12.441/2011 adequou-se ao Código Civil, aplicando-se, subsidiariamente, as regras da sociedade limitada.

No pioneiro Projeto de Lei 4.605/2009 que vislumbrou a EIRELI (cuja sigla original era “EIRL”), sua constituição se daria “por um único sócio, pessoa natural, que é o titular da totalidade do capital social e que somente poderá figurar numa única empresa dessa modalidade”. Todavia, o texto final da lei promulgada fez menção apenas à “pessoa” conforme artigo 980-A do Código Civil.

Em princípio, o DNRC (atual DREI) entendeu, por meio da Instrução Normativa 117, que apenas pessoas físicas poderiam constituir esse tipo societário. Julgados recentes do TJSP, exemplificando, entendem a possibilidade de EIRELI formada por pessoa jurídica.

De qualquer forma, a lei é clara apenas no tocante à possibilidade de pessoas físicas constituírem uma única EIRELI, sendo silente em relação às pessoas jurídicas.

Caberá à EIRELI, ademais, a desconsideração da personalidade jurídica nos termos do artigo 50 do Código Civil.

No cenário acima exposto, o empreendedor individual deverá optar pelo dispêndio financeiro considerável à criação de uma EIRELI ou, diversamente, à busca de elemento humano que possibilite a constituição da consolidada sociedade limitada. Tornar-se-á verdadeira concorrência desleal, pois o caminho menos dificultoso será observado pela grande maioria, indubitavelmente.

Como observado, a constituição de uma EIRELI tem sido verdadeiro inconveniente. Não há incentivo concreto para a formalização de empreendedores, pois a restrição patrimonial impede tanto que os empresários individuais de micro e pequeno porte tenham acesso à EIRELI, quanto facilita que um empreendedor se motive a criar uma sociedade de responsabilidade limitada, onde seu capital financeiro não será desgastado e somente necessitará de um sócio minoritário.

Por fim, a busca deve ser direcionada à adequação da norma à realidade social, porquanto a falta de superação deste critério finalístico obsta toda e qualquer análise quanto à proporcionalidade. Em outras palavras, enquanto restar a subscrição compulsória constante do artigo 980-A do Código Civil em vigência, em sua integralidade, a finalidade primordial colimada pelo Poder Legislativo não poderá ser alcançada.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Carlos Henrique. *Empresa individual*. São Paulo: Atlas, 2012.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Sociedades unipessoais e o direito brasileiro*. Brasília: Arquivos do Ministério da Justiça, 1992.
- CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Sociedade limitada no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.
- Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal – CEJ. *V Jornada de Direito Civil*: Enunciado 469. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>>. Acesso em: 25 out. 2015.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 18. ed. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2014.
- COELHO, Márcio Xavier. *A responsabilidade da EIRELI*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.
- Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI. *Manual de registro: EIRELI*. Brasília: DREI, 2014. Disponível em: <http://drei.smpe.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas/titulo-menu/pasta-instrucoes-normativas-em-vigor/in10_2013_anexo-5.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2016.
- FERREIRA, Carolina Iwancow. *Manual de governança corporativa: nacional e internacional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.
- HOBSBAWM, Eric J. *Da revolução industrial inglesa ao imperialismo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MORAES, Guilherme Duque Estrada de. Sociedade limitada e a nova lei. In: *Gazeta Mercantil*, Caderno Legal e Jurisprudência, p. 1, jun. 2003.
- PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *A sociedade por cotas de responsabilidade limitada*. 2. ed. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2012.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova sociedade limitada*. São Paulo: Manole, 2004.

RECEBIDO EM: 22/01/2016

APROVADO EM: 27/07/2016

O INTERCULTURALISMO CONSTITUCIONAL SOB A ÓTICA DA CRÍTICA POPPERIANA DO "MITO DO CONTEXTO": SOBRE A POSSIBILIDADE DE DIÁLOGOS MULTICONSTITUCIONAIS

*THE CONSTITUCIONAL INTERCULTURALISM UNDER OPTICS THE
POPPERIAN CRITICISM OF THE "CONTEXTO MITH": ABOUT THE
POSSIBILITY OF MULTICONSTITUCIONAL DIALOGUES*

Lizziane Souza Queiroz Franco de Oliveira
Doutoranda na UFC
Professora na UFERSA

SUMÁRIO: Introdução; 1 A verdade e o problema sobre a verdade; 2 O pluralismo constitucional e o diálogo entre constituições: sobre a teoria do interculturalismo constitucional; 3 O pluralismo constitucional e o diálogo entre constituições: sobre a teoria do interculturalismo constitucional; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Definir o que é verdade não é tarefa simples; mesmo assim, tem motivado em cientistas do mundo todo o interesse em investigar sobre a verdade e seus desdobramentos. Dentre as diversas discussões que tais estudos podem ensejar, o principal deles gira em torno de precisar se a verdade seria relativa ou absoluta. Em se tratando de teorias racionalistas, a verdade é tida como absoluta, não ensejando espaço para relativismos de qualquer ordem. No entanto, há teorias relativistas que sustentam que a verdade pode variar a depender do contexto, afirmando que contextos distintos são incomensuráveis, sendo impossível o diálogo entre eles. Como crítica racional à esta teoria relativista, Karl Popper formula sua crítica designada “o mito do contexto” que sustenta que é possível o diálogo entre contextos diversos, ainda que se trate de uma difícil tarefa. À luz desta teoria crítica, tem-se a teoria do interculturalismo constitucional como sendo uma possibilidade de diálogo entre contextos constitucionais distintos. Entretanto, a teoria do interculturalismo deve ser revista quanto ao seu objetivo de propor uma teoria unívoca para contextos constitucionais distintos. Ainda que se pretenda promover o diálogo com respeito aos pontos divergentes, há que se conceber que nem sempre uma conciliação é possível ou necessária, bastando que o diálogo seja fomentado a fim de que as diferentes culturas possam relacionar-se de modo pacífico, evitando enfrentamentos que podem culminar em guerras.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Relativista. Interculturalismo Constitucional. Mito do Contexto. Verdade.

ABSTRACT: Define what is truth is not an easy task; nonetheless, has motivated scientist in the world all interested in investigate the truth and its consequences. Among the various discussions that such studies may give rise, the main one resolves around the truth need to be relative or absolute. About rationalist theories, the truth is considered absolute, not entailing relativism space of any order. However, there are relativities theories wich hold that truth can several depending on the context, saying that different contexts are immeasurable; it's impossible a talk between them. As a rational critical about this relativistic theory, Karl Popper formulated a critical nominated “the myth of context”, that sustain be possible the talk between different contexts, even that be a hard work. By this critical theory, there is the theory of constitucional interculturalism as a possibility of a dialogue between different constitucional contexts. However, this theory it should to be reviewed about its goal, that is to propose a unique theory for different contexts. Although it is intended to promote dialogue with respect for divergent, we must conceive that

a compromise is not always possible or necessary, just that the dialogue should be fostered so that different cultures can relate peacefully, avoiding clashes which may culminate in wars.

KEYWORDS: Relativity Theory. Intercultural Constitutional. Mith of Context. Truth.

Uma das principais tarefas da razão humana é tornar o universo em que vivemos algo compreensível para nós (Popper, 1996, p. 63).

INTRODUÇÃO

Falar sobre “verdade” como um conceito e estabelecer critérios para determiná-la não é das tarefas mais fáceis. Diversas são as tentativas de tentar compreendê-la, seja como um fenômeno em associação com suas circunstâncias ou apenas como um fato a ser descrito.

A maior finalidade de uma ciência seria explicar o mundo que está a sua volta, tal como ele é, ou seja, ir em busca da verdade. Para tanto, vale-se de métodos – ou de nenhum método, apenas dos sentidos – a fim de descrever um fenômeno ou um fato tal como eles são. Mas seria esse o desiderato da ciência: encontrar a verdade de todas as coisas?

Sem dúvida, pelo senso comum, a ciência é considerada a chave da resposta de diversos problemas. O dito “conhecimento científico”, usualmente é utilizado como argumento de autoridade para explicar as coisas e os fatos que estão à nossa volta, chegando até a virar uma espécie de “dogma”, não aceitando contestações quanto ao seu conteúdo, culminando, assim, na não ciência – o que antes era considerado como científico pode passar a ser um mero conceito tido como irrefutável.

Mas, em que momento o conhecimento dito científico passou a ser tomado como dogma a ponto de obscurecer a visão complexa que há por trás do conhecimento científico? Em que ponto passou-se a tomar como necessário a teorização de todas as relações havidas em sociedade?

Ao analisar uma sociedade e a infinidade de problemas que a permeiam, conclui-se que boa parte das relações havidas entre seus sujeitos são, de alguma forma, influenciadas pelo modo de vida dessas sociedades, seus valores, suas crenças, enfim; o que habitualmente entende-se por cultura. Nesta linha de raciocínio, a cultura interfere diretamente na dinâmica das relações havidas em sociedade. Sendo o Direito fruto, também,

destas relações sociais, imperioso concluir que a cultura também influencia no processo de desenvolvimento do Direito em uma dada sociedade.

Retornando à temática sobre verdade, vislumbra-se um determinado fato em duas sociedades distintas, com um sistema de valoração diametralmente opostos. Este mesmo fato é considerado crime na primeira sociedade; no segundo não. Há como ditir qual sociedade estaria correta ou estaria aplicando justiça, analisando cada uma isoladamente? É possível fazer uma relação de correção, justiça, veracidade dos atos e fatos praticados por cada sociedade, sem considerar um parâmetro? Pode-se ir um pouco mais além: é possível que estas duas sociedades possam dialogar em um espaço internacional de cooperação, ainda que partam de contextos bastante distintos entre si?

A fim de tentar responder se é possível esse diálogo entre culturas distintas e se e como isto pode se dar de modo a compatibilizar realidades diversas, este artigo irá investigar, em um primeiro momento, se é possível uma pretensa identificação de seu conteúdo e seus desdobramentos para o que se entende como justo, correto. Parte-se da hipótese de que a verdade enquanto objeto buscado pela ciência é um dado fático, não valorativo, que não deve variar em função das circunstâncias de qualquer ordem. Será feita uma brevíssima análise de algumas teorias que buscam explicar a verdade como um dado absoluto ou relativo, investigando, especificamente, a teoria relativista e a sua respectiva crítica formulada por Karl Popper. Em momento posterior, a atenção será dedicada ao conceito de pluralismo constitucional e seus desdobramentos, como multiculturalismo, conferindo especial destaque ao entendimento da teoria do interculturalismo constitucional e a proposta de uma teoria constitucional unívoca que contemple os diversos contextos. Por fim, pretende-se analisar a crítica à teoria relativista de verdade formulada por Popper denominada “mito do contexto” e se, à luz desta teoria, é possível uma teoria unívoca que busque conciliar contextos constitucionais distintos.

1 A VERDADE E O PROBLEMA SOBRE A VERDADE

A verdade como o fim da ciência é uma tese levantada por diversos cientistas ao longo da existência humana¹. Os argumentos utilizados

1 Chalmers em sua obra “O que é ciência afinal?” traz um estudo sistematizado do pensamento de diversos cientistas sobre o questionamento crucial que permeia sua narrativa. Ao tentar descobrir o que é esta ciência, o autor faz uma jornada pelo pensamento de diversos teóricos do mundo, incluindo o questionamento sobre se a verdade seria o objeto maior da ciência. Susan Haack em sua obra “Filosofia das lógicas” apresenta estudo sobre verdade e as diversas teorias que tentam conceituar a verdade. A teoria da coerência, por exemplo, entendem que a verdade consiste em relações de coerência em um

nesta empreitada são os mais diversos possíveis e, aparentemente, com rigoroso teor científico. Mas e quando tais estudos chegam a conclusões distintas – ou até diversas? (o objeto da ciência é alcançar a verdade/ o objeto da ciência não é apenas encontrar a verdade/o objeto da ciência não é descrever a verdade/ o objeto da ciência é resolver problemas, ainda que não se encontre a verdade). Daí porque um dos grandes problemas que rege a ciência é o que seria verdade.

Pelo dicionário Michaelis², verdade refere-se à “aquilo que é ou existe ineludivelmente; conformidade das coisas com o conceito que a mente forma delas; concepção clara de uma realidade; juízo ou proposição que não se pode negar racionalmente”.

O problema da definição da verdade não estaria propriamente na exata definição do que se entende por verdade, mas sim em distinguir o que é verdade ou não, considerando todos os aspectos que envolve a transmissão de uma informação. De certo modo, o método auxilia na identificação do conteúdo que represente com maior fidelidade possível com a realidade que se pretende descrever. Para Susan Haack:

A ideia de modo geral é que enquanto uma definição dá o significado da palavra ‘verdadeiro’, um critério fornece um teste por meio do qual se diz se uma sentença (ou o que quer que seja) é verdadeira ou falsa – como, por exemplo, pode-se distinguir de um lado, fixar o significado de ‘febril’ como ter uma temperatura mais alta que algum ponto dado e, de outro, especificar procedimentos para decidir se alguém está febril³.

Daí que as teorias sobre verdade podem ser criteriosais ou definicionais. De qualquer modo, o método científico contribui para que se possa comprovar ou refutar as teorias aventadas; ele possibilita que o caminho percorrido pelo cientista possa ser feito e, de certo modo, comprovada

conjunto de crenças; a da correspondência, entendem que a verdade de uma proposição consiste não em suas relações com outras proposições, mas em sua relação com o mundo, sua correspondência com os fatos; a pragmatista admite que a verdade de uma crença deriva de sua correspondência com a realidade, mas enfatizando também que ela é manifestada pela sobrevivência da crença ao teste de experiência, sua coerência com outras crenças, dentre outras. HAACK, Susan. *Filosofia das Lógicas*. São Paulo: UNESP, 2002. p. 127-156.

2 MICHAELIS. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=verdade>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

3 HAACK, Susan. *Filosofia das Lógicas*. São Paulo: UNESP, 2002. p. 130.

ou não sua afirmação. É um meio de se submeter a sua teoria à crítica e ser comprovada ou falseada⁴, chegando, assim, ao que se entende por verdade.

Assim, pode-se concluir que, a rigor, definir o conceito de verdade o ato de definir não se sujeita tão simplesmente a uma observação empírica que forneça ao observador uma conclusão racional do que viria a ser verdade. Ao iniciar tal empreitada, invariavelmente incorrerá no denominado “Paradoxo do Mentiroso⁵”, que pode ser resumido na assertiva: eu nunca falo a verdade – então o que ele disse, é mentira? Se sim, tudo o que ele fala é verdade?⁶

Houve tentativas de suplantar esses possíveis paradoxos, e uma delas foi feita por Tarski, que estabeleceu a linguagem como um instrumento apto à evitar paradoxos. A.F.Chalmers ao explicar a teoria de Tarski, afirmou:

O passo crucial foi sua insistência em que, quando se está falando sobre a falsidade ou verdade das sentenças em algum sistema de linguagem, devem-se distinguir sistemática e cuidadosamente as sentenças no sistema de linguagem de que se fala, a “linguagem objeto”, das sentenças no sistema de linguagem em que se fala a respeito da linguagem objeto, a “metalinguagem” [...] Caso se siga a regra de que cada uma das sentenças deva estar ou na linguagem objeto ou na metalinguagem mas não em ambas, de modo que nenhuma das sentenças possa se referir à outra, então é impossível o surgimento de paradoxos⁶.

Essa é a denominada “teoria da correspondência de Tarski” – a verdade corresponderia a fatos. Entretanto, não se pode dizer que esta teoria é 100% correta. Em uma crítica à concepção de Tarski, Chalmers⁷ entende que o cientista deveria ter demonstrado como a noção de correspondência da verdade pode ser desenvolvida sistematicamente para todas as sentenças no interior da linguagem objeto de uma maneira a evitar os paradoxos.

4 Método difundido por Karl Popper em suas diversas obras, entre elas, POPPER, Karl. O problema da indução. In: MILLER, David (Org.). *Popper: textos escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.

5 Susan Haack explica que “a sentence do Mentiroso, em conjunto com alguns outros princípios aparentemente óbvios sobre a verdade, conduz, através do raciocínio aparentemente válido, a uma contradição; eis por que ele é chamado um paradox (do grego “para” e “doxa”, além da crença)”. HAACK, Susan. *Filosofia das Lógicas*. São Paulo: UNESP, 2002. p. 186. Há outras variants para este paradoxo, como o paradoxo do cartão (em um lado a sentença afirma que a sentença do outro lado é falsa, enquanto que no lado apontado, há uma sentença que a sua própria sentença é verdadeira).

6 CHALMERS, *O que é ciência afinal?*. Tradução de Raul Filker. Brasília: Brasiliense, 1993. p. 196.

7 *Ibidem*, p. 195.

Se por um lado, Tarski tentou descrever a verdade por meio da linguagem, Popper busca correspondência da verdade combatendo veementemente o relativismo – a que denomina de teoria irracionalista. Para o relativismo, a verdade é relativa à nossa formação intelectual que, supostamente, determinará de algum modo o contexto dentro da qual somos capazes de pensar: a verdade mudaria assim de contexto para contexto.

Robert Nozick em seu texto *Invariances*⁸, problematiza sobre o conceito de verdade indagando sobre se há verdade absoluta ou se ela é sempre relativa – inclusive, ao afirmar que toda verdade é relativa, essa afirmação também seria relativa.

Para os relativistas, o relativismo é a verdade consistente como ela poder ser⁹. Entretanto, afirma que “to say that relativism about truth is a coherent position is not to say that it is the correct position”¹⁰.

Ao tentar explicar se a probabilidade de uma declaração é relativa às provas, o autor afirma que a probabilidade irá variar com diferentes evidências, e que a probabilidade não é destacável a partir da evidência como algo que pode ser mantido como um fato “free-standing”¹¹.

Ainda na esteira dos ensinamentos de Nozick¹², questiona-se: a própria verdade é relativa? A verdade, enquanto elocução, varia a depender do significado do enunciado e sobre quais itens ele se refere; depende também do modo como as palavras são usadas, como as frases são construídas. A verdade é relativa somente se ela varia conforme algum fator adicional. Tal passagem visa a demonstrar que o relativismo é igualitário. Antes, ele descreve que as declarações de verdade sobre gênero, raça ou classe ou cultura, ou (orientação) sexual dizem (demonstram) que a variação em qualquer um destes fatores pode produzir variações no valor da verdade contida em algumas declarações que versam não necessariamente sobre

8 NOZICK, Robert. *Invariances*. The structure of the objective world. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 15.

9 “I think that relativism about truth is a coherent position; the relativist claim can be structured and stated so that it need not undercut itself”. In: NOZICK, Robert. *Invariances*. The structure of the objective world. Cambridge: Harvard University Press, 2001. Em livre tradução: “Eu penso que o relativismo sobre a verdade é uma posição coerente; a alegação relativista pode ser estruturada e estabelecida a fim de que não se acabe em si mesma”.

10 *Ibidem*, p. 16-17. Em livre tradução, “Afirmer que o relativismo sobre a verdade é uma posição coerente não que dizer que é uma posição correta”.

11 *Ibidem*, p. 17.

12 *Ibidem*, p. 18.

estes assuntos. Estas variações ocorrem, geralmente em pé de igualdade. Daí porque diferentes culturas podem coexistir.

O autor afirma que, se todos os fatos são construções sociais, seria mais fácil mudá-los do que nos adaptarmos a ele. O autor não contesta que há fatos que são construções sociais – mas que nem todos os fatos são construções sociais. Por fim, o autor ressalta que se toda verdade acaba por ser socialmente relativa, isto não quer dizer que toda e qualquer coisa é válida¹³.

Com relação à verdade no espaço e no tempo, Nozick remete-se aos ensinamentos de Aristóteles e o seu princípio da não-contradição; o autor conclui que nada é verdadeiro e falso, ao mesmo tempo, no mesmo lugar, a respeito da mesma coisa. A verdade é atemporal, desde que especifique-se sob quais circunstâncias se poder afirmá-la. Não há duas verdades: apenas uma com as circunstâncias que lhe são peculiares¹⁴.

Nozick afirma que a verdade atemporal é um dispositivo empírico com conteúdo, o que pode vir a se tornar falsa. Declarações sobre eventos que não ocorreram pode ser falsa ou não. Não há como atribuir verdades atemporais a eventos que ainda não ocorreram. Ao analisar as observações de Aristóteles sobre o consenso de ser a verdade atemporal, Nozick relata que uma afirmação só pode ser considerada verdadeira se corresponde a um fato que ocorreu em um determinado lugar, em um determinado momento, sob determinadas circunstâncias¹⁵.

A partir de uma análise sistemática de sua obra, pode-se afirmar que Nozick estabelece sua concepção sobre verdade como uma sentença/declaração só pode ser verdadeira se a ele corresponder fatos que o sustentem como tal naquele momento, no mesmo tempo que a sentença/declaração foi formulada.

13 NOZICK, op. cit., p. 25-26.

14 Como afirma Nozick, “Specify the date, the time, and the place, and that completely specified tenseless statement will be timelessly true. [...] Fully specified truths, since they have their times and places built into them, are timeless and placeless” NOZICK, Robert. *Invariances*. The structure of the objective world. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 27. Em livre tradução: “Especifique a data, o tempo, e o local; então, estas declarações determinadas e específicas, sem qualquer tensão, serão atemporalmente verdadeiras. [...] Verdades totalmente especificadas se consolidam no espaço e no tempo, desde que tais especificações estejam incorporadas em sua própria construção”.

15 Ibidem, p. 27-28.

Suzan Haack traz tentativas de conceituação da verdade. Primeiramente, esclarece que é importante fazer a distinção entre definições de verdade e critérios de verdade – enquanto a definição dá o significado da palavra, o critério fornece um “teste” por meio do qual se diz que uma sentença é falsa ou verdadeira. Ao longo de sua obra, a filósofa nos apresenta varias teorias que buscam definir – ou estabelecer critérios sobre – o que é verdade¹⁶.

Pela teoria da correspondência, verdade seria uma correspondência de uma proposição como um fato, tendo como seguidores desta teoria Wittgenstein e Russel.

Habermas, em sua obra *Truth and Justification* apresenta que a verdade de um enunciado “can be warranted only by its coherence with order, already accepted propositions¹⁷” – o que aparenta que o autor estaria referindo-se à teoria coerentista. Mas o autor faz sua devida ressalva:

Yet neither the assumption of epistemological realism, nor the power of learning processes to revise from within the context in which they arise, nor the universalist import of context-transcendent claims to truth can be reconciled with a thoroughgoing contextualism¹⁸.

Finalmente, Habermas oferece uma possibilidade de definição de verdade, que seria um enunciado que pudesse resistir a todas as tentativas de invalidação, sob quaisquer circunstâncias. Um enunciado seria verdadeiro se, e somente se, puder ser justificado sob uma situação epistêmica ideal.¹⁹

Mas, para quê se quer saber a verdade – para justificar teorias ou para descrever o mundo, tal como ele é? Qual seria a real necessidade de se identificar o que é verdade ou o que não é?

16 HAACK, Susan. *Filosofia das Lógicas*. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra São Paulo: UNESP, 2002.

17 HABERMAS, Jürgen. *Truth and justification*. Translated by Barbara Fultner. Massachusetts: MIT Press, 2003, p. 36. Livre tradução: “[...] pode ser garantido somente mediante coerência com a ordem e proposições previamente aceitas”.

18 Ibidem, p. 36. Livre tradução: “Nem a hipótese de realismo epistemológico, nem o poder dos processos de aprendizagem para rever a partir do contexto no qual elas surjam, nem a importação de um contexto universalista transcendente de reivindicações de verdade podem ser reconciliadas com um profunda contextualismo”.

19 Ibidem, p. 36. No original: “On this view, a statement is true if and only if, under the rigorous pragmatic presuppositions of rational discourse, it is able to withstand *all* efforts to invalidate it, that is, if and only if it can be justified in an ideal epistemic situation”.

Habermas explica que as práticas do mundo cotidiano são suportadas por uma certeza consciente de que a ação, no curso de seu processo, não deixa margem para dúvidas sobre a verdade.²⁰ No mundo, não há espaço para meias verdades, dependemos da certeza das ações. Habermas entende que a razão das justificações é descobrir a verdade que ultrapassa todas as justificações²¹.

Hugo de Brito Machado Segundo²² ao falar sobre o conceito de verdade, traz alguns questionamentos interessantes. A partir de um intenso estudo sobre a construção do conhecimento no ser humano, inclusive do ponto de vista evolutivo, o autor toma como conceito de verdade a “concordância entre a imagem que o sujeito faz do objeto com esse objeto” a fim de concluir que “a verdade é sempre provisória e relativa, pois essa imagem é sempre passível de aperfeiçoamento e retificações”²³. Com isso, o autor afirma:

Para se afirmar a veracidade do conhecimento é preciso demonstrar a identidade entre o objeto conhecido e a imagem que se faz dele, e se essa imagem é sempre imperfeita e imprecisa, nunca podendo ser integralmente idêntica ao próprio objeto, não será jamais possível dizer-se, de modo definitivo, que uma afirmação é verdadeira. Pode-se, quando muito, dizer-se que não se descobriu ainda a sua falsidade²⁴.

A ideia de que a verdade é transitória até que seja superada é difundida dentre tantos cientistas, por Popper e sua teoria do falseamento, tal como exposto acima. De seus ensinamentos, conclui-se que a verdade é alcançada a partir da tentativa e erro, buscando-se o acerto, e identificando tal erro (ou acerto) por meio do raciocínio crítico, aparentemente, parece dispensável saber por que tal coisa é ou não verdadeira, pois eventualmente, se demonstrada a teoria da falibilidade, parte-se para sua superação. Mas a ressalva quanto ao “aparentemente” fez-se necessária em virtude de que não se joga fora anos de pesquisa. Como afirma Hescher

20 HABERMAS, p. 39. No original: The practices of the lifeworld are supported by a consciousness of certainty that in the course of action leaves no room for doubts about truth”.

21 Ibidem, p. 39-40. No original: It is the goal of justifications to discover a truth that exceeds all justifications”.

22 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica?* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 15.

23 Ibidem, p. 15.

24 Ibidem, p. 15.

It goes without saying that we can never be in a position to claim justifiedly that our current corpus of scientific knowledge has managed to capture “the whole truth”. Our scientific Picture of nature must always be held provisionally and tentatively, however deeply we may be attached to some of its details²⁵.

As teorias até aqui analisadas possibilitam a identificação do que considerar ser uma teoria equivocada – a partir do raciocínio crítico – e utilizar os conhecimentos até então produzidos como experiência para novas pesquisas. Portanto, considerando que a verdade deve ser o objetivo maior da ciência, que as teorias podem ser criticadas e refutadas constantemente (e se refutadas, o que se creu como verdade passa não mais a sê-lo), a verdade pode ser considerada como um processo de conhecimento, algo que possui uma descrição imutável temporária, se é que se pode assim dizer; é algo inacabado, de certa forma intangível, uma expectativa que se pretende alcançar, mas que até agora – ou talvez jamais – será alcançável.

3 O PLURALISMO CONSTITUCIONAL E O DIÁLOGO ENTRE CONSTITUIÇÕES: SOBRE A TEORIA DO INTERCULTURALISMO CONSTITUCIONAL

As relações sociais são, via de regra, o ponto de partida e o ponto de chegada do que se pretende como ordem em uma sociedade – a partir delas que se propõe a ordem e para ela que se elaboram normas. Dela se depreende inúmeros arranjos que ensejam as mais variadas organizações e exigem um elaborado aparato normativo para sua manutenção.

No caso das sociedades estatais modernas, a Constituição surge como um instrumento de unificação e organização sob um ponto de vista político e jurídico.

A Constituição em si não só disciplina e limita o exercício do poder institucional, como também busca compor as bases de uma dada organização social e cultural, reconhecendo e garantindo os direitos conquistados de seus cidadãos, materializando o quadro real das forças sociais hegemônicas e das forças não dominantes. [...] Por sintetizar um espaço estratégico e privilegiado de múltiplos interesses materiais,

25 RESCHER, Nicholas. *Epistemology*. An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 35. Livre tradução: É equivocado afirmar que nunca poderemos estar em uma posição na qual possamos reivindicar justificadamente que o nosso *status* atual de conhecimento científico tenha conseguido capturar “toda a verdade”. Nossa visão científica da natureza deve ser realizada provisoriamente e por meio de tentativas, ainda que tenhamos que nos prender profundamente em alguns de seus detalhes.

fatores socioeconômicos e tendências pluriculturais, a constituição congrega e reflete, naturalmente, os horizontes do Pluralismo²⁶.

Cada Constituição de um país traz em seu bojo uma pluralidade de valores que deve (ou deveria) haver correspondência com a realidade de sua população. Até mesmo quando se fala em países sem Constituição, tem-se a discussão em torno dos valores que normalmente seriam constitucionalizados, e que por isso são tratados no tema do constitucionalismo²⁷.

Sobre tais valores, cumpre ressaltar que o dever de correspondência da realidade com seu texto normativo é uma dificuldade das Constituições ditas modernas. Na classificação ontológica proposta por Karl Loewestein²⁸, as Constituições podem ser normativas, nominais ou semânticas, a depender da maior ou menor correspondência de seu texto com a realidade. Ainda que se considere haver uma Carta normativa com esta perfeita identificação ontológica, certamente não terá como abarcar toda a pluralidade de valores e conceitos que permeiam uma sociedade. Grande parte desta dificuldade deve-se a fatores de ordem histórico-cultural. Tradicionalmente, pela política de dominação de poder imperiosa em grande parte do ocidente, os documentos político-normativos contemplavam a parcela dominante da população. Com o avanço da história e a chegada de novos tempos com clamor pela inserção da sociedade na tomada de decisões, passa-se a questionar quem é que deve ser representado e por quem.

Neste cotejo, difunde-se a ideia do pluralismo jurídico como um contraponto à “concepção unitária, homogênea e centralizadora denominada de ‘monismo’”²⁹. O termo “pluralismo” designa:

Existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si³⁰.

26 WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. *Anais do XV Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. p. 143 a 155. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

27 NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 55.

28 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria da Constituição*. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1976.

29 WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 2001. Cap. 4, p. 171.

30 *Ibidem*, p. 171-172.

Considerar que toda Constituição deve ser plural do ponto de vista jurídico, social e político³¹ é afirmar que em seu bojo deve-se considerar o máximo possível das diversidades da realidade a ser normatizada. Esse pluralismo de concepção contemporânea se distancia da concepção individualista de mundo, do denominado “pluralismo” difundido pela teoria neoliberal e pelos chamados “pós-modernistas”³². Surge para romper o paradigma de interesses individuais e autônomos em prol de uma complexidade de sujeitos coletivos. Tem em seu alicerce um amplo processo de democracia participativa interclassista, também resgatando princípios clássicos como “o direito das minorias, direito à diferença e à autonomia, direito à tolerância e à necessidade de dividir o poder para limitá-lo e torna-lo mais socializado”³³.

Ao discorrer sobre o pluralismo jurídico, WOLCKMER conclui:

pluralismo jurídico como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais³⁴.

Diante de tais definições, questiona-se qual seria o objetivo do pluralismo, a fim de se conferir algum sentido para que as Constituições contemporâneas pautem seu conteúdo em torno deste complexo arranjo conceitual. O objetivo do pluralismo é o de compatibilizar diferenças, aproximar os que antes eram rejeitados, inserir os que não eram incluídos, é conferir igualdade em face de desigualdades.

Seu objeto pode ser o de alcançar “práticas normativas autônomas e autênticas geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, reconhecidas, incorporadas e controladas pelo Estado”³⁵.

Deste modo, primar por uma teoria pluralista é primar por um diálogo entre polos opostos sem desconsiderar as peculiaridades que envolve cada um dele. Se tradicionalmente as soluções são obtidas – porque não dizer

31 WOLCKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 2001. Cap. 4, p.172-174.

32 *Ibidem*, p. 182.

33 *Ibidem*, p. 182

34 *Ibidem*, p. 219.

35 *Ibidem*, p. 222.

impostas – dogmaticamente no ordenamento jurídico, o pluralismo propõe alternativas que contemplem os partícipes na busca pela solução de suas lides. Em se tratando dos Estados Constitucionais, o pluralismo viabiliza que a Constituição seja o caminho para que os objetivos do pluralismo sejam alcançados. Ademais, caso se considere Teoria da Constituição como Ciência da cultura, como fez Peter Häberle³⁶, o pluralismo constitucional, de fato, é uma via de acesso ao diálogo entre culturas distintas.

E quando as interações sociais se dão não apenas no espaço interestatal, mas no plano supra-estatal? Como a Constituição poderia viabilizar esse pluralismo em se tratando de Estados supranacionais? Ao se falar em culturas e crenças distintas em um mesmo estado constitucional, aparentemente, tentar-se-ia resolver possíveis conflitos com base no pluralismo mediante a adoção da Carta Magna regente e considerar os aspectos que identificam as culturas distintas e, de certo modo, divergentes. Mas em realidades com Constituições diferentes, com um gradiente de etnias, culturas e valores bastante acentuado? Como resolver tal situação.

As teorias que buscam analisar as relações entre Estados Constitucionais diversos tem sido difundidas e teorizadas não é de hoje³⁷. Elas tentam, de certo modo, buscar um ponto de interseção entre as diferentes culturas constitucionais, seja para explicar de modo racional porque um mesmo fenômeno pode ser tratados de modos diversos em realidades distintas, seja para internar uma teoria supra estatal da Constituição. Apenas para ilustrar como tais teorias tratam as diferentes culturas constitucionais, analise-se as teorias de Canotilho, Marcelo Neves e Bruno Galindo.

Oportuno ressaltar que este artigo não se propõe a esgotar o tema ora em análise e reconhece que seria inviável, neste momento, tratar com a seriedade que merece as renomadas teorias de pluralismo jurídicos, tais como as de Peter Häberle e Carlos Wolckmer, para não citar tantos outros,

36 HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

37 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2008; GALINDO, Bruno César Machado Torres. *Teoria Intercultural da Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos. In: *Reconhecer para Libertar – os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 427-462. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em: 17 jun. 2015.; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. ; etc.

razão pela qual serão apresentados, apenas alguns detalhes das teorias dos autores citados no parágrafo anterior.

Canotilho, em sua teoria da interconstitucionalidade, estuda as relações interconstitucionais, ou seja, “a concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político³⁸”. De modo tímido, Canotilho esboça algumas poucas premissas para o que ele denomina de teoria da interconstitucionalidade baseada no interculturalismo. De acordo com o autor:

[...] a comunicação interconstitucional assenta em princípios comuns que de uma forma ou de outra, apontam para a ideia de *constituição cultural* e estado constitucional cultural. É a *cultura* concebida como um acervo de saber em que os participantes na comunicação se munem de interpretações para se entenderem sobre alguma coisa no mundo. Os processos de troca entre as varias constituições (com a sua história própria e tradições culturais) produzem uma cultura constitucional reconduzível a ideias, valores, ações de indivíduos e de grupos. A interculturalidade começa por ser uma partilha comunicativa destes valores e ideias concretamente traduzidas em fórmulas não jurídicas, para, mais tarde, possibilitar uma tendencial normatização³⁹ (grifos do autor).

Marcelo Neves em sua obra sobre o transconstitucionalismo busca estabelecer premissas para uma comunicação entre ordens jurídicas sobrepostas mas soberanas e como os diversos organismos que compõem essas ordens podem coexistir sem anular ou ao outro.

Sobre a explicação do que viria a ser transconstitucionalismo, Marcelo Neves explica:

O conceito aponta exatamente para o desenvolvimento dos problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas. Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais, assim como instituições locais nativas em busca de sua solução.

[...]

38 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1425.

39 *Ibidem*, p. 1428.

O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*. [...] Aponta antes para a necessidade de construção de ‘pontes de transição’, da promoção da ‘conversações constitucionais’, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supralocais e locais⁴⁰.

Marcelo Neves é até ousado ao afirmar que sua tese vai além do que considera “tradicional” dilema monismo/pluralismo. Entretanto, é certo que se não fosse pela pluralidade que se pretende contemplar sem sobrepor uma cultura à outra, não haveria razão de ser de sua proposta de teoria transconstitucional.

Ainda tem-se a teoria do interculturalismo constitucional do Professor pernambucano Bruno Galindo⁴¹. Em sua teoria, o autor pretende lançar bases para uma teoria geral da constituição em um contexto supra nacional, diante de um cenário multicultural, de modo que suas premissas possam orientar a solução de conflitos entre estados, sem haver uma sobreposição de uma ordem sobre outra.

Uma diferença feita pelo autor em relação à sua teoria é entre o constitucionalismo intercultural e o interculturalismo constitucional, este a que se dedica. Pelo primeiro, propugna-se por um constitucionalismo que abrigue o diálogo entre as diversas culturas existentes em uma dada sociedade, tal como propõe o pluralismo. Já em sua teoria intercultural, propõe:

[...] reconhecer inicialmente a existência da diversidade de culturas constitucionais no ocidente, seja do ponto de vista ideológico, seja do ponto de vista sistêmico ou nacional, e de projetar uma relação dialógica entre as mesmas, relação esta que pressupõe uma consciência da própria imperfeição de uma específica cultura constitucional e a disposição de pensar soluções a partir deste diálogo, sem que isso signifique uma assimilação pura e simples de um modelo cultural diverso, mas que possibilite uma ponderação das simetrias e assimetrias entre as culturas constitucionais em debate⁴².

O autor afirma que sua teoria é pluralista.

40 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. XXV.

41 GALINDO, Bruno César Machado Torres. *Teoria Intercultural da Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

42 *Ibidem*, p. 116.

A pluralidade constitucional, da qual tivermos apenas um exemplo, enseja uma abordagem teórica igualmente plural, pois se não percebemos a ocorrência de problemas diversos, propostas de soluções diversas e críticas diversas, corremos o risco de acriticamente importar ou exportar padrões teóricos que não solucionam adequadamente um problema inserido em uma cultura constitucional diferente⁴³.

O autor pretende, com sua teoria, discutir os postulados teóricos de cada uma das diferentes culturas constitucionais:

Para que se construa uma teoria intercultural da constituição que possa perceber os pontos de simetria entre os diversos modelos constitucionais e organizá-los epistemologicamente naquilo em que convergem, deixando variáveis e flexíveis as assimetrias necessárias à consideração dos particularismos culturais relevantes a uma caracterização própria de cada uma das constituições⁴⁴.

Como se pode notar, as três teorias existentes lidam com elementos de uma ordem constitucional que se relaciona com outras ordens constitucionais, em um contexto plural, com valores e culturas que, *a priori*, são únicos e particulares a cada Estado. Como é possível conciliar tantas minorias e desigualdades sem que haja uma sobreposição de uma ordem ou de uma cultura sobre outra.

Teorias que buscam integração, relação, intersecção entre diversas culturas constitucionais partem do princípio de que conflitos entre estas ordens existem e que os mesmos devem ser resolvidos. Seria uma necessidade global que os países com culturas distintas pudessem dialogar e se comunicar sem ferir seus individualismos e particularismos constitucionais.

Diante da análise sucinta destas teorias, pode-se afirmar que todas buscam conservar o ideal de particularismo que cada Estado Constitucional possui. Não há propostas de imposição de uma cultura sobre outra como se uma fosse mais verídica ou com maior validade e justiça que outra. Percebe-se que se pugna para que não haja um padrão a ser seguido pelos Estados Constitucionais no que tange ao que deve ser relevante a ponto de ser considerado em seu teor normativo. Pela teoria transconstitucional, deve-se pugnar pela análise das diversas ordens para saber, caso a caso,

43 GALINDO, op. cit., p. 142-143.

44 Ibidem, p. 134.

quando eu uma prevaleceria sobre outra, sem que haja uma anulação de uma pela outra; na teoria intercultural, busca-se as premissas valorativas de cada Estado para que possa haver uma conciliação entre os envolvidos, sem turbação em seu contexto particular.

Seria uma tentativa de preservar o pluralismo constitucional sem olvidar da necessária solução de conflitos, que pode ser emanada do Estado ou de outras fontes extra-estatais.

Entretanto, a necessidade desta solução de conflitos esbarra com uma situação de universalidade de valores que cotidianamente se discute ao se tratar de direitos humanos. Há direitos universais que devem ser observados por toda e qualquer cultura constitucional? Aceitar tais direitos como universais não seria uma espécie de imposição de um poder dominante, situação rechaçada pelo pluralismo?

Universalizar direitos e torná-los um padrão a ser seguido, sob pena de ter sua soberania turbada⁴⁵ pode ser considerado uma afronta ao que se entende por pluralismo? Como tais teorias explicam a imposição de um padrão?

Estes são alguns dos questionamentos que surgem quando da análise do pluralismo constitucional em um cenário de relações entre Estados Constitucionais. Cumpre ressaltar que o pluralismo tradicionalmente é reportado a assuntos de âmbito interno dos Estados Constitucionais; a proposta do presente artigo é lançar bases para que tais questionamentos possam ser amadurecidos e que tais teorias possam discutir como suas premissas epistemológicas poderiam responde-los.

No próximo tópico, será analisado o mito do contexto de Karl Popper e se buscará uma conclusão sobre como o diálogo entre contextos distintos – leia-se, culturas distintas – é possível (em se tratando de Popper, pode-se até fazer questionamentos se tal diálogo seria realmente necessário).

3 O MITO DO CONTEXTO E SUA APLICAÇÃO EM SOCIEDADES CULTURALMENTE DIVERSAS: UMA POSSIBILIDADE DE DIÁLOGO

As diversas teorias da verdade suscitou debates intensos no meio científico e, sem dúvida, uma das que se destaca é a crítica feita por Karl Popper sobre o denominado ‘contexto’ utilizado pelas teorias relativistas

45 Países da Ásia Oriental que, ao violar direitos humanos, sofrem turbações em sua soberania, tendo seu território constantemente bombardeado, sob a justificativa de “restauração da paz”, comandada por bloco de países que se dizem como seguidores e defensores dos direitos que se entendem por violados.

como justificador de uma verdade considerada relativa – ao seu ver, considerada de modo irracional e equivocado⁴⁶.

Para o autor, uma das componentes do irracionalismo moderno é o relativismo, doutrina segundo a qual “a verdade é relativa à nossa formação intelectual que, supostamente, determinará de algum modo o contexto dentro do qual somos capazes de pensar; a verdade mudaria, assim, de contexto para contexto⁴⁷”. De acordo com a teoria relativista, diferentes contextos culturais, geracionais ou até científicos produzem verdades múltiplas e inconciliáveis, a ponto de concluir que contextos diversos não podem chegar a um entendimento, a um diálogo. A razão de ser da crítica formulada por Popper é acreditar que a difusão equivocada deste mito pode comprometer um ideal de “unidade da humanidade”, o que contribui para um potencial crescimento da violência e da guerra⁴⁸.

Denominado de mito do contexto, Popper o define que [...] “a existência de uma discussão racional e produtiva é impossível, a menos que os participantes partilhem um contexto comum de pressupostos básicos ou, pelo menos, tenham acordado em semelhante contexto em vista da discussão”⁴⁹.

Popper afirma que o mito do contexto é uma falácia. Entende por contexto “conjunto de pressupostos básicos ou princípios fundamentais – ou seja, uma textura intelectual⁵⁰”. Assim, seria impossível que duas pessoas em contextos diversos pudessem acordar sobre uma questão em comum – em determinados casos, seria preferível não haver acordo⁵¹.

Popper defende a tese de que:

[...] a lógica não apoia o mito do contexto ou a sua negação, e que podemos tentar aprender uns com os outros. Se tal conseguiremos ou não, dependerá em grande parte de nossa boa vontade e, até certo ponto, também de nossa condição histórica e da nossa situação problemática⁵².

46 POPPER, Karl. *O Mito do Contexto*. Em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 55.

47 Ibidem, p. 55.

48 Ibidem, p. 57.

49 Ibidem, p. 57.

50 Ibidem, p. 58.x

51 Ibidem, p. 60-61.

52 Ibidem, p. 60.

Ao expor sua argumentação, o filósofo recorre à lições da Grécia Antiga⁵³ para explicar que ainda que se trate de contextos considerados impenetráveis (um pelo outro), do conflito pode-se aproveitar, pelo menos, os novos argumentos que surgem para que cada parte possa justificar suas posições. O conflito é necessário para que a civilização possa evoluir e, se for o caso, rever suas posições, seja elas científicas, culturais ou de qualquer ordem. O mundo surge dos conflitos e evolui com a crítica, mas não se deve aguardar soluções ou resultados decisivos em um curto espaço de tempo, mas considerar como um processo longo de maturação e desenvolvimento para que a crítica possa ser assimilada e possibilite uma reformulação da teoria, se for o caso⁵⁴.

Viabilizar um espaço para que se possam discutir ideias, ainda que divergentes, é o que Popper entende por situação ideal de diálogo entre contextos distintos. O ônus argumentativo decorrente do processo de exposição e defesa destas ideias é de valor inestimável para o progresso da civilização. O raciocínio crítico formulado a partir da visão de outros contextos propicia – ou deveria propiciar, no mínimo, uma autoavaliação sobre suas posições. Na visão de Popper:

A discussão racional, neste sentido, é uma coisa rara. Mas é um ideal importante e podemos aprender a apreciá-la. Não tem por objetivo converter ninguém e é modesta nestas expectativa: é suficiente, mais do que suficiente, se sentirmos que conseguimos ver as coisas sob uma nova luz ou que até nos aproximarmos um pouco mais da verdade⁵⁵.

Neste sentido, o mito do contexto desenvolvido pelas teorias relativistas irracionais – que no contexto cultural é denominado por Popper de relativismo cultural – pode ser considerado um obstáculo para que se possa aprender uns com os outros⁵⁶.

53 Episódio em que "rei da Pérsia, Dario I quis dar uma lição aos Gregos residentes em seu império. Era hábito destes queimar seus mortos. Dário chamou [...] os Gregos que habitavam na corte e perguntou-lhes por qual preço estariam dispostos a devorar os corpos de seus próprios pais. Ao que responderam que por preço nenhum fariam tal coisa. Em seguida, o monarca chamou um grupo de indianos designados por Calatinos, que tem por uso comer os pais. E diante dos Gregos, que através de um intérprete podiam compreender o que se dizia, perguntou-lhes por que preço aceitariam comer os restos mortais dos seus progenitores. Os interpelados protestaram e exortaram o rei a não dizer blasfêmias". In POPPER, Karl. *O Mito do Contexto*. Em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 58.

54 Ibidem, p. 64-66.

55 Ibidem, p. 67.

56 Ibidem, p. 70.

A fim de tentar entender o por que da dificuldade de diálogo entre contextos, Popper faz uma excursão pelas teorias da verdade, que passam pelo relativismo de Hegel e pela teoria da verdade absoluta de Tarski. Desta faz uso para suscitar uma possibilidade da gênese dos mitos entre culturas distintas: a tradução de enunciados de uma língua para outra pode distorcer o real sentido intentado originalmente causando distorções em sua concepção levando a hipótese improvável – mas possível – de haver dois enunciados contrários, ainda que a intenção inicial era a simples tradução de um idioma para outro⁵⁷. Outra possível hipótese da gênese do mito do contexto suscitada por Popper é a de pensar que um contexto consiste não só em uma teoria dominante, mas, também, em uma entidade psicológica e social.

Consiste numa teoria dominante *juntamente* com aquilo a que podemos chamar de *uma forma de ver as coisas em consonância com a teoria dominante*, incluindo, por vezes, uma forma de ver o mundo e um estilo de vida. De igual modo, semelhante contexto constitui um elo social entre os seus adeptos; une-os, à semelhança do que faz uma igreja ou um credo político ou artístico, ou uma ideologia (grifos do autor)⁵⁸.

A análise crítica de Popper sobre uma falsa incomensurabilidade entre os diversos contextos aponta que a questão central desta teoria mítica é a de observar o problema sob diversos ângulos. Um mesmo objeto pode parecer de diferentes formas se analisado de lado, de frente, de cima, de baixo – mas o objeto continuará sendo o mesmo. Não haveria, assim, incomensurabilidade, mas apenas uma falta de compreensão com o outro olhar, que não é do mesmo ponto de vista do nosso. Uma teoria, por exemplo, pode ser reinterpretada com o tempo, de modo a melhor se adaptar à realidade contemporânea – a crítica permite tal feito⁵⁹.

É o método da ciência, o método da discussão crítica, que torna possível transcendermos não só o que adquirimos culturalmente, como também os nossos quadros de referencia inatos. Este método fez-nos transcender não só os sentidos como também a nossa tendência, em parte inata, para olhar o mundo como um universo de coisas identificáveis e suas propriedades⁶⁰.

57 POPPER, Karl. 1996, p. 72.

58 Ibidem, p. 80.

59 Ibidem, p. 83.

60 Ibidem, p. 83-84.

Deste modo, o mito do contexto criticado por Popper seria uma visão distorcida da verdade, ante a adoção de um paradigma que adota o contexto como uma prisão, um obstáculo intransponível que inviabiliza o diálogo entre contextos diversos. Popper defende que nem todo discurso precisa ter um caráter de justificação – por isso que o método de entendimento de contextos distintos está equivocado. Não se deve buscar o *modus* de se justificar uma teoria, mas deve-se primar pelas análises das consequências que a adoção desta ou daquela teoria trará para a solução de problemas.

Ao se adotar o mito do contexto, incorre-se na mesma falácia que é argumentar que o que é fundamental não pode ser discutido; que não se pode ter discussões racionais sobre princípios pois estes são verdadeiros dogmas, indiscutíveis⁶¹. E é exatamente isto que Popper pretende combater – romper o mito de que contextos são prisões que inviabilizam os diálogos entre os que são diferentes.

Trazendo as críticas de Popper para o diálogo entre culturas constitucionais distintas, conclui-se que não se faz necessário justificativas ou premissas incontestáveis, ou até mesmo que se faça necessário pontos de inserção entre elas – ainda que isso seja facilitador da compreensão, não seria imprescindível. É preciso observar quais as consequências que um possível diálogo entre culturas distintas pode trazer para a solução de problemas de ordem internacional.

As teorias analisadas – ainda que sucintamente – no tópico anterior tentam uma visão unívoca entre contextos constitucionais distintos a fim de facilitar as relações havidas entre os diversos Estados constitucionais. O transconstitucionalismo, por exemplo, ao buscar ‘pontes’ entre os diversos contextos intenta estabelecer algum método, alguma regra que busque uma conciliação entre eles, sem que haja sobreposição.

Já no interculturalismo constitucional, intenta-se um olhar externo sobre as diversas culturas constitucionais de modo a tentar estabelecer uma teoria intercultural constitucional, uma univocidade cultural que se pretende alternativa ao constitucionalismo cultural unívoco; para tanto, intenta discutir postulados teóricos de cada uma das diferentes culturas – assimila neste artigo como diferentes contextos - a fim de que se identifique pontos de convergência e divergência, para que se

61 POPPER, Karl. 1996, p. 85.

possa dar flexibilidade e variabilidade à teoria de modo a contemplar os pontos assimétricos⁶².

Tal como a teoria do interculturalismo constitucional se apresenta, entende-se que ela intenta promover este diálogo entre contextos incentivado por Popper. A teoria desenvolvida especificamente em um contexto de Estados plurinacionais, como é a União Europeia, necessariamente irá tratar de pontos de convergência, de premissas comuns quanto aos aspectos culturais. Deve-se, no entanto, atentar para não incorrer na falácia de buscar justificantes para a teoria e deixar de preocupar-se com as consequências de sua aplicação prática. Sob a ótica do mito do contexto, a teoria do interculturalismo busca suplantiar este contexto a fim de promover uma realidade possível entre contextos distintos.

Entretanto, o fato de intentar promover uma teoria unívoca pode ser considerada uma tentativa necessária de conciliação, quando na verdade, isto nem sempre é preciso ou necessário. Neste sentido - estabelecer uma teoria intercultural - vai de encontro à crítica popperiana sobre o mito do contexto.

A tentativa de estabelecer uma teoria de cunho justificador e com provas é inerente a uma racionalidade que exerce grande influência sobre o domínio científico, especialmente no campo das ciências sociais. No entanto, Popper afirma ser possível uma discussão que não possua cunho justificador ou de prova e, ainda assim, possa ser considerada uma discussão científica⁶³. Uma discussão que busque testar uma teoria a fim de descobrir “se as suas *consequências* lógicas são todas aceitáveis ou se, eventualmente, tem consequências indesejáveis”⁶⁴. A partir desta concepção, pode-se distinguir logicamente entre um método errado e um método correto de crítica; por este, se questiona qual o efeito prático de uma teoria e suas consequências desejáveis ou não para o público alvo, enquanto que naquele, busca-se estabelecer ou justificar a teoria, sem maior preocupação quanto a sua aplicabilidade⁶⁵.

62 GALINDO, Bruno César Machado Torres. Culturas Constitucionais E A Teoria Intercultural Da Constituição *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&%20artigo_id=8415&revista_caderno=9>. Acesso em: 18 jun. 2015.

63 POPPER, Karl. *O Mito do Contexto*. Em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 85

64 *Ibidem*, p. 85.

65 *Ibidem*, p. 85.

Ou seja, analisar a teoria do interculturalismo constitucional sob o prisma de sua aplicabilidade e consequências para as comunidades envolvidas é, sem dúvida, a grande contribuição que a discussão sobre ela promove no ambiente acadêmico.

Deste modo, pode-se concluir que a teoria do interculturalismo constitucional, quando posta à crítica à luz do “mito do contexto” suscitado por Karl Popper, se sustenta parcialmente por entender que não é absolutamente necessária a criação de uma teoria unívoca para justificar um contexto plural de Estados Constitucionais. Entretanto, sua proposta de lançar um olhar democrático para estes Estados, de modo a contemplar as suas particularidades e seus contextos, sem sobreposição ou hierarquia entre ele é algo que deve ser considerado, ainda que insuficiente, se considerar apenas a proposta maior da teoria que é a de ser utilizada como teoria unívoca de estados constitucionais plurais.

4 CONCLUSÃO

No presente artigo, buscou-se apresentar um pouco sobre o denominado “mito do contexto” de Karl Popper, uma crítica às teorias relativistas sobre a verdade, e sob sua ótica, analisar a teoria do interculturalismo constitucional.

Em um primeiro momento, foram analisadas algumas teorias sobre a verdade e como elas foram tratadas pela ciência. Em seguida, foram esboçadas algumas linhas sobre a definição de pluralismo cultural e como a Constituição pode ser encarada como produto cultural de uma sociedade. Neste sentido, as teorias constitucionais poderiam ser consideradas teorias culturais. E assim foram aventadas algumas poucas teorias sobre um possível diálogo entre culturas constitucionais distintas. Feita uma rápida análise da teoria multicultural de Canotilho e o transconstitucionalismo de Marcelo Neves, a teoria do interculturalismo constitucional de Bruno Galindo mereceu maior destaque, dada a limitação metodológica feita neste estudo.

Posteriormente, foi analisado o “mito do contexto” de Karl Popper, no que ela consiste e como ela pode ser considerada em um contexto multicultural. Ao confrontar a teoria do interculturalismo constitucional com o “mito do contexto”, percebe-se que diante da crítica, ela não subsiste diante do fato de intentar uma teoria constitucional unívoca para vários contextos distintos. Ainda que isto permita um diálogo entre contextos distintos, tal como pretende a crítica de Popper, a teoria incorre na falácia

suscitada por Popper de que a maioria das teorias tentam justificar contextos ao invés de lidar com eles.

Entretanto, não há como desconsiderar que a teoria do interculturalismo constitucional, se aperfeiçoada no intento de promover a adequação dos vários contextos, sem necessitar de construir uma teoria unívoca, pode contribuir significativamente para o avanço nos diálogos interestatais, promovendo o apaziguamento entre os povos e evitando conflitos que possam gerar guerras, tal como intentado por Popper. A teoria pode ser aperfeiçoada e evoluir para que possa ser perfeitamente utilizável para promoção de um eficiente diálogo entre contextos constitucionais. Como o filósofo mesmo argumentou, “nenhuma mudança de posição se deve fazer subrepticamente, mas há que, pelo contrário, realça-la juntamente com as suas consequências exploradas⁶⁶.

Assim, pode-se afirmar que a teoria do interculturalismo constitucional pode ser utilizada na promoção do dialogo constitucional entre Estados, a fim de promover uma harmonização entre contextos distintos, desde que supere a intenção de promoção de uma teoria unívoca.

REFERÊNCIAS

BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico*. Contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CHALMERS, A. F. *O que é ciência afinal?*. Tradução de Raul Filker. Brasília: Brasiliense, 1993. p. 23-43.

DANCY, Jonathan. *Introducción a la epistemología contemporánea*. Tradução de José Luis Prades Celma. Madrid: Tecnos, 1993.

DOUZINAS, Costas. Law and justice in postmodernism. In: CONNOR, Steven (ed.). *The Cambridge companion to postmodernism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

66 POPPER, op. cit. 1996. p. 67.

GALINDO, Bruno César Machado Torres. *Teoria Intercultural da Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Culturas Constitucionais e a Teoria Intercultural da Constituição. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&%20artigo_id=8415&revista_caderno=9>. Acesso em: 18 jun. 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Truth and justification*. Translated by Barbara Fultner. Massachusetts: MIT Press, 2003.

HABÈRLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de José Lamago, Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1997.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica?*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *A prova em questões tributárias*. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARCONI, Diego. *Per la verità. Relativismo e Filosofia*. Torino: Einaudi, 2007.

MICHAELIS. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=verdade>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NOZICK, Robert. *Invariances*. The structure of the objective world. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

POPPER, Karl. *O Mito do Contexto*. Em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1996.

_____. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Tradução de Joaquim Alberto Ferreira Gomes. Lisboa: Edições 70, 2009.

_____. O problema da indução. In: MILLER, David (Org.). *Popper: textos escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.

_____. *A lógica das ciências sociais*. Tradução de Estêvão de Rezende Martins. 3.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

RESCHER, Nicholas. *Epistemology*. An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003.

_____. *Presumption and the practices of tentative cognition*. Cambridge: Cambridge University Press. 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos. In: *Reconhecer para Libertar – os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 427-462, Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em: 17 jun. 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

_____. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. *Anais do XV Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. p. 143 a 155. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 2001. cap. 4, p. 171.

RECEBIDO EM: 08/01/2016

APROVADO EM: 13/06/2016

O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNO BRASILEIRO: O CASO DA MEDIDA CAUTELAR N° 382/2010 – COMUNIDADES INDÍGENAS DA BACIA DO RIO XINGU, PARÁ, BRASIL

THE INTER-AMERICAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND BRAZILIAN LAW: THE CASE OF PRECAUTIONARY MEASURE N° 382/2010 – INDIGENOUS COMMUNITIES OF THE XINGU RIVER BASIN, PARÁ, BRAZIL

Marcelo Leandro Pereira Lopes

*Professor universitário, Doutorando em Direito Constitucional pela UNIFOR
Mestrado em Direito pela Universidade Católica de Brasília*

Natália Ila Veras Pereira

*Advogada. Pós-graduada em Processo Civil e Direito Civil. Pós-graduada em
Direito Constitucional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Sistema de Proteção Interamericano de Direitos Humanos; 1.1 A Organização dos Estados Americanos – OEA; 1.2 A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; 1.3 A Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica); 1.4 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH; 1.5 A Corte Interamericana

de Direitos Humanos - corte IDH; 1.6 o Brasil e o Sistema de Proteção Interamericano de Direitos Humanos; 2 A responsabilização internacional contida na Convenção Americana de Direitos Humanos; 2.1 O procedimento perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH; 2.2 O procedimento de condenação na Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH; 2.3 A problemática do cumprimento das decisões da CIDH e Corte IDH no Brasil; 3 A medida cautelar nº 382/10 – comunidades indígenas da bacia do rio Xingu, Pará, Brasil; 3.1 A relevância do caso em matéria de direitos humanos; 3.2 Posicionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; 3.3 Posicionamento do Brasil sobre o caso; 3.4 A relação abalada do Brasil com o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo versa sobre o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e o cenário atual de insegurança gerado pelo descontentamento de alguns Países Membros em face de recentes decisões de órgãos do sistema. No caso específico do Brasil, analisou-se a Medida Cautelar nº 382/2010, proferida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, referente às comunidades indígenas da Bacia do Rio Xingu atingidas pela construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Objetivou-se, portanto, analisar a atual situação e desafios enfrentados dentro do sistema na busca pela proteção dos Direitos Humanos, bem como, avaliar as possíveis atitudes por parte do governo brasileiro que levaram a reavaliação da referida medida e que deram forças para que propostas de mudanças no sistema fossem adiante. Para isso, foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica, pesquisa documental e estudo de caso do procedimento da Medida Cautelar nº 382/2010. Dentre os autores estudados encontram-se Flávia Piovesan (2012), Lingdren Alves (1997), Deyse Ventura (2012), entre outros. Por fim, chegando-se ao entendimento de que, nos moldes estudados, a Usina de Belo Monte deveria ter sido melhor avaliada, e que de igual forma, as propostas de mudanças para o Sistema Interamericano devem ser encaradas com toda cautela, para que o real motivo de sua existência não seja abalada, gerando um sério comprometimento aos Direitos Humanos em face de interesses econômicos ou políticos envolvidos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Humanos. Sistema Interamericano. Convenção Americana. Comunidades Indígenas. Belo Monte.

ABSTRACT: The present article approaches The Inter-American System for the Protection of Human Rights and the current scenario of insecurity generated by the discontent of some member countries against recent decisions of the organs of the system. In the specific case of Brazil, it was analyzed the Injunctive Relief No.382/2010, issued by the Inter-American Commission of Human Rights, relating to the indigenous communities of the Xingu River Basin affected by the construction of Belo Monte Hydroelectric Power Plant. The aim is, there fore, to analyze the current situation and challenges faced within the system, seeking the protection of Human Rights, as well as, to evaluate possible actions by the Brazilian government which resulted in reevaluation this attitude and gave strength, in order that proposals for changes in system go ahead. For this, it was developed a literature review, documental research and case study of the procedure of Injunctive Relief nº382/2010. Among the authors studied are Flávia Piovesan (2012), Lingdren Alves (1997), Deyse Ventura (2012), and others. Finally, it was verified that, along the lines studied, Belo Monte Hydroelectric Power Plant should have been better evaluated, as well as , the changing proposals to The Inter-American System should be faced warily, so that the real reason for your existence o not be unsettled, causing a serious commitment to human rights against of economic or political interest involved.

KEYWORDS: Human Rights. Inter-American System. American Convention. Indigenous Communities. Belo Monte.

INTRODUÇÃO

As formas de proteção aos Direitos Humanos, nas mais diversas épocas e nos mais diversos Estados, sempre foi matéria de grande complexidade e controvérsias. O reconhecimento destes direitos sofreu influências culturais, históricas e até econômicas, rendendo-lhes, inicialmente, uma característica de fluidez e abstração, onde cada Estado assumia o papel de reconhecer, proteger ou mesmo desrespeitar os Direitos Humanos que lhes convinham.

Visando-se dar concretude universal aos Direitos Humanos foram criados sistemas de proteção em que se uniam Estados, muitas vezes, com culturas e poderio econômico diversos, porém, possuíam o objetivo comum de salvaguardar estes direitos de forma universalizada e independente de interesses individualizados ou singulares de cada Estado, uma vez que se reconheceu a importância e superioridade que os Direitos Humanos passaram a assumir. Assim, surgiu um sistema de proteção mundial e

alguns regionalizados, dentre eles, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, previstos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Convenção Americana de Direitos Humanos; mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

O Estado brasileiro, desde que assumiu compromisso perante o sistema, vinha desenvolvendo uma relação amistosa, relação esta, que sofreu abalos em decorrência da Medida Cautelar nº 382/2010, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na qual determinava a paralisação das obras da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará, em vista do comprometimento dos Direitos Humanos dos indígenas e do meio ambiente saudável. O país veio então a descumprir a determinação e proferiu repúdio público à decisão.

Diante deste e de outros fatos, observando-se o impasse gerado, o estudo de tal fenômeno tornou-se de grande relevância social, uma vez que se atesta que até mecanismos internacionais podem ter sido desconsiderados em face de interesses particulares a despeito dos Direitos Humanos das comunidades afetadas e do comprometimento do meio ambiente saudável.

Dessa forma, o trabalho delimitou-se ao estudo do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e ao direito interno brasileiro, especificadamente, no caso da Medida Cautelar nº 382/10, referente às comunidades indígenas da bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil, atingidas pela construção da Hidrelétrica de Belo Monte, e as consequências de tal decisão dentro do sistema como um todo.

A metodologia de estudo volta-se para análise da importância do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O método utilizado deste modo consistiu em uma análise descritiva, crítica e explicativa, com amparo de pesquisadores e doutrinadores, e dos principais instrumentos jurídicos do Sistema Interamericano. Por conseguinte, foi realizada uma pesquisa pura ou básica, com procedimento técnico de pesquisa bibliográfica, pesquisa documental e estudo de caso do procedimento da Medida Cautelar nº 382/2010. Dentre os autores estudados que deram suporte ao trabalho, destacam-se Noberto Bobbio, Lindgren Alves, Flávia Piovesan, Fauzin Hassan Choukr, Nírvia Ravena, Deisy Ventura, dentre outros.

Nesse sentido, objetivou-se descrever o processo de condenação de um estado membro perante os principais órgãos do sistema, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Internacional de Direitos Humanos, para só então estudar e compreender o procedimento do caso da

Medida Cautelar nº 382/2010, que levou o Brasil a rechaçar publicamente o sistema.

A primeira parte, intitulado Sistema de Proteção Interamericano dos Direitos Humanos, trata da consolidação dos sistemas internacionais de proteção, e, versa, especialmente, sobre o Sistema Interamericano, sua origem, órgãos e principais pactos. No segundo momento, analisa-se o procedimento de condenação em caso de denúncia de violação de Direitos Humanos de um estado signatário da Convenção, principal pacto de suporte do Sistema Interamericano, tratando de alguns casos apresentados perante a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos de desrespeito a Convenção.

Por fim, a Medida Cautelar nº 382/10 – Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil, discute sobre o procedimento da referida medida cautelar perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos referente a denúncias de violação dos direitos dos povos indígenas quando da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte.

1 O SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Segundo Choukr¹, a origem mais remota da busca por integração da comunidade americana data do Congresso do Panamá, em 1826. Porém, a integração de uma comunidade americana, e, por conseguinte, a evolução do ideal de criação de uma carta protecionista dos Direitos Humanos veio apenas em 1890, com a criação da União Internacional das Repúblicas Americanas, que se reunia periodicamente e que evoluiu ao longo dos anos nas muitas reuniões que ocorreram em diversos países da América, com a finalidade manifesta de integração dos países americanos.

Ainda, informa o referido autor, que foi apenas em 1948, que o Sistema de Proteção Interamericano de Direitos Humanos surgiu formalmente com a criação da Organização dos Estados Americanos - OEA e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, sendo esta última o alicerce do referido sistema.

Estabeleceu-se assim uma relação de uma nova organização com o sistema universal, já existente na época, o próprio artigo 1º da Carta

1 CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro Bases para sua Compreensão*. São Paulo: Édipo, 2001.

da OEA estipula que “dentro das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos constitui um organismo regional”. No entendimento de Caçado Trindade² (2005, *apud* OLIVEIRA, 2010, p. 28), o sistema de proteção interamericano passou por quatro etapas distintas de formação e consolidação:

A fase dos *antecedentes*, que remete á adoção da Declaração Americana dos Direitos do Homem, bem como outros instrumentos antecessores e sucessores a ela; o período de *formação* do sistema, cujo marco é a criação da CIDH e o seu gradual ganho de competências; a *consolidação* do sistema, ocorrida com o advento da Convenção Americana de Direitos Humanos; e, por fim, o *aperfeiçoamento* do sistema, conseqüência do desenvolvimento e fortalecimento da jurisprudência da Corte IDH e da adoção de novos tratados que incrementam a proteção dos direitos humanos. (grifos do autor)

Importante salientar que dentro deste sistema há os que podem ser considerados como subsistemas, onde um vincula os Estados Membros por meio da Carta da OEA e o outro vincula os estados signatários da Convenção Americana dos Direitos Humanos, o que deu ao sistema uma característica dual, que permanece até hoje, uma vez que, nem todos os países membros da OEA, ratificaram a Convenção.

Atualmente, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é o segundo mais desenvolvido do mundo, atrás do sistema europeu de feições supranacionais, possuindo instituições sólidas e eficazes instrumentos de efetivação de seus propósitos. É o sistema que se aplica no caso do Brasil, tendo como manifestações primordiais: a Declaração Americana de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Organização dos Estados Americanos, juntamente com seus órgãos de monitoramento: a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, descritas a seguir.

1.1 A Organização dos Estados Americanos - OEA

Conforme ensina Lindgren Alves³, a OEA foi o resultado de um longo processo evolutivo que vinha se desenvolvendo desde a primeira Conferência Internacional dos Países Americanos ocorrida de 1889 a 1890, e seguidas de outras tantas. Houve um longo processo de discussão iniciado em 1945, mas foi apenas em 1948, na cidade de Bogotá, Colômbia,

2 OLIVEIRA, Simone Lavelle Godoy de. 2010. p. 28.

3 ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

durante a Nona Conferência Internacional Americana que o órgão veio a se consolidar.

O objetivo maior da criação da Organização está prescrito no artigo 1º da Carta da OEA, esclarecendo que esta foi criada para que os Estados Membros alcançassem “uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência”, possuindo, ainda, como pilares a democracia, direitos humanos, segurança e desenvolvimento. A possibilidade de ingresso na OEA é aberta a todo Estado independente americano. Atualmente, 35 países americanos ratificaram a Carta e integram o organismo regional mais antigo do mundo, e dentre suas atuais prioridades encontram-se assuntos como a integração econômica, repressão ao terrorismo, controle de entorpecentes e questões ambientais, por exemplo.

1.2 A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem

Para Lindgren Alves, a origem da Declaração Americana dos Direitos e Deveres Humanos remonta as resoluções firmadas durante a Oitava Conferência Internacional Americana, realizada na cidade de Lima, Peru, em 1938. Em 1945, houve uma recomendação de um anteprojeto de declaração ao Comitê Jurídico Interamericano, este foi adotado como formato declarativo em 1948, antes mesmo da própria Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas - ONU.

Com força meramente recomendatória, a Declaração se divide em um preâmbulo, com redação secular e clara inspiração filosófica, sendo a declaração, propriamente dita, dividida em dois capítulos. Dentre os direitos reconhecidos estão: o direito à vida, à liberdade, à igualdade entre as partes, direitos de residência e trânsito, direito à educação, à justiça, à saúde e bem-estar. Quanto aos deveres estão: o dever à sociedade, ao voto, de pagar impostos, de trabalho, dos pais para com os filhos e dos filhos para com os pais, dentre outros.

1.3 A Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

Conforme ensinamento de Choukr⁴ a Convenção Americana de Direitos Humanos foi assinada em 22 de novembro de 1969, durante a

4 CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro Bases para sua Compreensão*. São Paulo: Édipo, 2001.

Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, na cidade de São José da Costa Rica, por isso o nome na qual ficou conhecida, Pacto de São José da Costa Rica. Esta veio trazer caráter vinculante à Declaração, uma vez que, esta por sua natureza jurídica, era apenas compromissória. É considerada o instrumento de maior importância dentro do sistema interamericano. A Convenção é composta por um preâmbulo e 82 artigos, divididos em três partes e 11 capítulos. O artigo 33 da Convenção assim dispõe que:

São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção: a) a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.

Dessa forma, a Convenção Americana de Direitos Humanos, além de declarar esses direitos, reconhece a competência da Comissão e da Corte Interamericana de Direito Humanos. A parte III, denominada Disposições Gerais e Transitórias trata, sobretudo, dos procedimentos para assinatura, ratificação, reservas, emenda, protocolo e denúncias referentes à Convenção. Dentre estas se destaca a possibilidade de reserva, presente no artigo 75 da Convenção, onde basicamente garante aos Estados que desacordem sobre determinado ponto que não seja incompatível com seu objeto, bem como o fim da Convenção.

Choukr⁵ versa que inicialmente que a Convenção tratava sobre direitos ligados à personalidade e às liberdades individuais. O advento do Protocolo Adicional à Convenção em 1998 veio abranger o reconhecimento de diversos direitos sociais, culturais e econômicos. Informa ainda, que segundo o disposto no artigo 74.2 da Convenção, o acordo apenas entraria em vigor depois que o 11º instrumento de ratificação ou adesão fosse recebido pela Secretária-Geral da OEA, o que veio a ocorrer em 18 de julho de 1978.

2.4 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH

De acordo com Lindgren Alves⁶ a Carta da OEA, em 1948, já mencionava sobre a criação de uma Comissão Interamericana de Direitos

5 CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro Bases para sua Compreensão*. São Paulo: Édipo, 2001.

6 ALVES, op. cit.

Humanos e uma Convenção Interamericana. De fato, a CIDH surgiu apenas em 1959, em Santiago, Chile. A comissão tinha funções de promoção dos Direitos Humanos, posteriormente desenvolveu atividades de proteção. Sua sede está situada na cidade de Washington, Estados Unidos, e seu funcionamento é baseado em um estatuto e regulamento próprio, além do que está fixado na própria Convenção Americana de Direitos Humanos. O artigo 1º do Estatuto da Comissão descreve a natureza do órgão e seu propósito dispondo que:

1. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão da Organização dos Estados Americanos criado para promover a observância e a defesa dos direitos humanos e para servir como órgão consultivo da Organização nesta matéria. 2. Para os fins deste Estatuto, entende-se como direitos humanos: a) os direitos definidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos com relação aos Estados Partes da mesma; b) os direitos consagrados na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, com relação aos demais Estados Membros.

Segundo os artigos 34 a 40 da Convenção, a Comissão compõe-se de sete membros, reconhecidamente com alta autoridade moral e saber em matéria de Direitos Humanos, eleitos a título pessoal pela Assembleia Geral da Organização, a partir de nomes contidos em uma lista proposta pelos governos dos Estados Membros, para mandatos de quatro anos, podendo ser reeleito apenas uma vez e não podendo fazer mais parte de um nacional no mesmo país, representam o conjunto dos países membros da OEA. Esta possui como função basilar proteger os Direitos Humanos no território dos membros da OEA, mesmo que estes não tenham ratificado a Convenção. Flávia Piovesan⁷ explica a competência da CIDH prelecionando que:

A competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos alcança todos os Estados-partes da Convenção Americana em relação aos direitos humanos nela consagrados. Alcança ainda todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, em relação aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948.

Como pode ser observado, proteger os Direitos Humanos é a principal função da CIDH. Porém, além da função protetora, em síntese, suas funções também compreendem as funções de conciliadora, assessora,

7 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 327.

crítica, legitimadora e promotora. Conforme pode ser constatado, funciona como um órgão auxiliar da justiça dentro do sistema regional americano de proteção aos Direitos Humanos.

1.5 A Corte Interamericana de Direitos Humanos - Corte IDH

Sobre a Corte IDH, Choukr⁸ informa que esta foi criada em 1969, aprovada na mesma ocasião da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. É um órgão judicial autônomo, sediado em São José da Costa Rica, e seu Estatuto data de 1980, estando hoje em vigor seu Regulamento datado de 2009. O artigo 1º do Estatuto da Corte IDH deixa bastante claro a ideia do que esta seja, dispondo que:

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Corte exerce suas funções em conformidade com as disposições da citada Convenção e deste Estatuto.

A Corte IDH é formada por sete juízes nacionais de qualquer dos Estados membros da OEA, reconhecidamente com elevada autoridade moral e saber em matéria de Direitos Humanos, sendo eleitos por voto sigiloso da maioria absoluta dos Estados da Convenção que oferecem uma lista de candidatos, na Assembleia Geral da OEA, para mandato de seis anos, e possuem como escopo a aplicação e interpretação da Convenção, conforme artigos 52 a 54 da Convenção.

Desde sua criação 22 países reconhecem o poder de jurisdição da Corte, dando as suas decisões à força vinculante. A Corte IDH exerce competência contenciosa/jurisdicional e consultiva, como elucida Héctor Fix – Zamudio⁹ :

[...] a Corte Interamericana possui duas atribuições essenciais: a primeira, de natureza consultiva, relativa à interpretação das disposições da Convenção Americana, assim como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos; a segunda, de caráter jurisdicional, referente à solução de controvérsias que se apresentem acerca da interpretação ou aplicação da própria Convenção.

8 CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro Bases para sua Compreensão*. São Paulo: Édipo, 2001.

9 PIOVESAN, op. cit., p. 335.

Dessa feita, precisamente sua função jurisdicional está disposta nos artigos 61, 62 e 63 da Convenção, bem como sua função consultiva encontra-se nas disposições do artigo 64 da Convenção. Diante de todo o exposto, observa-se que a Corte IDH é o órgão imprescindível para que se alcance uma proteção efetiva aos Direitos Humanos no sistema interamericano.

1.6 O Brasil e o Sistema de Proteção Interamericano de Direitos Humanos

Após período de regime militar, o Brasil necessitava de redemocratização, precisava firmar bases para formação de um Estado Democrático de Direito, a consequência foi à promulgação de uma Constituição garantista e extensa, que ficou conhecida como Constituição Cidadã. O advento de uma nova Constituição e a consequente transformação do direito nacional não operou mudanças apenas no plano interno, mas contribuiu significativamente para seu alinhamento no contexto internacional, principalmente em matéria de Direitos Humanos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CF/88 preleciona uma gama de Direitos Humanos ao longo de seu texto, principalmente, compilados em seu artigo 5º. Destaque se dá ao artigo 5º, parágrafo 2º, da CF/88, dispondo que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por eles adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ressalta-se ainda o artigo 5º, parágrafo 1º, que confere às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais sua aplicação imediata.

A CF/88 confere, inclusive, a prevalência dos Direitos Humanos como princípio norteador nas relações internacionais, análoga disposição expressa em seu artigo 4º, inciso II. Sobre a orientação do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil, Flávia Piovesan¹⁰ esclarece que:

Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito Internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, o compromisso

10 PIOVESAN, op. cit., p. 95.

de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados.

Igualmente, a CF/88, dispôs sobre o procedimento específico de internalização de tratados e convenções internacionais em matéria de Direitos Humanos. Sobre a ratificação de tratados e o processo de internalização, Francisco de Assis Maciel Tavares¹¹ explica que:

É uma forma de manifestação de consentimento intimamente ligada por origem e significado à prática dos Estados em obrigar-se por tratados ou acordos internacionais. Assinado um tratado, é ele, habitualmente, submetido em cada Estado signatário a certas formalidades, estipuladas pela respectiva lei interna, cabendo ao direito de cada contratante designar livremente qual o órgão competente para proceder à ratificação do tratado.

O procedimento de internacionalização inicia-se com a tramitação pela Câmara dos Deputados, se aprovado segue para o Congresso Nacional e o Presidente do Senado faz a promulgação pelo Congresso Nacional. Posteriormente, dá-se origem ao competente Decreto Legislativo, que é publicado em Diário Oficial. O Presidente da República exara um Decreto Executivo que dará publicidade ao ato, desta forma, o texto publicado ganha força normativa interna. Por fim, o instrumento de ratificação deve ver depositado no órgão que o custodie, por exemplo, se for um tratado pertencente ao sistema interamericano, o órgão seria a OEA. Alexandre de Moraes¹² classifica esse procedimento em três fases distintas:

1º fase: compete privativamente ao Presidente da República celebrar todos os Tratados, convenções e atos Internacionais (CF, art. 84, VIII); 2º fase: é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (CF, art. 49, I). A deliberação do Parlamento será realizada através da aprovação de um *decreto legislativo*, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado; 3º fase: edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o ato ou tratado internacional devidamente ratificado pelo Congresso Nacional. É

11 TAVARES, Francisco de Assis Maciel. *Ratificação de Tratados Internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 37.

12 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 720-723. OEA. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/carta.htm>>. Acesso em: 03 jun. 2012. p. 720.

nesse momento que adquire executoriedade interna a norma inserida pelo ato ou tratado internacional, podendo inclusive, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. (grifo do autor)

Observa-se assim que, no Brasil, a decisão sobre um tratado necessita da conjugação de vontades entre o Legislativo e Executivo. Ainda, no Brasil, um tratado internacional, após o processo de internalização e a ratificação inicia sua vigência em âmbito nacional passando a integrar a legislação, em regra, com hierarquia de ato normativo infraconstitucional. Os tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos possuem atualmente importância diferenciada dos demais, devido maior hierarquia no plano normativo após a Emenda Constitucional 45/2004 – EC/45, prescritas no artigo 5º, parágrafo 3º da CF/88, passando a ser equivalente às Emendas Constitucionais, desde que aprovados com quórum qualificado prevista para esta, qual seja, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, conforme dita o quórum exigido pelo artigo 60, parágrafo 2º da CF/88.

Dessa configuração, no caso do Brasil, embora ainda se discuta a posição em que os tratados internacionais sobre Direitos Humanos no plano hierárquico interno, o que pode se observar é que há uma preleção atual ao entendimento de que a norma prevalente é a que mais beneficia a pessoa humana, e que deve ser aplicado o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo sempre que houver conflito entre norma interna e norma internacional.

O país é signatário de diversos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, uns advindos antes mesmo do surgimento da CF/88, bem como da EC/45 de 2004, de toda sorte, os direitos neles reconhecidos são Direitos Humanos reconhecidos no plano interno e devem ser adotados e protegidos como tal. E com o processo de democratização, o Brasil passou a aderir a diversos outros tratados internacionais, buscando adentrar no diálogo internacional quanto à preocupação com a proteção aos Direitos Humanos.

Quanto aos diversos tratados acordados pelo Brasil em relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, destaca-se, primordialmente, a Convenção Americana de Direitos Humanos. Choukr¹³ (2001) assegura no que diz respeito à Convenção, embora o Brasil tenha assinado o pacto

13 CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro Bases para sua Compreensão*. São Paulo: Édipo, 2001.

em 22 de novembro de 1969, que apenas depositou sua ratificação em 25 de setembro de 1992 e o Decreto nº 678 de 1992 promulgou a Convenção.

É frisado pelo citado autor que o país declarou o entendimento que os artigos 43 e 48, alínea d, não incluem o direito automático de visitas e de uma investigação *in loco* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Governo do Brasil entendeu que tais atitudes dependem da anuência expressa do Estado. Em dezembro de 1995, foi realizada a primeira visita da CIDH ao Brasil, com a devida anuência do então presidente do país, Fernando Henrique Cardoso.

No que diz respeito à Corte Interamericana de Direitos Humanos, explica ainda o autor, que o Brasil aceitou sua jurisdição obrigatória apenas em 10 de dezembro de 1998, através do Decreto-Legislativo nº 89/98, com isso o país firmou seu alinhamento pleno e definitivo ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, podendo, até mesmo, ser acionado e receber condenações por violação aos direitos reconhecidos na Convenção.

2 A RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL CONTIDA NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

2.1 O Procedimento Perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH

Conforme analisado no capítulo precedente, a CIDH tem como função principal e universal promover o respeito aos Direitos Humanos, no entanto, para alcançar tal função, possui outras funções especificadas presentes na Seção 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e nos artigos 18, 19 e 20 do Estatuto da Comissão. No referido estatuto há distinção entre as atribuições e funções quanto aos Estados Membros da OEA, que não assinaram a Convenção e daqueles que a assinaram, reconhecendo, por conseguinte, sua atuação nas duas esferas de proteção do sistema, quais sejam, os subsistemas da OEA e da Convenção. De acordo com Flávia Piovesan¹⁴ cabe a CIHD:

Promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América é a principal função da Comissão Interamericana. Para tanto, cabe à Comissão fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; solicitar

14 PIOVESAN, op. cit., p. 327.

aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; e submeter um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

O procedimento para o conhecimento de casos de violação aos Direitos Humanos que estejam protegidos pelo sistema interamericano possui várias peculiaridades, no entanto, apresenta-se como um procedimento simples, passando por diversas etapas. Inicialmente, passa pela apresentação de petições, que conforme aponta o artigo 44 da Convenção, além de poderem ser apresentadas por um ou mais Estados Membros da OEA podem ser apresentadas petições pelo próprio indivíduo lesionado, além de terceiras pessoas, ou mesmo de organizações que representem esse indivíduo ou grupo de indivíduos. Destaca-se, aqui, o papel desempenhado pelas Organizações Não Governamentais – ONGs de proteção aos Direitos Humanos que se mostram bastantes atuantes nessa seara.

Essas petições passarão por um juízo de admissibilidade, desde que respeitados os requisitos presentes no artigo 46 da Convenção, que diz respeito, por exemplo, a inexistência de litispendência internacional, ou mesmo esgotados os recursos disponíveis, ou ainda se todos estes recursos forem de fato obedecidos. Ainda, o artigo 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos, exige que a petição ou comunicação seja oferecida no prazo de seis meses, contado da decisão definitiva que teria prejudicado o referido direito. Porém, tal regra não poderá ser aplicada quando o indivíduo for privado do direito de ação ou devido processo legal, ou houver processos excessivamente demorados em tramitação no Estado apontado como violador.

No caso de admissibilidade, o artigo 48 da Convenção, predetermina que a CIDH deverá solicitar informações ao Estado denunciado em prazo razoável, fixado pela própria CIDH, recebidas às informações ou transcorrido esse prazo sem que estas sejam recebidas, será verificado se os fatos ainda subsistem, em caso negativo, deverá ser arquivada a denúncia. Por outro lado, se subsistirem os motivos deverá se analisar mais detalhadamente o caso, ou ainda procurar buscar uma solução amistosa, sendo esta a fase tida como conciliatória ou amigável do procedimento.

O artigo 49 da Convenção explica que se houver uma solução amistosa, deverá ser redigido um relatório com a exposição dos fatos e da solução alcançada. Se esta não tiver sido alcançada amistosamente, conforme artigo 50 da Convenção haverá igualmente um relatório encaminhado aos Estados interessados, sendo facultado a este a publicação, e, que ainda,

poderá conter proposições e recomendações da CIDH que deverão ser cumpridas em três meses, esta pode ser considerada a fase conhecida como Primeiro Informe.

Transcorrido este prazo, de acordo com o que preleciona o artigo 51 da Convenção, a CIDH poderá abrir novo prazo para tentar solucionar o caso, transcorrido este novo prazo decidirá por maioria dos votos se o Estado tomou ou não as medidas adequadas, podendo gerar outro relatório ou Segundo Informe. Ou, ainda, se o Estado houver reconhecido a competência da Corte, o caso poderá ser a esta encaminhada.

Por iniciativa própria ou mesmo após receber a denúncia, a CIDH poderá também entrar em contato com o Estado denunciado para que sejam adotadas medidas cautelares em caráter de urgência, antes mesmo de se analisar o mérito do caso, desde que haja risco de dano irreparável à vítima, segundo preleciona o artigo 25 do Regulamento da Comissão. Poderá, até, solicitar que a Corte IDH adote medidas provisórias de urgência, caso o país acusado tenha reconhecido sua competência.

É importante frisar as muitas controvérsias existentes quanto à natureza jurídica desses relatórios emitidos pela Comissão, que, inicialmente, não possuem natureza vinculante, sendo reconhecidos apenas como recomendações. No entanto, em julgamentos posteriores a 1996, a Corte IDH diferenciou a natureza dos dois relatórios emitidos pela CIDH, dando um entendimento relativizado aos relatórios, como registrado por Simone Oliveira¹⁵ :

Posteriormente, a partir do caso *Loaysa Tamayo* (1996), passou a Corte IDH a diferenciar os dois Relatórios da CIDH, o primeiro não seria vinculante por não ser definitivo, na medida em que, diante do descumprimento pelo Estado, a CIDH poderá optar pelas atitudes já mencionadas. O segundo Relatório, se publicado, deveria ser publicado pelos Estados com base no princípio da boa-fé, pois “os Estados ao aderirem á Convenção aceitariam a competência da própria Comissão para processar petições individuais”. *Assim, caso haja descumprimento desse relatório, a CIDH poderá utilizar-se da Assembléia Geral da*

15 OLIVEIRA, Simone Lavelle Godoy de. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a formulação de políticas públicas*. Santos, 2010. p.224. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Mestrado em Direito, Universidade Católica de Santos. Disponível em: <http://biblioteca.unisantos.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2010-0805T124818Z272/Publico/Simone%20Lavelle%20de%20Oliveira.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2012. p. 39.

OEA, fazendo constar que os Estados não cumpriram com as obrigações determinadas. (grifo nosso)

Certo é que os Estados ao se tornarem parte da Convenção e anuírem com seus dispositivos exerceram seu livre arbítrio, aceitando, automaticamente e obrigatoriamente, a competência da CIDH para analisar as denúncias de violação contra ele e proceder na forma em que foi previamente aceita, mesmo que se entenda que estas recomendações tenham cunho meramente recomendatório, o país acordou previamente em aceitar e acatar as determinações.

Por fim, cabe destacar sobre o sistema de petições e comunicações, duas funções fundamentais da CIDH. A primeira diz respeito às investigações próprias, as observações *in loco*, isto é, no local apontado de violação ao direito, tendo a função de desenvolver investigação autônoma, até mesmo, visitando o país apontado como violador para obtenção de maiores informações. A segunda função seria a de emitir relatórios com recomendações aos Estados, bem como os relatórios periódicos que devem ser apresentados periodicamente a Assembleia Geral da OEA, para os fins devidos de direito.

2.2 O Procedimento de Condenação na Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH

A Convenção Americana de Direitos Humanos ditou as competências, consultiva e contenciosa, da Corte IDH para que esta conheça casos que estejam nela previstos, competências estas, presentes basicamente nos artigos 61 a 64 da Convenção.

A competência consultiva é bastante diferenciada da contenciosa, nela qualquer Estado Membro da OEA pode solicitar parecer da Corte, mesmo que não tenha aderido a Convenção, dessa forma, suas legislações podem ser analisadas à luz do sistema, buscando, ainda, uniformizar as interpretações da Convenção e dos demais tratados em matéria de Direitos Humanos no âmbito da própria OEA como um todo.

Já a competência contenciosa diz respeito apenas aos Estados Membros da Convenção que tenham expressado a aceitação da competência jurisdicional da Corte IDH. Ela permite o julgamento de casos de violação aos ditames da Convenção e suas sentenças são vinculativas, definitivas e inapeláveis, devendo ser prontamente cumpridas pelo Estado condenado. Se restar provada a violação, as sentenças podem ditar medidas reparatórias ao direito vilipendiado, conforme o caso.

Um aspecto importante, é que a Corte IDH, diferentemente da CIDH, somente pode ser acionada pelos Estados Membros ou pela própria Comissão, o indivíduo ou organizações que o representem são proibidos de apresentar petição, nos ditames do artigo 61 da Convenção. Após as partes de um caso notificarem as supostas vítimas, elas possuem dois meses para apresentar seus argumentos, solicitações e provas, sendo que o Estado Membro apontado como violador possui igual prazo para contestar todos os argumentos levantados, idêntico ao artigo 40 e 41 do Regulamento da Corte IDH.

Nessa etapa, as partes podem ainda fazer um acordo, cabendo à Corte fazer a homologação. Havendo prosseguimento da ação, a Corte ainda pode produzir outras provas *ex officio*, ou seja, produzir e instruir provas que julguem necessárias para melhor resolução do caso. A figura do *amicus curie*, ou seja, amigo da corte, é admitida, visando igualmente um melhor entendimento sobre o caso em análise.

Quando da análise do mérito, a sentença proferida pela Corte possui efeito vinculante e obrigatório, podendo tratar sobre exceções preliminares, mérito, reparações e custas, conforme aponta o artigo 42.6 do Regulamento da Corte. Estas reparações, comumente, compreendem indenização por danos material e moral, obrigação de fazer ou não fazer, reconhecimento de sua responsabilização publicamente, dentre outras medidas, reconhecidos pelo artigo 63.1 da Convenção. Já o artigo 63.2 da Convenção abriu a possibilidade da Corte IDH adotar Medidas Provisórias nos casos em que se figure extrema relevância e urgência, uma vez que se constate necessidade em vista da possível existência de danos irreparáveis a pessoa e, se o caso não esteja submetido ao seu conhecimento, pode atuar dessa forma por pedido da CIDH.

Destaca-se que estas Medidas Provisórias têm caráter extraordinário, sendo articuladas em razão de imperativo de proteção e, uma vez emitidas, devem permanecer até a ocasião em que a Corte IDH não mais acredite que subsistam os requisitos demonstradores da extrema gravidade e urgência e da prevenção de danos irreparáveis aos Direitos Humanos das pessoas protegidas no caso em análise. Importante observar que o Estado não pode alegar impedimento de direito interno para se eximir do cumprimento das sentenças da Corte IDH, isso resta claro, uma vez que ele aceitou previamente a jurisdição da Corte IDH, devendo, deste modo, prover meios para que as determinações sejam de fato cumpridas. Caso não cumpra a sentença, cabe destacar ainda que a Corte IDH envie relatório indicando o caso à Assembleia Geral da OEA, nos termos do artigo 65 da Convenção para efeito de direito.

2.3 A Problemática do Cumprimento das Decisões da CIDH e Corte IDH no Brasil

Como pode ser ressaltado, o Brasil é constantemente alvo de denúncias perante os órgãos mencionados e, estes, desempenhando seu papel, fazem recomendações, proferem medidas cautelares, impõem medidas provisórias e até condenações que vinculam o país a tomar as providências impostas.

O que se observa é que o Brasil possui suas próprias regras e, no que diz respeito aos Direitos Humanos e às suas formas de execução de políticas de proteção não é diferente. Porém, com o fenômeno da internacionalização e criação de sistemas de proteção, como o regional, o que se apreende é que em certas ocasiões deve haver a mitigação de sua soberania, em respeito ao caráter de universalidade dos Direitos Humanos. Dessa forma, observa-se que a ideia de soberania formal como antes conhecida, encontra-se há muito superada. Esse entendimento é explicado por Fauzi Hassan Choukr¹⁶:

Com a internalização da comunidade jurídica, a idéia de soberania encontra-se em ponto de ser discutida e, se não eliminada, sem dúvida fatalmente relativizada, sendo questionada de um ponto de vista realístico (v.g., perante comunidades como a União Européia), que a considera como um “mito” ou, por outro lado, como algo “perigoso”. Tais preceitos acabam por abalar ainda mais as idéias clássicas que amparam o conceito de soberania quando enfocados pela ótica dos “Direito Humanos”, agora alcançados a uma das bases da sociedade internacionalizada. (grifos do autor)

Dessa forma, a soberania do país não estaria sendo violada, uma vez que este assentiu à competência do sistema, ou seja, usaram de sua soberania para fazer parte do sistema, e as determinações e punições teriam sido aceitas de antemão ao ser um Estado signatário. Em todo caso, almeja-se aqui esclarecer que a soberania dos Estados Membros são constantemente apontadas como subterfúgio ao cumprimento das decisões.

Ocorre ainda que na maior parte dos Estados membros da OEA, inclusive o Brasil, inexistente um procedimento padrão que se possa seguir para dar cumprimento e executar decisões de organismos internacionais no âmbito interno. Interessante ainda frisar, que o próprio artigo 68.2 da Convenção, prever quanto às sentenças que fixarem indenização, que estas poderão seguir o mesmo procedimento

16 CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro Bases para sua Compreensão*. São Paulo: Édipo, 2001. p. 11.

interno vigente para execução de sentenças contra o Estado, todavia, em se tratando de sentenças diversas das que condenam a pagar indenização em dinheiro, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos silencia a respeito.

Objetivando sanar essa lacuna jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, afastar a inexistência de legislação ordinária nacional destinada, especificamente, a regular a matéria, existe o Projeto de Lei nº 4667, de 2004, proposta pelo então deputado federal José Eduardo Cardozo, do Partido dos Trabalhadores de São Paulo – PT/SP, que dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos e dá outras providências. Embora tenha sido apresentado em 15 de dezembro de 2004 ainda se encontra em tramitação.

Mesmo com todas as dificuldades apontadas para que se cumpram as determinações de organismos internacionais, o Brasil vinha desenvolvendo a política de acatar as determinações impostas na medida em que se mostrasse dentro de suas possibilidades, mesmo que nem sempre de forma plena e mesmo em outras ocasiões se apresentando indiferente. No entanto, veio desenvolvendo uma relação amistosa perante os órgãos do sistema interamericano, em alguns casos até indo além do proposto.

Por exemplo, desenvolveu leis para a efetivação de determinações, como ocorreu com o advento da Lei nº 11.340 de 2007, conhecida como Lei Maria da Penha, que dispõe sobre os casos de violência doméstica e que visivelmente sofreu influência das recomendações da CIDH e acabou sucumbindo perante as pressões internacionais. De igual forma, em vista da pressão internacional, restou aprovada a Lei nº 9.299/ 96, que transferiu para a justiça comum o julgamento de policiais militares por cometimento de crimes dolosos contra a vida. No Caso Carandiru, igualmente, se procedeu à desativação do presídio onde ocorreu o massacre, motivo da denúncia perante a CIDH. Em outros momentos desenvolveu políticas públicas por meio de programas de governo e ações do poder público.

Assim, reconhece Celso Amorin¹⁷, afirmando que as políticas nacionais como erradicação do trabalho escravo, a legislação de prevenção e

17 AMORIN, Celso. *O Brasil e os Direitos Humanos: em busca de uma agenda positiva*. Política Externa, v. 18, n. 2, 2009.

sanção da violência contra as mulheres e a mudança do modelo assistencial em saúde mental são exemplos emblemáticos de políticas públicas que têm inspiração em acordos e decisões geradas no âmbito do sistema interamericano. De igual forma, nos relatórios enviados pelo Brasil à Corte IDH quanto ao cumprimento de sentença e das medidas provisórias, o país mostra empenho, assim reconhece Ventura e Cetra¹⁸ :

O Brasil, por sua vez, em seus relatórios de cumprimento de sentença apresentados à CrIDH, tem procurado demonstrar empenho com relação às “medidas provisórias” e sentenças. *Ao menos oficialmente, o Poder Executivo jamais exteriorizou eventual inconformidade com o caráter vinculante e obrigatório das decisões da CrIDH, que deriva do texto da Convenção Americana.* Por um lado, isto se deve ao incontestável caráter voluntário da sujeição estatal à jurisdição obrigatória da CrIDH, aceita no pleno exercício da soberania brasileira. (grifos das autoras)

No entanto, essa relação amistosa restou abalada com o desrespeito público a polêmica determinação da Medida Cautelar nº 382/10 proferida em 2011, que outorgava medidas cautelares a favor dos membros das comunidades indígenas da bacia do Rio Xingu, no Pará, Brasil, conforme novamente aponta Ventura e Cetra¹⁹:

[...] a partir de abril de 2011, uma “medida cautelar” da CmIDH, relativa à construção da hidroelétrica de Belo Monte (na bacia do Rio Xingu, no Pará), fez com que o Brasil passasse a rechaçar o SIDH, promovendo a sua desqualificação pública no plano interno, e adotando medidas de retaliação no plano regional, entre elas um conjunto de propostas de mudanças estruturais que visam a limitar a atuação da CmIDH.

Sendo este um exemplo que demonstra as controvérsias de interesses que podem existir quando se analisa o que preleciona o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro, motivo pelo qual os argumentos externalizados contrários e favoráveis à medida, ou mesmo no que diz respeito à construção da usina em si, serão detalhadamente analisados a seguir.

18 VENTURA, Deisy; CENTRA, Raísa. *O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos*: De Maria da Penha a Belo Monte. Texto apresentado no Seminário Internacional “Limites e Possibilidades da Justiça de Transição – Impunidade, direitos e democracia” (Porto Alegre, 2/04/2012). Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/Ventura%20Cetra%20O%20Brasil%20e%20o%20SIDH%202012%20\(2\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/Ventura%20Cetra%20O%20Brasil%20e%20o%20SIDH%202012%20(2).pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2012. p. 31.

19 Ibidem, p. 10.

3 A MEDIDA CAUTELAR Nº 382/10 – COMUNIDADES INDÍGENAS DA BACIA DO RIO XINGU, PARÁ, BRASIL

3.1 A Relevância do Caso em Matéria de Direitos Humanos

Conforme asseveram Sousa Júnior *et al* (2006), o Brasil utiliza como fonte principal de geração de energia hidrelétrica a exploração de seu potencial hidroelétrico. O modelo é basicamente abalizado na construção de grandes barramentos de água e na edificação de linhas de transmissão de energia. E, já no final do século XX, a região Amazônica foi alvo de diversos projetos de aproveitamento de potencial hidroelétrico, principalmente na margem direita do Rio Amazonas, a despeito dos diversos danos socioambientais envolvidos.

Ainda, segundo os autores, em um destes pontos de potencial de aproveitamento se localiza a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, que gera polêmica de toda sorte desde os primórdios de seus estudos, estando situada em um dos afluentes da margem direita do Rio Amazonas, na bacia do Rio Xingu, mas precisamente na conhecida Volta Grande do Rio Xingu, próximo a cidade de Altamira, no estado do Pará, Brasil.

Apesar dos estudos realizados na área datarem ainda da década de 70, conforme informado no próprio Relatório de Impacto ao Meio Ambiente - RIMA, “os Estudos de Viabilidade do AHE (Aproveitamento Hidrelétrico) Belo Monte foram apenas concluídos no ano de 2002. O Congresso Nacional apenas autorizou, em 2005, a Eletrobrás - Centrais Elétricas Brasileiras S/A – a completar e atualizar esses estudos. Desde então, teve início a elaboração do EIA - Estudo de Impacto Ambiental”.

Os estudos foram concluídos e o RIMA foi disponibilizado em 2009, rematando que a usina terá capacidade de produção máxima de cerca de 11mil megawatts e média de 4,5 mil megawatts e inundará uma área equivalente a 516 quilômetros quadrados. Assim, a usina será a terceira maior hidrelétrica do mundo. De acordo com o histórico da usina disponibilizado pelo Instituto Sócio Ambiental, a Licença Prévia foi autorizada em 2010 e o leilão para a construção foi realizado em abril de 2010, tendo por vencedor o consórcio de empresas Norte Energia.

Ocorre que a construção da usina sempre foi polêmica, de fato, a construção de uma usina hidrelétrica sempre traz conflitos locais consideráveis, no caso da Usina Hidrelétrica de Belo Monte os conflitos são potencializados em vista da situação peculiar, em particular dos indígenas,

o que traz extrema complexidade ao caso. Como aponta Sousa Júnior *et al*²⁰, tais conflitos se alastram entre diversos segmentos sociais como “proprietários rurais (pecuaristas), trabalhadores rurais, comerciantes, população urbana e rural a ser reassentada, madeireiros, comunidades indígenas, movimentos sociais e organizações não governamentais”.

Dessa feita, para entender a complexidade e as muitas discussões que envolvem a construção da Hidrelétrica de Belo Monte deve-se levar em consideração não apenas os conflitos sociais acima apontados pelos referidos autores, como também a região onde está situada a construção, que está encravada no meio da Floresta Amazônica, um dos biomas mais ricos do planeta e que, embora a energia gerada seja considerada limpa, para realizar a construção, os impactos ambientais são assombrosos e preocupantes.

Assim, além de atingir os direitos dos indígenas, bem como, das demais populações afetadas, no que diz respeito aos direitos como à vida, à integridade física e à saúde dessas pessoas, uma obra dessa magnitude gera alterações significativas no meio ambiente, um direito difuso e, de igual forma, um Direito Humano fundamentalmente passível de proteção como os demais Direitos Humanos assim reconhecidos.

Siciliano²¹ aponta outra característica da região que desperta conflitos, característica esta que seria a grande riqueza mineral da área, onde são encontradas as maiores jazidas de minérios do país e, que em vista dos interesses econômicos, seria uma das principais razões que levam a tantas disputas pela área. Entendimento este também apontado em artigo recente de Telma Monteiro²²:

A implantação do projeto da hidrelétrica Belo Monte é a forma de viabilizar definitivamente a mineração em terras indígenas e em áreas que as circundam, em particular na Volta Grande, trecho de mais de 100 quilômetros que vai praticamente secar com o desvio das águas do Xingu. E é justamente nas proximidades do barramento principal, no

20 SOUSA JÚNIOR, Wilson Cabral; REID, John; LEITÃO, Neidja Cristine Silvestre. *Custos e Benefícios do complexo hidrelétrico Belo Monte*: Uma abordagem econômico-ambiental. 4. ed. Lagoa Santa: Série Técnica, 2006. p. 57.

21 SICILIANO, André Luiz. *O caso de Belo Monte na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*: análise em dois níveis. São Paulo, outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/alsiciliano/artigobelo-monte-na-cidh>>. Acesso em: 1 out. 2012.

22 MONTEIRO, Telma. *Belo Monte é a forma de viabilizar definitivamente a mineração em terras indígenas*. Publicado em 12 de set. de 2012. Disponível em: <http://www.correiocidadania.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7608:manchete110912&catid=34:manchete>. Acesso em: 28 out. 2012. p. 1.

sítio Pimental, que está sendo montado o maior projeto de exploração de ouro do Brasil, que vai aproveitar o fato de que a Volta Grande ficará seca por meses a fio com o desvio das águas do rio Xingu. Há mais de dois meses está disponível na Internet o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) do projeto Volta Grande da empresa canadense Belo Sun Mining Corp, de junho de 2012. O estudo defende as vantagens de se fazer uma operação de lavra a céu aberto para beneficiamento de minério de ouro com “*tecnologia e equipamentos de ponta, similares a outros projetos no estado do Pará*”. (grifos da autora)

Conforme demonstrado, os interesses pela construção da usina podem ir além da simples geração de energia, como, também estariam viabilizando outros projetos de exploração da área, como a mineração. A situação de conflito que ronda a construção se complicou mais ainda, quando especialistas começaram a questionar o Estudo de Impacto Ambiental – EIA e o Relatório de Impacto do Meio Ambiente – RIMA produzido pelo governo para a autorização da construção da Usina, e quando foram levantadas acusações de violação aos Direitos Humanos dos povos indígenas, o que acabou levando a uma denúncia perante a CIDH.

Nírvia Ravena e Eliana Franco Teixeira²³ ao analisarem o EIA apontam uma série de irregularidades, como algumas lacunas existentes sobre as consequências do impacto na vida da população local, com o objetivo claro de minimizar os custos dos processos indenizatórios. Ainda, o EIA não analisaria o custo do direito à vida daqueles que sofreram com o desvio do curso do rio e a seca que ocasionada, por exemplo. O EIA seria omissivo quanto à segurança alimentar e hídrica dos grupos sociais afetados. Por fim, Nírvia Ravena e Eliana Franco Teixeira²⁴ afirmam que:

No EIA, probabilidades acerca da vertiginosa alteração dos modos de vida, da vulnerabilidade hídrica e alimentar não são elaboradas mesmo havendo metodologia para fazê-lo. *Essas ausências desqualificam cientificamente o EIA demonstrando que não foi construído com bases científicas para ser reconhecido ou que há intencionalidade em obnubilar a opinião pública e os operadores da justiça sobre os impactos desse empreendimento.* (grifo nosso)

23 RAVENA, Nírvia; TEIXEIRA, Eliana Franco. *Usina de Belo Monte: quando o desenvolvimento viola direitos*. PONTO DE VISTA, N° 10, outubro 2010. Disponível em: <http://neic.iesp.uerj.br/pontodevista/pdf/Ponto_de_vista_01outubro2010.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2012.

24 Ibidem, p. 10.

Já Nírvia Ravena e Thiago Almeida Barros²⁵, apontam outras irregularidades sobre o processo de licenciamento da usina, agora em relação às audiências públicas, afirmando que as avaliações realizadas eram por demais extensas e só foram disponibilizadas ao público pouco antes da realização das audiências, comprometendo a publicidade necessária do estudo a tempo de análise para questionamento em audiência, dispuseram que:

As audiências públicas deveriam ser o espaço de debate público e questionamento de práticas e conceitos estabelecidos – no caso de Belo Monte, a publicização e discussão dos resultados do EIA e do RIMA do empreendimento. Produzidos pela empresa Leme e divulgados no segundo semestre de 2009, os documentos têm sido extremamente criticados por grupos de pesquisadores e movimentos sociais contrários à construção da usina. A avaliação de impacto tem mais de 20 mil páginas, divididas em 36 volumes, e começou a ser disponibilizada no site do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) somente algumas semanas antes das audiências públicas, em setembro de 2009. *O RIMA apresenta considerações simplistas sobre o projeto e não esclarece as principais dúvidas dos moradores da região.* (grifo nosso)

Como se não bastassem todas as falhas apontadas, de acordo com o histórico sobre Belo Monte disponibilizado pelo Instituto Sócio Ambiental, em 2011, em vista das dificuldades de se cumprir as condicionantes, ou seja, as medidas de melhorias impostas pela Licença de Prévia da obra e, por conseguinte, a impossibilidade de concessão da Licença de Instalação, foi criada uma Licença de Instalação Parcial, até então inexistente para o processo de licenciamento ambiental brasileiro, que dentre as permissões autorizou a construção do canteiro de obras e a supressão da vegetação.

Até o presente, as ações preparatórias das obras estão em andamento, em que pese todos os problemas apontados e até problemas internos nos canteiros de obra, como a paralisação por reivindicação por melhores salários por parte dos trabalhadores, ocasionando uma greve geral, ou mesmo ocupação do terreno da construção da barragem pelos indígenas. O Poder Judiciário, por diversas vezes foi suscitado e muitas ações judiciais já forma movidas, algumas já encerradas e outras tantas em andamento, sem ter havido uma resposta jurisdicional que dê solução ao conflito de interesses instalado.

25 BARROS, Thiago Almeida; RAVENA, Nírvia. *Representações sociais nas audiências públicas de Belo Monte: do palco ao recorte midiático*. Trabalho apresentado ao Grupo de Trabalho 5 – Comunicação e sociedade civil – do IV Encontro da Compólitica, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 13 a 15 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/thiago-almeida-barros.pdf>>.

3.2 Posicionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Diante de toda a polêmica envolvida e conforme dito anteriormente, o caso da Usina Hidrelétrica de Belo Monte foi levado até a CIDH por organizações de grupos de apoio aos indígenas, entre os peticionários, o Movimento Xingu Vivo para Sempre, Sociedade Paraense de Direitos Humanos e Justiça Global. Na resposta do Estado brasileiro de 25 de abril de 2011, informa-se que anteriormente, em quatro de março de 2011, a CIDH já havia solicitado ao Estado informações sobre o que afirmavam os peticionários, solicitava-se informações sobre:

- a. O estado atual da ação civil pública interposta pelo Ministério Público Federal mediante a qual se solicita a suspensão imediata da licença parcial a empresa Norte Energia;
- b. A alegação dos solicitantes de que a licença parcial outorgada à empresa Norte Energia não teria base legal e que esta teria sido outorgada sem cumprir com os requisitos estabelecidos pelo IBAMA. Tenha por bem apresentar as normas nas quais se fundamenta o outorgamento da licença.
- c. Os procedimentos de consulta previa, livre e informada realizados com os povos indígenas que seriam afetados pelo projeto Belo Monte.

Em 17 de março o Estado Brasileiro respondeu ao pedido de informações acima descrito, e em 1º de abril de 2011, a CIDH outorgou a Medida Cautelar n° 382/2010, decidindo a favor dos membros das comunidades indígenas da bacia do Rio Xingu, no Pará, objetivando evitar danos irreparáveis às comunidades afetadas e ao meio ambiente, a decisão determinava que:

[...] *suspenda imediatamente o processo de licenciamento do projeto da Usina Hidroelétrica de Belo Monte* e impeça a realização de qualquer obra material de execução até que sejam observadas as seguintes condições mínimas:

- (1) *realizar processos de consulta*, em cumprimento das obrigações internacionais do Brasil, no sentido de que a consulta seja prévia, livre, informativa, de boa fé, culturalmente adequada, e com o objetivo de chegar a um acordo, em relação a cada uma das comunidades indígenas afetadas, beneficiárias das presentes medidas cautelares;

(2) garantir, previamente a realização dos citados processos de consulta, para que a consulta seja informativa, que *as comunidades indígenas beneficiárias tenham acesso a um Estudo de Impacto Social e Ambiental do projeto*, em um formato acessível, incluindo a tradução aos idiomas indígenas respectivos;

(3) *adotar medidas para proteger a vida e a integridade pessoal dos membros dos povos indígenas* em isolamento voluntário da bacia do Xingu, e para *prevenir a disseminação de doenças e epidemias* entre as comunidades indígenas beneficiárias das medidas cautelares como consequência da construção da hidroelétrica Belo Monte, tanto daquelas doenças derivadas do aumento populacional massivo na zona, como da exacerbação dos vetores de transmissão aquática de doenças como a malária. (grifo nosso)

Os peticionários que dirigiram a acusação alegaram que a vida e a integridade pessoal dos indígenas da área estariam em risco em decorrência da construção da usina e conforme pode ser observado, a decisão apesar de ser bastante coerente, é omissa em relação a outros pontos, ignorando, por exemplo, as demais comunidades que são afetadas pela construção, como a população ribeirinha, população extrativista e mesmo a população da cidade de Altamira, acabando por abranger apenas os indígenas.

Preleciona Siciliano²⁶ que a decisão buscou proteger cerca de 2.800 indígenas e acabou por ignorar a situação de cerca de 97.000 pessoas que também serão afetadas pelas obras, apontando que tal fato enfraqueceu a decisão, uma vez que a CIDH deveria ter usado de seu poder de investigação e de visitação para constatar que a questão não versava apenas sobre indígenas, que foram os únicos apontados na comunicação. A recomendação deu amparo para que a resistência à construção continuasse e ganhasse força, agora, auferindo respaldo internacional.

3.3 Posicionamento do Brasil Sobre o Caso

O governo possui uma posição bastante firme e aparentemente irreduzível sobre a viabilidade e necessidade da construção da usina. Sousa Júnior *et al*²⁷ explicam a justificativa do governo brasileiro para a implantação do projeto da Usina de Belo Monte, afirmando que:

²⁶ SICILIANO, op. cit.

²⁷ SOUSA JÚNIOR, et. al. op. cit., p. 47

O projeto se justifica, segundo o empreendedor, a partir da necessidade de implantação de oferta de energia em razão do crescimento econômico projetado para o país nos próximos anos. Assim, mediante conexão com o Sistema Interligado Nacional, a energia a ser gerada pela Usina Hidrelétrica de Belo Monte seria uma alternativa eficiente para complementar o sistema energético de regiões cujo potencial elétrico encontra-se praticamente esgotado. Outro aspecto bastante evidenciado para a implantação do empreendimento diz respeito à baixa densidade demográfica nas áreas a serem inundadas, proporcionando redução considerável nos impactos sociais.

Assim, objetivando suprir a demanda energética e se proteger do risco de apagões que assolaram o Governo de Fernando Henrique Cardoso, os governos seguintes de Luís Inácio e, posteriormente, Dilma Rousseff, têm voltado às atenções para a exploração do potencial hidrelétrico da Amazônia, o projeto de implantação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte foi impulsionado, se tornando um dos projetos centrais do programa do governo federal conhecido como Programa de Aceleração ao Crescimento – PAC.

Logo após se tomar conhecimento sobre a Medida Cautelar 382/10 referente à paralisação da Usina de Belo Monte, vários seguimentos do governo e da sociedade se posicionaram contra a decisão e proferiram ataques a CIDH e esta passou a ser interpretada como um óbice ao desenvolvimento do país. Quatro dias depois de a medida cautelar ser proferida pela CIDH, o Ministério das Relações Exteriores do Brasil – Itamaraty expediu uma nota da qual expunha:

O Governo brasileiro tomou conhecimento, com perplexidade, das medidas que a CmIDH de Direitos Humanos (CIDH) solicita sejam adotadas para ‘garantir a vida e a integridade pessoal dos membros dos povos indígenas’ supostamente ameaçados pela construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. O Governo brasileiro, sem minimizar a relevância do papel que desempenham os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, recorda que o caráter de tais sistemas é subsidiário ou complementar, razão pela qual sua atuação somente se legitima na hipótese de falha dos recursos de jurisdição interna. A autorização para implementação do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte foi concedida pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n.788/2005, que ressaltou como condição da autorização a realização de estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental, em especial ‘estudo de natureza antropológica, atinente às comunidades indígenas localizadas na

área sob influência do empreendimento’, com a devida consulta a essas comunidades. Coube aos órgãos competentes para tanto, IBAMA e FUNAI, a concretização de estudos de impacto ambiental e de consultas às comunidades em questão, em atendimento ao que prevê o parágrafo 3º do artigo 231 da Constituição Federal. O Governo brasileiro está ciente dos desafios socioambientais que projetos como o da Usina Hidrelétrica de Belo Monte podem acarretar. Por essa razão, estão sendo observadas, com rigor absoluto, as normas cabíveis para que a construção leve em conta todos os aspectos sociais e ambientais envolvidos. O Governo brasileiro tem atuado de forma efetiva e diligente para responder às demandas existentes. *O Governo brasileiro considera as solicitações da CIDH precipitadas e injustificáveis.* (grifos nosso)

Segundo pode ser auferido, o governo agiu com incomum repúdio a decisão da CIDH, afirmando ser esta precipitada e injustificável. No dia 5 de abril, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, também expediu uma nota sobre a decisão, afirmando que seu papel no licenciamento da obra foi cumprido, ressaltando que houve tradução dos estudos para as línguas indígenas, que devido sua atuação, houve mudanças no projeto original que reduziu os impactos, que houve audiências públicas, dentre outros pontos destacados. E em 25 de abril, o Estado brasileiro encaminhou uma resposta a CIDH sobre as referidas medidas cautelares, e em tom bastante incisivo requereu o fim do procedimento.

Nielmar Oliveira²⁸ reproduziu declarações proferidas na época por Édison Lobão, então Ministro de Minas e Energia, nele o ministro criticava a postura da OEA sobre Belo Monte e afirmou que “o governo brasileiro não precisa de mais fiscais para decidir o que deve ou não ser feito para aumentar a capacidade de geração de energia elétrica no país”. O poder legislativo também se manifestou e criticou a decisão, a Subcomissão do Senado, na pessoa de seu presidente Flexa Ribeiro, afirmou que a decisão era absurda, assegurou ainda que “a OEA está entrando numa questão que diz respeito à soberania do Brasil, não há sentido”, conforme informa artigo de Mariana Oliveira publicada no portal G1.

Cabe ainda destacar que a reação não permaneceu no campo da falácia, o governo adotou medidas que aparentemente serviram como retaliação a decisão e que podem ter influenciado uma futura reavaliação

28 OLIVEIRA, Nielmar de. *Ministro de Minas e Energia critica postura da OEA sobre Belo Monte*. Carta Capital, 07/04/2011. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/lobao-critica-oea-por-ingerencia-embelomonte/>>. Acesso em: 16 out. 2012.

da determinação, de acordo com Ventura e Cetra²⁹, o país passou a tomar atitudes contra o sistema interamericano, destacaram que:

Entre diversas medidas de retaliação, retirou a candidatura brasileira à eleição dos membros da CmIDH que ocorreram em junho de 2011.[...] Note-se, ainda, que Brasília chamou para consultas o Chefe da Missão Permanente do Brasil junto à OEA, Embaixador Ruy Casaes, e reteve o pagamento de sua cota anual de financiamento da OEA, estimada em 6 milhões de dólares, que seria equivalente a 6% do orçamento da organização. (grifo nosso)

As opiniões e atitudes acima destacadas demonstram o rechaço público e imediato nas mais diversas esferas governamentais. A decisão da CIDH causou alvoroço e mudou a reação do país, que anteriormente era de passividade quando às decisões do sistema interamericano, ocasionando uma série de ataques ao sistema, e depois, apresentando propostas de mudanças a alguns mecanismos do sistema, dentre eles, da Medida Cautelar, que não por coincidência, foi o procedimento utilizado na manifestação da decisão da CIDH sobre a Usina de Belo Monte.

Siciliano³⁰ abaliza dois fatores determinantes que acredita serem os motivos que levaram a tamanha reação. O primeiro deles seria uma mudança no padrão dos assuntos tratados pela CIDH, antes as decisões tratavam de casos de tortura e chacinas, por exemplo, passando posteriormente, a tratar de assuntos como proteção ao meio ambiente e proteção aos povos nativos. O segundo ponto seria o custo econômico que causaria ao se suspender as obras, que de fato seriam altíssimos e que não teriam sido levados em consideração quando da decisão tomada pela CIDH. Já Ventura e Centra³¹ apontam ainda outros motivos que possam ter gerado tamanha reação por parte do governo brasileiro, em suma apontaram:

Reconhecendo a multicausalidade da resposta brasileira, consideramos que outros três elementos podem ter predominado: a) uma espécie de “ação preventiva” quanto à reação internacional a futuras obras na Amazônia; b) o escasso custo político interno da reação, apoiado no desconhecimento generalizado sobre o SIDH, na fácil capilaridade de refrões nacionalistas e na pífia mobilização popular concernente à Belo Monte; c) a ideia de que, atualmente, “a OEA necessita mais do Brasil do que o Brasil da OEA”. (grifos das autoras)

29 VENTURA; CENTRA, op. cit., p. 42.

30 SICILIANO, op. cit.

31 VENTURA; CENTRA. op. cit., p. 47.

Dessa feita, em que pese todos os argumentos apontados que possivelmente justificariam a reação por parte do Brasil em relação à decisão da CIDH sobre a Belo Monte, certo é que a relação do país perante ao órgão sofreu mudanças, e mudanças preocupantes.

3.4 A Relação Abalada do Brasil com o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos

Cerca de três meses depois de ter determinado que se suspendessem as obras da usina, o que não foi acatado pelo governo e que gerou uma série de ataques públicos a decisão, em 29 de julho de 2011, a CIDH reavaliou a Medida Cautelar nº 382/10 e acabou suspendendo a decisão anterior de paralisação das obras, a decisão agora solicitava:

1) *Adote medidas para proteger a vida, a saúde e integridade pessoal dos membros das comunidades indígenas em situação de isolamento voluntário da bacia do Xingu, e da integridade cultural de mencionadas comunidades, que incluam ações efetivas de implementação e execução das medidas jurídico-formais já existentes, assim como o desenho e implementação de medidas específicas de mitigação dos efeitos que terá a construção da represa Belo Monte sobre o território e a vida destas comunidades em isolamento;*

2) *Adote medidas para proteger a saúde dos membros das comunidades indígenas da bacia do Xingu afetadas pelo projeto Belo Monte, que incluam (a) a finalização e implementação aceleradas do Programa Integrado de Saúde Indígena para a região da UHE Belo Monte, e (b) o desenho e implementação efetivos dos planos e programas especificamente requeridos pela FUNAI no Parecer Técnico 21/09, recém enunciados; e*

3) *Garantisse a rápida finalização dos processos de regularização das terras ancestrais dos povos indígenas na bacia do Xingu que estão pendentes, e adote medidas efetivas para a proteção de mencionados territórios ancestrais ante apropriação ilegítima e ocupação por não-indígenas, e frente a exploração ou o deterioramento de seus recursos naturais. (grifo nosso)*

A decisão ainda informava que a CIDH resolveu que o debate entre as partes envolvidas no que diz respeito “a consulta prévia e ao consentimento informado em relação ao projeto Belo Monte se transformou em uma discussão sobre o mérito do assunto que transcende o âmbito do procedimento de medidas cautelares”. Dessa forma, observa-se que a CIDH voltou atrás em sua decisão,

afirmando que uma deliberação anterior sobre o mérito da construção transcendia sua esfera de competência. Neste sentido, apontam Ventura e Cetra³²:

Com efeito, recentes decisões da CmIDH e da CrIDH têm irritado Estados como Brasil, Equador e Venezuela. Ao interpretar os compromissos convencionais de modo a pôr em xeque a legalidade de interesses políticos e/ou econômicos prioritários de governos, o SIDH acaba por incidir em disputas internas nas quais, não raro, há uma confrontação direta do governo com movimentos sociais, com a oposição ou com a opinião pública. *Ora, conformar-se ao controle de convencionalidade exercido pelo SIDH em relação a estas questões que ocupam, devidamente ou não, o primeiro plano na política interna, significaria aceitar o primado das normas de direitos humanos como critério de solução destes conflitos domésticos.* (grifo das autoras)

Em artigo recente sobre o tema, Carol Proner³³ assinala as críticas proferidas pelo então presidente do Equador, Rafael Corrêa, ao sistema. Em síntese, ele aponta três pontos críticos do sistema que merecem reformulação:

1) críticas de fundo, quanto às relações de dominação e de hegemonia conectadas ao contexto histórico da OEA; 2) críticas ao funcionamento da entidade e às incoerências entre participação e compromisso efetivo com o sistema de direitos humanos; 3) críticas quanto à incapacidade da CIDH de tratar das reais questões latino-americanas e continentais, as quais não necessariamente implicam o Estado como potencial agressor dos direitos humanos.

A autora dirige ainda demais críticas feitas ao sistema, que basicamente giram em torno da possível incapacidade do sistema de acompanhar as mudanças latino-americanas, que tratam de assuntos como a autonomia energética, aqui se justificaria o descontentamento do Brasil e a decisão da CIDH sobre a construção da Usina de Belo Monte, a mercantilização de bens e a liberdade de expressão incondicionada, que estariam sendo manipuladas pelo sistema como óbice ao desenvolvimento dos países latino-americanos.

Em que pese todas as críticas, alguns visivelmente justificáveis até, atitudes têm sido adotadas por alguns países, entre as mais recentes, em

32 VENTURA; CENTRA. op. cit., p. 32.

33 PRONER, Carol. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos precisa ser reformado?*. Julho de 2012. Disponível em: <http://www.amersur.org.ar/PolInt /Proner1206.htm>. Acesso em: 15 out. 2012. p. 1.

setembro de 2012, a saída da Venezuela com a denúncia do país à Convenção Americana foi encarada como um enfraquecimento ao sistema uma vista da importância econômica e política do país, assim reconhece Patrícia Nabuco Martuscelli³⁴ (2012), que ainda ressalta que o motivo da saída teria sido justificada pela deterioração do sistema e ainda o descontentamento com algumas condenações proferidas pela Corte IDH, que estariam indo de encontro com o movimento chavista. Um ponto de preocupação sobre o ocorrido é que esta posição pode ser adotada por outros países, transformando-se em um verdadeiro boicote ao sistema.

Carol Proner³⁵, ao contrário do que tem prelecionado alguns autores já anteriormente mencionados, desacredita na existência de uma crise do Brasil com o sistema e chega a apontar que este é um momento positivo de mudanças e reavaliações de alguns mecanismos que precisam de melhoramentos, em face do momento em que atravessam os países latino-americanos, em uma visão bastante positiva afirma que:

O governo brasileiro parece adotar uma posição firme e coerente no sentido de seguir confiando nas virtudes de um sistema independente e autônomo de supranacionalidade, mas, ao mesmo tempo, reivindica reformas e aprimoramentos que, conforme decisão do Conselho Permanente na 42^a Sessão, deverão ser pensadas ao longo do segundo semestre com vistas a serem implementadas a partir de 2013. Trata-se de um período importante para o debate, um novo momento para o sistema interamericano de proteção de direitos humanos, que poderá se renovar não apenas quanto ao mandato e as competências, mas também quanto à principiologia, a razão de ser de um sistema forjado no contexto da Guerra Fria e que vive sob a influência do que se tem chamado de novo constitucionalismo latino-americano e o compromisso emancipatório com a democracia, os direitos fundamentais e a superação do neocolonialismo.

Já Centra e Ventura³⁶ acreditam que as atuais propostas de mudança no sistema feitas pelos governos devem ser analisadas com cautela,

34 MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. *A denúncia venezuelana: um retrocesso no Sistema Interamericano de Direitos Humanos?*. Disponível em: <<http://www.mundorama.net/2012/10/02/a-denuncia-venezuelana-um-retrocesso-no-sistema-interamericano-de-direitos-humanos-por-patricia-nabuco-martuscelli/>>.

35 PRONER, op. cit., p. 1.

36 VENTURA, Deísy; CENTRA, Raísa. *O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos*: De Maria da Penha a Belo Monte. Texto apresentado no Seminário Internacional "Limites e Possibilidades da Justiça de Transição – Impunidade, direitos e democracia" (Porto Alegre, 2/04/2012). Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/Ventura%20Centra%20O%20Brasil%20e%20o%20SIDH%202012%20\(2\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/Ventura%20Centra%20O%20Brasil%20e%20o%20SIDH%202012%20(2).pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2012. p. 52.

afirmando que “é evidente que as vítimas e as organizações reconhecem os limites e defeitos do sistema, e teriam valiosas propostas para o seu aperfeiçoamento. No entanto, as atuais propostas de reforma do SIDH parecem obedecer a outros interesses”.

Esse parece ser o ponto central da discussão, uma vez que as propostas de mudanças parecem ser voltadas para interesses que se afastam do real papel e mesmo da proposta inicial do sistema, em suma, a proteção aos Direitos Humanos. É notável que como instituições complexas como a CIDH e a própria Corte IDH, mudanças e aperfeiçoamentos devem ser constantes, mas ressalta-se aqui que, desde que sejam para serem fortalecidas.

4 CONCLUSÃO

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, por mais de 50 anos, tem sido uma instituição que tem desenvolvido e garantido o respeito aos direitos humanos ao povo americano. É notório que, hoje, a referida instituição sofre prenúncios de uma crise em decorrência, principalmente, no que diz respeito às Medidas Cautelares que vem propondo, e, portanto, o sistema como um todo está sendo pressionado ao implantar reformas internas, isso porque suas decisões têm gerado descontentamento de alguns Estados Membros.

Os mais diversos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos surgiram justamente da necessidade de se conter arroubos de desrespeitos a pessoa humana, ainda sobre o agravante de serem acobertados, muitas vezes, sobre o manto da legalidade. O que se observa é que os Direitos Humanos continuam sendo desrespeitados, e mais uma vez se busca amparo legal para que isso ocorra, justificando-se quase sempre em fins econômicos, os meios escusos adotados por partes de Estados violadores, tudo em prol do desenvolvimento.

No caso do Brasil, a Medida Cautelar nº 382/10 proferida pela CIDH, que recomendou a paralisação das obras da Hidrelétrica de Belo Monte gerou descontentamento e repúdio público por parte do governo e de alguns seguimentos sociais, por outro lado, a medida foi ovacionada e, igualmente, foi motivo de esperanças para muitos brasileiros que lutavam contra a obra. As consequências foram tantas, que o Estado chegou a tomar providências para que a medida fosse reavaliada pela CIDH e passou a propor mudanças dentro do sistema, sendo acompanhado de outros países, como Venezuela e Equador, que de igual forma, estavam descontentes com a atuação dos órgãos do sistema.

O direito humano ao desenvolvimento, classificado como típico direito de 3º geração, na ordem dos direitos de solidariedade, e que vai muito além do mero desenvolvimento econômico, tem recebido atenção de organismos internacionais, em vista dos desafios para sua prática ante os esforços de se conjugar os demais Direitos Humanos envolvidos. O empreendimento Hidrelétrico de Belo Monte, além de ser um grande projeto que objetiva o desenvolvimento para uns, é sinal de afronta a direitos de outros, como no que se refere aos direitos dos povos indígenas.

Segundo foi corroborado ao longo do trabalho, a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, desde seus prenúncios, possui irregularidades que saltam aos olhos, e embora o país necessite de novas fontes de geração de energia para ter ao alcance o tão sonhado desenvolvimento econômico, bem como o progresso, a subversão de direitos de povos que já possuem um histórico de exploração de suas terras e sua cultura, somado a questão ambiental que tanto gera preocupação, e a tantas outras irregularidades apontadas, resulta em um preço muito alto em termos de custos e benefícios para os brasileiros.

O caso de Belo Monte é um exemplo claro de proposta governamental de desenvolvimento em choque com a preservação do meio ambiente, com o agravante de envolver o direito de minorias, no caso, principalmente dos indígenas. Alcançar o desenvolvimento e de igual forma se respeitar a vigência de Direitos Humanos dos povos afetados ante a ambientalização do discurso de desenvolvimento econômico, que hoje está em voga, é um desafio que aparentemente não está sendo dado a devida atenção por parte do governo brasileiro, que embora venha tomando medidas paliativas, ainda está longe de afastar as acusações que lhe são dirigidas, principalmente por parte da ONGs que lutam pelos Direitos Humanos.

Em meio a tantas polêmicas, a obra encontra-se em andamento, entretanto, os conflitos permanecem, o impacto na vida dos indígenas, ribeirinhos, extrativistas e na população da cidade de Altamira já são sentidos e, apesar das medidas apaziguadoras, o sentimento de incerteza continua a rondar o caso. Ambientalistas e grupos de apoio seguem agora buscando amenizar as consequências de um processo de construção que pelo ponto que atingiu já causou impactos irreversíveis na vida e na paisagem local.

A resistência por parte do governo brasileiro à Medida Cautelar que determinou a paralisação da obra é legítima, o Estado possui a

faculdade de resistir ou mesmo expor seu descontentamento, mesmo tendo aceitado previamente o alinhamento ao sistema e ratificado muitos instrumentos legais de suporte como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos. No entanto, desqualificar o papel de uma instituição internacional e adotar medidas para enfraquecê-la ou modificá-la, de acordo com seus interesses, ultrapassam esse poder legítimo de resistência, transformando-se em uma arbitrariedade que merece ser vista com toda cautela possível.

Ressalta-se, pois, que as críticas positivas que levem ao fortalecimento do sistema, estas sim, merecem prosperar e serem consideradas em caso de modificações que levem ao fortalecimento da instituição, bem como do sistema em seu todo, ao contrário das críticas que levam ao enfraquecimento e até ao boicote, que não condizem a outro caminho que não a ruína e descrédito do sistema. Falhas no sistema existem, principalmente no que diz respeito à questão orçamentária, que é um ponto comum em relação às críticas, necessitando ser reavaliado, mas estas falhas não podem ser sopesadas em face de governos que visivelmente têm assumido características de governos autoritários, como quando estes questionam o direito de liberdade de expressão da imprensa de seu país e objetivam que o sistema reconheça o tolhimento de tal direito, buscando amparo legal e internacional.

Não se pode olvidar, que por diversas vezes, o sentimento de justiça só foi sentido quando discussões internacionais foram suscitadas. Certo é que os casos de violações aos Direitos Humanos que chegam a esses organismos internacionais são apenas uma pequena parcela das atrocidades que um Estado pode cometer ou mesmo se omitir diante do seu próprio povo, porém há de se reconhecer que o pouco que pode ser feito é muito para quem busca que seu direito seja respeitado. Há de se reconhecer também os avanços em matéria de Direitos Humanos que o sistema tem proporcionado, muitas políticas públicas, leis, indenizações, por exemplo, só foram efetivadas por meio de determinações de órgãos do Sistema Interamericano.

Em que pese todas as dificuldades apontadas, críticas e desafios a serem superados, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos continua a desenvolver seu papel crucial de levantar questões de Direitos humanos e chamar atenção para os casos de violação, além do desconforto gerado e dos debates suscitados, por se só, já constituem um avanço e uma maneira de se buscar alternativas de solução e proteção.

Por todo o exposto, o estudo consentiu alcançar seus objetivos, bem como confirmou a hipótese proposta inicialmente, qual seja, que

o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é de extrema importância no cenário americano, as críticas e a proposta de mudanças devem ser encaradas com cautela e, de igual forma, o governo brasileiro deve ter cautela ao direcioná-lo críticas, desrespeitá-lo publicamente ou apoiar certas propostas de mudanças, mesmo sopesando interesses políticos e econômicos, há uma clara razão para a existência do sistema, que impreterivelmente protege o valor da dignidade humana, que independe e sobrepõe qualquer outro interesse, ou ao menos deveria sobrepor, e é por isso que muitos lutaram e continuarão a lutar.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

AMORIN, Celso. *O Brasil e os Direitos Humanos: em busca de uma agenda positiva*. Política Externa, v. 18, n. 2, 2009.

BARROS, Thiago Almeida; RAVENA, Nírvia. Representações sociais nas audiências públicas de Belo Monte: do palco ao recorte midiático. Trabalho apresentado ao Grupo de Trabalho 5 – Comunicação e sociedade civil – do IV Encontro da Compólitica, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 13 a 15 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/thiago-almeida-barros.pdf>>.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03 jul. 2012.

_____. *Projeto de Lei nº 4667 de 2004*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=273650>>. Acesso em: 07 set. 2012.

_____. Ministério das Relações Exteriores - ITAMARATY. *Solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da OEA. Nota à imprensa nº 142*. Brasília, 5 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/solicitacao-da-comissao-interamericana-de-direitos-humanos-cidh-da-oea>>. Acesso em: 09 set. 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro Bases para sua Compreensão*. São Paulo: Édipo, 2001.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Estatuto Da Comissão Interamericana De Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/t.Estatuto.CIDH.htm>>. Acesso em: 03 jun. 2012.

_____. *Medida Cautelar nº382/10*. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Regulamento Da Corte Interamericana De Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/RegulamentoCorteNov2009.port.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. *A denúncia venezuelana: um retrocesso no Sistema Interamericano de Direitos Humanos?*. Disponível em: <<http://www.mundorama.net/2012/10/02/a-denuncia-venezuelana-um-retrocesso-no-sistema-interamericano-de-direitos-humanos-por-patricia-nabuco-martuscelli/>>.

MONTEIRO, Telma. *Belo Monte é a forma de viabilizar definitivamente a mineração em terras indígenas*. Publicado em 12 de set. de 2012. Disponível em: <http://www.correiocidadania.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7608:manchete110912&catid=34:manchete>. Acesso em: 28 out. 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OEА. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/carta.htm>>. Acesso em: 03 jun. 2012.

_____. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 03 jul. 2012.

_____. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.ht>. Acesso em: 03 jul. 2012.

_____. *Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/t.Estatuto.CIDH.htm>>. Acesso em: 03 jun. 2012.

_____. *Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>>. Acesso em 03 de jul. de 2012.

OLIVEIRA, Simone Lavelle Godoy de. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a formulação de políticas públicas*. Santos, 2010, p.224. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Mestrado em Direito, Universidade Católica de Santos. Disponível em: <http://biblioteca.unisantos.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2010-0805T124818Z272/Publico/Simone%20Lavelle%20de%20Oliveira.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2012.

OLIVEIRA, Nielmar de. Ministro de Minas e Energia critica postura da OEA sobre Belo Monte. *Carta Capital*, 07/04/2011. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/lobao-critica-oea-por-ingerencia-embelomonte/>>. Aceso em: 16 out. 2012.

PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. Cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito interno. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 67,01/08/2009[Internet]. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6491>. Acesso em: 27 mar. 2012.

PIOVESAN. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRONER, Carol. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos precisa ser reformado?*. Julho de 2012. Disponível em: <<http://www.amersur.org.ar/PolInt/Proner1206.htm>>. Acesso em: 15 out. 2012.

RAVENA, Nírvia; TEIXEIRA, Eliana Franco. Usina de Belo Monte: quando o desenvolvimento viola direitos. *PONTO DE VISTA*, n° 10, outubro 2010. Disponível em: <http://neic.iesp.uerj.br/pontodevista/pdf/Ponto_de_vista_01outubro2010.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2012.

SICILIANO, André Luiz. *O caso de Belo Monte na Comissão Interamericana de Direitos Humanos: análise em dois níveis*. São Paulo, outubro de 2011. Disponível em: [http <://www.slideshare.net/alsiciliano/artigobelo-monte-na-cidh>](http://www.slideshare.net/alsiciliano/artigobelo-monte-na-cidh). Disponível em: 1 out. 2012.

SOUSA JÚNIOR, Wilson Cabral; REID, John; LEITÃO, Neidja Cristine Silvestre. *Custos e Benefícios do complexo hidrelétrico Belo Monte: uma abordagem econômico-ambiental*. 4. ed. Lagoa Santa: Série Técnica, 2006.

TAVARES, Francisco de Assis Maciel. *Ratificação de Tratados Internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VENTURA, Deisy; CENTRA, Raísa. *O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de Maria da Penha a Belo Monte*. Texto apresentado no Seminário Internacional “Limites e Possibilidades da Justiça de Transição – Impunidade, direitos e democracia” (Porto Alegre, 2/04/2012). Disponível em: [http://www.conectas.org/arquivos/Ventura% 20Cetra%20O%20Brasil%20e%20o%20SIDH%202012%20\(2\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/Ventura%20Cetra%20O%20Brasil%20e%20o%20SIDH%202012%20(2).pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2012.

RECEBIDO EM: 05/01/2016

APROVADO EM: 24/05/2016

RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO EXISTENCIAL

LIABILITY AND DAMAGE EXISTENTIAL

Poliana Vanucia de Paula Albuquerque

Mestranda em Direito Constitucional e Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade de Fortaleza. Advogada e Professora UNIFOR

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves considerações sobre a responsabilidade civil; 2 Dano moral na concepção civil constitucional uma abordagem a luz do principio da dignidade da Pessoa Humana; 3 Dano existencial; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Objetivando realizar uma abordagem acerca da evolução da responsabilidade civil o estudo proposto pretende analisar o conceito, requisitos, características e princípios que circundam o instituto do dano existencial, promovendo sua melhor compreensão nas relações privadas, descrevendo ainda, as diferenças com outros tipos de danos extrapatrimoniais e a possibilidade de cumulação com os mesmos. Nesse contexto não se pode olvidar que o princípio da dignidade humana na aplicação dessa espécie de dano, tem fator determinante, pois com a expansão da idéia de Direito Civil Constitucional o dano moral evoluiu de forma a salvaguardar direitos inerentes ao ser humano, quais sejam os direitos da personalidade. Assim, o dano existencial tem o foco inicial na premissa civilista e constitucional, na qual o indivíduo é ferramenta central. Ressalta-se ainda que o tema ainda é pouco explorado na doutrina brasileira, entretanto, no Direito comparado já existem diversos estudos, sendo sua origem atribuída ao Direito Italiano. Nesse sentido pela escassa exploração na doutrina brasileira esse artigo busca fazer uma análise sobre a temática, contribuindo para estreitar os debates e estudos.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Dano Moral. Dignidade da Pessoa Humana. Dano Existencial.

ABSTRACT: Aiming to realize an approach about the evolution of civil responsibility. This study propose to analyze the concept, requirements, characteristics and principles that surround the institution of existential injury, promoting the better understanding in private relationships, still describe, the differences with other types of off-balance sheet injury and the possibility of overlapping with the same. In this context can not forget that the principle of human dignity in the application of this kind of injury, there is a decisive factor for the expansion of the idea of Civil Law Constitutional the moral injury evolved to safeguard the inherent to the human duties, independently the duties of personality. Then, the existential jury have early focus in the part-civil law and constitutional, in which the individual is central tool. It is noteworthy that the subject is still little explored in the Brazilian doctrine, however, in comparative law there are several studies, which attributed its origin to the Italian Law. Accordingly limited exploration in the Brazilian doctrine this article propose to do an analysis on the subject, helping to narrow the debates and studies.

KEYWORDS: Civil Responsibility. Moral Damage. Dignity of the Human Person. Existential Damage.

INTRODUÇÃO

A evolução das relações sociais, culminando com a valorização e intensificação da proteção do indivíduo na sociedade é um fenômeno interdisciplinar e que perpassa o estudo aprofundado de diversas vertentes, tais como a economia, a sociologia, a administração e o direito.

Nesse contexto a responsabilidade civil mostra-se em constante estado de evolução, uma vez que, ao longo de toda sua dinâmica e crescente ascensão principiou-se com a total irresponsabilidade do indivíduo culminado atualmente com a teoria da responsabilidade objetiva, mais especificamente a teoria do risco.

A idéia de responsabilidade civil, portanto, teve sua origem no direito romano com a interpretação da *Lex Anquiliana*, que trazia em seu bojo a responsabilidade de reparação de danos injustamente provocados sem necessariamente existir vínculo obrigacional.

Nas relações sociais, por vezes, algumas pessoas exercem seus direitos de forma abusiva, podendo invadir a seara de bens jurídicos alheios, causando prejuízos e danos aos titulares desses direitos.

Comportamentos desse alvedrio caracterizam o dever de indenizar que está disposto na legislação civil brasileira, situado no campo da responsabilidade civil, podendo ter repercussões materiais e imateriais.

Desta feita tratando-se de um tema bastante recente na doutrina civilista brasileira, justifica-se esse ensaio na busca de realizar um estudo aprofundado sobre o dano existencial, quais suas repercussões e sua aplicabilidade nas relações privadas, delineando sua principiologia, características e requisitos e informando ainda, qual o posicionamento da jurisprudência brasileira quanto ao tema.

Quanto à metodologia do trabalho utilizou-se da pesquisa bibliográfica por meio da análise e leitura de obras que tratam do tema de forma direta ou indireta. Trata-se também, de pesquisa, quanto à utilização dos resultados, pura, e, quanto à abordagem, qualitativa, na medida em que busca a ampliação dos conhecimentos e melhor compreensão do problema apresentado. Caracteriza-se a pesquisa, ainda, quanto à finalidade, como descritiva, explicativa e exploratória, pois, objetiva-se descrever o dano existencial e suas repercussões nas relações privadas partindo-se de um pressuposto histórico e evolutivo da responsabilidade civil.

Portanto, primeiramente, e promovendo uma compreensão mais complexa acerca do tema será realizada uma abordagem da evolução da responsabilidade civil com a descrição das várias espécies de danos. Em seguida, far-se-á breves considerações acerca do princípio da dignidade humana e sua importância nas relações privadas, sobretudo na constituição da acepção moderna de dano moral, e, por fim, será realizada uma abordagem acerca do dano existencial através de uma análise jusfilosófica culminando com o delineamento de seu conceito, características, repercussão e posicionamento da jurisprudência brasileira.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem como principal fundamento à punição para aquele que causa dano a alguém e, por conseguinte, o ressarcimento pecuniário do referido ato. Portanto, a primeira noção de responsabilidade civil é o dever de reparação.

Com o crescente progresso da humanidade e o grande avanço de tecnologias, as mutações nas relações privadas muitas vezes são mais céleres do que o legislador possa acompanhar e, dessa forma, o nosso ordenamento jurídico, sobretudo após a promulgação do Código Civil de 2002, se socorreu do conteúdo de cláusulas gerais, cabendo, em alguns casos, ao interprete aplicar técnicas de hermenêutica constitucional para melhor subscrever a regra ao caso concreto, inclusive na seara da responsabilidade civil.

Nesse sentido assevera Maria Celina Bodin:¹

As profundas transformações ocorridas na responsabilidade civil, ramo do direito civil, que apresenta grandes desafios aos juristas, devem ser enfrentadas a partir da aplicação direta e imediata de normas constitucionais. De fato, somente a perspectiva constitucionalizada é capaz de oferecer respostas às complexas indagações presentes no direito dos danos contemporâneos.

Anteriormente a doutrina acerca da responsabilidade civil se pautava, sobretudo nos direitos patrimoniais, com profunda herança oitocentista, entretanto, atualmente passou-se a considerar a dignidade da pessoa humana como influência de ponderação do dever de ressarcimento. Essa repercussão e seus efeitos serão melhor analisados no item seguinte.

1 MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v.9, n.29, p. 233 a 258, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/ac_direito/Bodin_n29.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2014.

Como é sabido no ordenamento jurídico brasileiro a previsão da responsabilidade civil encontra-se, na Constituição Federal de 1988, no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, art. 5.º, V, “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, e no inc. X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Esses dois incisos prescrevem a ocorrência da indenização por danos.

No Código Civil a previsão encontra-se no art. 186: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, e no art. 927 “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Com a leitura desses dois dispositivos é possível concluir que a cumulação de danos é perfeitamente conciliável.

A responsabilidade civil, portanto, é instituto criado para diminuir os efeitos de condutas que atentam contra os bens materiais e/ou morais de um indivíduo, restaurando-os ao estado inicial, se possível. É ainda instituto que promove a paz e harmonia nas relações sociais.

A responsabilidade civil classifica-se em objetiva e subjetiva. A subjetiva tem como fundamento a ocorrência da culpa em sentido amplo, enquanto a objetiva tem como fundamento a teoria do risco, ou seja, o agente deve responsabilizar-se por eventuais danos ocasionados pela atividade que pratica.

Para a ocorrência do dever de indenizar, é preciso que concorram três pressupostos fundamentais: conduta, dano e nexa causal. A seguir comentar-se-ão sucintamente os citados pressupostos para nortear o objetivo do presente ensaio.

Primeiramente, de uma verificação superficial dos citados pressupostos, começa-se com a análise da conduta e, para tanto, transcreve-se a definição de Maria Helena Diniz² como: “o ato humano comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente, ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que causa dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.”

Para referida autora, a conduta pode ser positiva ou negativa, lícita ou ilícita, praticada de forma direta ou indireta, com a potencialidade de

2 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil - responsabilidade civil*. v. 7, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 233..

causar dano a alguém. Do referido conceito, ainda é possível se extrair que a conduta deverá ser voluntária e imputável, ou seja, deve ser praticada sem amparo de nenhuma excludente e atribuída a alguém civilmente imputável.

Dessa forma, é de se concluir que o estado de necessidade, o exercício regular de um direito e a legítima defesa, regra geral elide a responsabilidade de ressarcimento. Ainda podem elidir a responsabilidade, regra geral, a menoridade, a demência e a anuência da vítima. Entretanto, cumpre salientar que com a figura da responsabilidade indireta pode subsistir o dever de indenizar nesses últimos casos.

Ainda no que diz respeito à conduta, esta pode ser analisada sob o prisma da culpa em sentido amplo, a qual abrange a culpa propriamente dita representada negligência, imprudência e imperícia e o dolo representado pela intenção de causar o dano.

Assim sendo, o dano é a concretude do prejuízo experimentado por um indivíduo que sofreu os efeitos da conduta praticada pelo agente. Ocorre que a doutrina ensina que o dano deve ser indenizável, ou seja, deve possuir alguns requisitos para ocorrer à reparação do prejuízo, como, por exemplo, a diminuição do bem patrimonial ou moral do indivíduo, certeza do dano, relação entre a conduta e o dano, subsistência do dano e ausência de exclusão de responsabilidade.

O dano pode ser material ou moral, ou para alguns doutrinadores dano patrimonial e dano extrapatrimonial. De forma sucinta, pois a esse breve ensaio não foi dado como prioridade, o dano material, se afigura como aquele em que a afetação ao patrimônio do indivíduo é calculada de forma pecuniária baseando-se nos limites dos danos emergentes e lucros cessantes, conforme constam no art 402 do Código Civil Brasileiro.

Introduzindo o assunto, uma vez que, no tópico seguinte será realizado estudo pormenorizado acerca do tema, o dano moral na definição trazida por Silvio de Salvo Venosa³ significa:

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí pó que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa do dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável.

3 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil - responsabilidade civil*. 6. ed. v. 4, São Paulo: Atlas, 2005. p. 47.

Trata-se de prejuízo de difícil identificação e aferição. Muitos doutrinadores, afirmam que o dano moral é o dano da alma, o que de fato acredita-se ser bastante filosófico e subjetivo.

Os direitos de personalidade são o núcleo de existência do dano moral, pois na maioria dos casos incide a dor psíquica sobre referidos direitos, sendo a jurisprudência farta, no sentido de atribuir lesão e dever de indenizar nos casos de infração aos direitos da imagem, privacidade, honra, entre outros.

A dor moral deve ser analisada de acordo com cada caso, mas é pacífico nos Tribunais brasileiros que o simples fato de o indivíduo se aborrecer não configura referido dano.

Importante salientar que Silvio de Salvo Venosa⁴ elucida as espécies de dano moral: o dano psíquico é modalidade inserida na categoria de danos morais, para efeitos de indenização. O dano psicológico pressupõe modificação de personalidade, com sintomas palpáveis, inibições, depressões, bloqueios etc.

O dano psicológico comentado pelo citado autor é compatível com o dano sofrido pelo trabalhador quando vítima de assédio moral no trabalho, sendo o assédio moral figura conhecida universalmente e por isso tem várias terminologias, a saber: *mobbing*, *harcèlement moral*, entre outras, sendo conceituado como uma conduta molestadora e constante que atenta contra a saúde mental de um indivíduo em um ambiente determinado, mais comumente o ambiente laboral.

A aferição do dano moral, como já dito, é bastante complexa, uma vez que permeia a seara valorativa de cada indivíduo. Portanto, o critério a ser adotado para julgar tal conduta seria mais de cunho educativo, ou seja, o agente que pratica o dano será penalizado de forma a disciplinar e no propósito de adequar sua conduta faltosa aos valores éticos e morais aceitáveis por uma sociedade.

Por fim, o último pressuposto para a ocorrência da responsabilidade civil é o nexo causal. Em um conceito sintético, o nexo causal é o elo existente entre a conduta e o resultado causado pelo agente.

Complementa referida definição Silvio de Salvo Venosa:⁵

⁴ VENOSA, op. cit., p. 49.

⁵ *Ibidem*, p. 53.

O conceito de nexa causal, nexa etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável.

Tanto na responsabilidade objetiva quanto na responsabilidade subjetiva, deverá existir a relação de causalidade, sendo, como já dito, indispensável para a caracterização do dano.

Entretanto, o nexa causal poderá ser excluído nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior.

Após esses comentários preliminares acerca dos aspectos gerais da responsabilidade civil, seguir-se-á com os estudos sobre o dano existencial, perpassando, entretanto no próximo tópico especificamente sobre o dano moral e a dignidade da pessoa humana.

2 DANO MORAL NA CONCEPÇÃO CIVIL CONSTITUCIONAL UMA ABORDAGEM A LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana erigida pela Constituição Federal como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, no seu art 1º, consolidou a proteção máxima ao indivíduo buscando através dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade salvaguardar valores para uma existência minimamente digna contra possíveis ofensas a direitos praticados pelo Estado e pelos próprios particulares.

Para Ingo Sarlet:⁶

O Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e nesse ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material.

Desta feita o princípio da dignidade da pessoa humana é corolário para todos os demais princípios, sendo de observância obrigatória para

6 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 64.

o intérprete do Direito, seja no âmbito das relações entre o Estado e o indivíduo, seja no âmbito das relações entre indivíduos.

Esse princípio representa uma evolução humanística e cultural, que o legislador posicionou como de máxima relevância no ordenamento jurídico pátrio. Não se pode olvidar que todos os ramos do Direito devem perpassar pela análise desse princípio.

Maria Celina Bondin aponta que⁷

A consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da Republica Federativa do Brasil, no art 1º, III da CF, dispositivo inicialmente observado com ceticismo, hoje é reconhecidamente uma conquista determinante e transformação subversiva de toda a ordem jurídica privada.

Nesse cenário a responsabilidade civil, passou por uma releitura em função do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito das relações privadas, que centralizou a idéia de tutelar a pessoa e seus valores.

Essas profundas transformações nas relações sociais, bem como, a relevância dada ao princípio da dignidade da pessoa humana, desencadearam, portanto uma nova visão acerca da responsabilidade civil no Brasil, sobretudo quanto à questão do elemento dano. Passou-se a visualizar mais espécies de danos indenizáveis, dentre eles os danos extrapatrimoniais, imateriais, ou simplesmente os danos morais.

Eugenio Facchini⁸ aponta que, na evolução do conceito de dano moral, passou por três concepções: concepção tradicional; concepção crítica e concepção constitucional.

Sucintamente a concepção tradicional Eugenio Facchini⁹ define o dano moral como sendo todo aquele não patrimonial, conceito “guarda chuva”. A premissa do conceito esta na negação, ou melhor, na exclusão de aferir o que o dano moral não seria. Essa concepção bastante aberta e

7 MORAES, op. cit., p. 234.

8 NETO. Eugenio Facchini. Danos Existenciais: “Precificando Lágrimas?.” *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n.12, p. 229-268, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/408>>. Acesso em: 13 nov. 2014

9 Ibidem.

sem maiores critérios deixou ao julgador a difícil função de mensurar o que seria dano moral, sendo, portanto, insuficiente.

Na concepção crítica que foi considerada para alguns autores um progresso, entende-se como dano moral aquele que a lesão é aferida conforme usa repercussão na vida da vítima. Eugenio Facchini (2012) define como sendo dano moral “o efeito não patrimonial da lesão de direito, bem ou interesse; e não a própria lesão, abstratamente considerada”. Entretanto, esse conceito, apesar de demonstrar um significativo progresso, não restou suficiente, pois mais uma vez deixava a cargo da discricionariedade do julgador a aferição desse dano moral.

Em seguida a concepção constitucional, acompanhando o movimento civilista constitucional reinante na doutrina e jurisprudência brasileira passou a definir dano moral em uma perspectiva dos direitos de personalidade, sobretudo, sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana. Dano moral, a partir dessa concepção seria “aquele que, independentemente do prejuízo material, fere direitos da personalidade, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza a pessoa, tal como a liberdade, a honra, a reputação, o nome, a imagem etc.” (Eugenio Facchini. 2012)

Maria Celina Bondin¹⁰ traz um conceito que coaduna com essa significação, para a autora, dano moral seria a lesão a dignidade da pessoa humana.

Diante dos conceitos, acima descritos, é inconteste que o dano moral expandiu seu conteúdo propiciando a elasticidade de sua repercussões no ordenamento brasileiro. A partir dessa evolução, não se pode considerar apenas o dano moral em seu sentido estrito, como sendo uma dor passageira e emocional que atinge o estado anímico da pessoa. Parte-se para um sentido mais amplo de dano moral que está intrinsecamente ligado a dignidade da pessoa humana, como o caso do dano existencial.

O dano moral, portanto, superou a tese que considerava que o dever de indenizar era devido se houvesse repercussão patrimonial, indo além da doutrina que o considerava como apenas a dor psíquica do indivíduo. Como dito anteriormente, é um avanço humanístico e cultural que a sociedade impõe e necessita.

A V Jornada de Direito Civil traz em seu enunciado 445, a expressão desse pensamento, consolidando uma interpretação condizente com a

10 MORAES, op. cit., p. 246.

realidade quando afirma que “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

Nesse sentido a responsabilidade civil, quanto à configuração do dano moral, transcende os limites psicofísicos, e permeia os direitos de personalidades e direitos fundamentais, em tudo, coadunando com os postulados do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em suma, ao intérprete jurídico cabe a observância máxima dos princípios constitucionais, tornando eficaz a proteção ao bem-estar do indivíduo, sendo esse sentido amplo de dano moral a postura mais condizente com a realidade.

3 DANO EXISTENCIAL

Na conjectura moderna do alcance da evolução da doutrina da responsabilidade civil, abandonou-se a visão absoluta e primária que erigia o patrimônio como centro da motivação da responsabilidade e prestigiou-se a figura da pessoa como bem em destaque a ser tutelado. Dessa forma a doutrina passou a buscar na existencialidade e definição do ser humano, a projeção para mensurar e desenvolver a teoria dos danos extrapatrimoniais.

É nesse contexto que o dano existencial, passou a ganhar espaço, tendo sua origem na jurisprudência italiana, alcançando, dentre outras doutrinas de destaque, a peruana que foi além e cunhou o que Carlos Fenandez Sessarego¹¹ denominou de dano ao projeto de vida. No Brasil, nossos Tribunais já se manifestaram sobre esse tipo de dano -dano existencial-, sendo a Justiça do Trabalho sua percussora. Entretanto, o estreito desenvolvimento científico e acadêmico da tese ainda não foi robusto no sentido de promover a autonomia desses dois tipos de dano, sendo os mesmos tratados conjuntamente.

Oportuno, antes de explorarmos as questões conceituais do dano existencial e sua diferença com os demais danos, sobretudo com o dano ao projeto de vida, fazer uma incursão jusfilosófica acerca da pessoa humana nas duntas lições Carlos Fenandez Sessarego, cuja tese é adota pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

11 SESSAREGO, Carlos Fernández. El daño ao proyecto de vida. Portal de Información y Opinión Legal, *Revista Foro Jurídico*, Facultad de Derecho da Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, n. 50, dez. 1996. Disponível em: <Vhttp://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF> . Acesso em: 07 abr. 2016.

Partindo-se de uma premissa humanista e promovendo uma investigação existencialista da pessoa humana e seu projeto de vida Sessarego¹², aponta que é primordial alcançar os meandros conceituais do que é humano em sua liberdade, temporalidade e coexistencialidade para entender a repercussão desse dano e sua aplicabilidade na ciência do Direito.

Sessarego¹³ esclarece que a pessoa não é entendida como instrumento: “La persona es considerada como un fin en sí misma y no como un mero instrumento”. A pessoa humana é livre para conduzir seus projetos de vida, suas escolhas e erigir comportamentos que vão promover a sua sociabilização, significando ou mesmo re-significando a sua capacidade existencial.

Kant pontua a mesma ideia¹⁴: “o homem – e de modo geral todo ser racional – existe como fim em si mesmo, não meramente como meio à disposição desta ou daquela vontade para ser usado a seu bel prazer”.

Ainda nas lições de Sessarego¹⁵, o ser humano frente a sociedade almeja sua realização existencial, entretanto quando sua liberdade fenomênica é obstacularizada, perde-se o sentido da vida, a razão de viver. Nesse caso o dano ao projeto de vida é que deve ser tutelado e protegido.

Nessa linha evolutiva é que o surgimento de várias espécies de danos imateriais permitem um estudo coeso com a realidade, com foco na pessoa humana abarcando sua perspectiva existencial e não restringindo-se a visão conceitual consolidada de dano moral.

Dessa forma cabe perquirimos o que é dano existencial? Qual sua semelhança e diferença em relação ao dano moral e o dano ao projeto de

12 SESSAREGO, Carlos Fernández. Apuntes Sobre el Daño a la Persona. Portal de Información y Opinión Legal, *Revista Foro Jurídico*, Faculdade de Derecho da Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 4-14, nov. 2001. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF> . Acesso em: 07 abr. 2016.

13 SESSAREGO, Carlos Fernández. Apuntes Sobre el Daño a la Persona. Portal de Información y Opinión Legal – Revista Foro Jurídico – Faculdade de Derecho da Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 3, nov. 2001. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF> . Acesso em: 07 abr. 2016.

14 KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009. p. 239.

15 SESSAREGO, Carlos Fernández. El daño ao proyecto de vida. Portal de Información y Opinión Legal, *Revista Foro Jurídico*, Faculdade de Derecho da Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, n. 50, p. 22-31, dez. 1996. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF> . Acesso em: 07 abr. 2016.

vida? Qual o posicionamento da doutrina e jurisprudência brasileira quanto a essas novas figuras de danos?

Nesse cerne podemos conceituar dano existencial, como aquele que atinge o direito fundamental da pessoa humana causando prejuízo na concretude do seu agir como ser social tolhendo sua expectativa e planejamento de vida. Na visão de Flaviana Rampazzo¹⁶:

O dano existencial representa, em medida mais ou menos relevante, uma alteração substancial, nas relações familiares, sociais, culturais, afetivas, etc. Abrange todo acontecimento que incide, negativamente, sobre o complexo de afazeres da pessoa sendo suscetível de repercutir-se, de maneira consistente - temporária ou permanentemente - sobre sua existência.

A Itália após alguns anos de desenvolvimento dessa teoria, sobretudo, em casos concretos, passou a considerar a existência de quatro tipos de danos, quais sejam: dano moral, dano biológico, dano material e dano existencial. Pela experiência Italiana existiam situações e consequências às quais não era suficiente apenas a tipificação do dano, como dano moral, material ou biológico, pois sua repercussão transpassava as barreiras desses conceitos e alcançavam direitos fundamentais da pessoa.

Eugenio Facchini¹⁷, analisando a experiência Italiana sintetiza essa evolução:

Já a partir da metade da década de 90, a jurisprudência italiana começou a adotar tal nomenclatura, abandonando a classificação tripartida dos danos indenizáveis, usada pela Corte Constitucional italiana [...] para adotar uma classificação quádrupla, segundo a qual, ao lado dos danos patrimoniais, haveria um gênero de danos patrimoniais, que abrangeria as espécies de danos morais subjetivos, danos biológicos e danos existenciais.

Nesse sentido pode-se afirmar que a diferença de dano moral para dano existencial é que no primeiro a lesão alcançada pelo dano é momentânea, por mais que atinja a integridade psíquica do indivíduo, já o dano existencial é mais abrangente e tem repercussão permanente na vida da pessoa, ferindo sua dignidade e destruindo seu planejamento de vida.

16 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

17 NETO, op. cit., p. 239.

O dano existencial, portanto é instituto mais amplo e que tem como característica a preservação e proteção da vivência do indivíduo a dignidade da pessoa humana, sua qualidade de vida e sua existência social.

No caso do dano biológico, e que também tem origem na Itália a diferença é latente, pois o dano biológico atinge o estado físico e psíquico do indivíduo como o dano estético, por exemplo, e, que, pode ter repercussão patrimonial e/ou extrapatrimonial.

Imperioso ressaltar também, a diferença do dano existencial e a perda da chance. Essa última seria a perda concreta de uma oportunidade com um prejuízo palpável, a partir da real possibilidade da ocorrência do evento perdido ou do evento que deixou de acontecer pela atividade danosa.

Por fim quanto no que tange às diferenciações desse instituto a que toma maior destaque é a que aborda o dano ao projeto de vida, tendo em vista que a maioria da doutrina, sobretudo a brasileira aloca o dano ao projeto de vida como uma espécie de dano existencial, o que na lição da doutrina peruana não se afigura.

No dizer de Hidemberg da Frota¹⁸:

O projeto de vida, na leitura do humanismo existencial, traduz as possibilidades de concretudes dentro do existir humano em sociedade, o que vai permitir ao sujeito a realização de escolhas pertinentes às várias esferas em que atua (tais como a familiar, a profissional, a social, a religiosa e a educacional) durante a sua vida, período em que será instado a executar tal projeto não apenas de maneira autêntica, planejada e realista, como também de modo adaptável à dinâmica pessoal e social, flexível ante as transformações de âmbito individual e coletivo.

Portanto, diante dos conceitos e diferenças aqui formulados é possível afirmar que o dano existencial possui além daqueles requisitos que, necessariamente devem existir para caracterizar-se responsabilidade civil, ainda devem cumular a repercussão real no projeto de vida do indivíduo, tendo reflexos permanentes no seu estado de existencialidade.

No Brasil a experiência ainda é mínima, sendo na seara trabalhista onde encontramos decisões recentes conforme se colaciona em seguida:

18 FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O dano ao projeto de vida: uma leitura à luz do humanismo existencial e do direito comparado. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Ano XVII, Montevideo, 2011, p. 241, ISSN 1510-4974.

DANO EXISTENCIAL. DANO MORAL. DIFERENCIAÇÃO. CARGA DE TRABALHO EXCESSIVA. FRUSTRAÇÃO DO PROJETO DE VIDA. PREJUÍZO À VIDA DE RELAÇÕES. O dano moral se refere ao sentimento da vítima, de modo que sua dimensão é subjetiva e existe in re ipsa, ao passo que o dano existencial diz respeito às alterações prejudiciais no cotidiano do trabalhador, quanto ao seu projeto de vida e suas relações sociais, de modo que sua constatação é objetiva. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Caracteriza-se o dano existencial quando o empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, impossibilitando-o de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal, nos termos dos artigos 6º e 226 da *Constituição Federal*. O trabalho extraordinário habitual, muito além dos limites legais, impõe ao empregado o sacrifício do desfrute de sua própria existência e, em última análise, despoja-o do direito à liberdade e à dignidade humana. Na hipótese dos autos, a carga de trabalho do autor deixa evidente a prestação habitual de trabalho em sobrejornada excedente ao limite legal, o que permite a caracterização de dano à existência, eis que é empecilho ao livre desenvolvimento do projeto de vida do trabalhador e de suas relações sociais. Recurso a que se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de indenização por dano existencial. (TRT-PR-28161-2012-028-09-00-6-ACO-40650-2013 - 2A. TURMA - Relator: ANA CAROLINA ZAINA - Publicado no DEJT em 11-10-2013). Grifo nosso.

O Tribunal Superior do Trabalho, também recentemente manifestou-se acerca do assunto:

DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. 1. A teor do artigo 5º, X, da *Constituição Federal*, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, -consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela *Constituição Federal*, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer.- (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa

humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.). 3. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. 4. Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido, no tema. (Processo: RR - 727-76.2011.5.24.0002 Data de Julgamento: 19/06/2013, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/06/2013).

Observa-se, portanto, que a jurisprudência brasileira já enfrenta esse tema, sobretudo nas relações de trabalho, nas quais em sua grande maioria o trabalhador, tido como figura hipossuficiente, é submetido a rotinas laborais que o privam de desenvolver e vivenciar uma vida digna, sociável e familiar.

Portanto, na relação laboral a observância do dano existencial é mais clara, uma vez que, o empregado direcionado pelo seu empregador pode se privar de exercer cotidianamente atividades sociais e familiares que lhe prejudicam e interrompem seu ciclo de vida e, por conseguinte seu crescimento. Exemplo dessa situação é a impossibilidade de gozar férias, pois muitas vezes o empregador paga o período de férias, entretanto, o empregado continua a trabalhar na empresa. Outro exemplo seria a interrupção de frequência em curso superior ou outra especialização, pois o empregador demanda quase todos os dias ou mesmo todos os dias pelo menos duas horas extras do empregado, impossibilitando assim sua formação profissional completa.

Entretanto nos demais ramos do Direito é possível visualizar a existência desse tipo de dano, sobretudo, nas relações de consumo e familiares. São exemplos hipotéticos da possibilidade de existência do

dano existencial como cita Hidemberg Alves de Frota¹⁹: “a perda de um familiar ou o abandono parental em momento crucial do desenvolvimento da personalidade; prisões arbitrárias ou fruto de erro judiciário, dentre outras situações.”

No que pertine a aplicação dessa doutrina nas relações familiares é possível verificar um grande receio, uma vez que não se pode precificar o afeto, nem muito menos penalizar um indivíduo por não desenvolver laços afetivos com sua descendência ou ascendência.

O Superior Tribunal de Justiça avança em sentido contrário quando proferiu a seguinte decisão:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da Lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do Recurso Especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em Recurso Especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso Especial

19 FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3046, 3 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20349>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

parcialmente provido.(STJ; REsp 1.159.242; Proc. 2009/0193701-9; SP; Terceira Turma; Rel^a Min^a Nancy Andriighi; Julg. 24/04/2012; DJE 10/05/2012)

A questão ainda afigura-se sob a nomenclatura genérica de dano moral, entretanto ao analisar os fundamentos da referida decisão é possível afirmar que o abandono afetivo é uma privação do indivíduo a uma convivência familiar digna e a supressão desse direito, compromete a própria existência da pessoa. Nesse sentido Hidemberg Alves da Frota afirma que²⁰: “o abandono afetivo seria uma forma também de dano existencial”.

Vale ressaltar ainda que a problemática também se insere na questão da banalização dos tipos de dano gerando, como popularmente se propaga: a indústria do “dano moral”. Ademais o aprofundamento do tema contribui para que esse tipo de situação não enfraqueça o instituto e minimize a atuação e o desenvolvimento da teoria.

4 CONCLUSÃO

É fato que o crescente desenvolvimento da sociedade não nos permite olvidar o surgimento de novos danos, sendo necessário o estudo e aprofundamento do tema para melhor aplicação da solução ao caso concreto, promovendo a efetividade das normas e a pacificação de conflitos.

Em suma, o estudo e a promoção do debate da teoria do dano existencial foi de fato um dos principais objetivos desse ensaio, pois essa teoria enaltece o princípio da dignidade humana promovendo a evolução da responsabilidade civil dentro do contexto civil constitucional tendência consolidada no nosso ordenamento jurídico.

A busca pela autonomia do dano existencial é de fato, um caminho logo a ser trilhado, entretanto, como visto anteriormente em alguns ramos do Direito, como o Direito do Trabalho a observância da aplicação desse instituto já é sentida, fato que destaca a importância do aprofundamento e análise do tema em questão.

Ademais foi possível verificar que alguns Tribunais brasileiros, como a Justiça do Trabalho, já esposam essa tese com a finalidade de resguardar direitos dos trabalhadores, sempre promovendo a efetividade do princípio da dignidade humana.

20 FROTA, op. cit.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, Senado 1988.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. *Acórdão de 24.04.2012 (REsp 1.159.242; Proc. 2009/0193701-9)*. Relator: Min^a Nancy Andri ghi. Brasil, 10 de Maio de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em : 20 nov. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *RR - 727-76.2011.5.24.0002*. Data de Julgamento: 19/06/2013. Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho-PR. *Acórdão 40650-2013 - 2^a*. TURMA - Relator: Ana Carolina Zaina. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil - responsabilidade civil*. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2002.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n.3046, 3 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20349>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

_____; BIÃO, Fernanda Leite. O dano ao projeto de vida: uma leitura à luz do humanismo existencial e do direito comparado. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Ano XVII, Montevideo, p. 229-242, 2011, ISSN 1510-4974.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v.9, n. 29, p. 233 a 258, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/ac_direito/Bodin_n29.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2014.

NETO, Eugenio Facchini. Danos Existenciais: “Precificando Lágrimas?” *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n.12, p. 229-268, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/408>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

PAROSKI, Mauro Vasni. Assédio moral no trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1196, 10 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp9021>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional, tradução de M. C. de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Apuntes Sobre el Daño a la Persona. Portal de Información y Opinión Legal, *Revista Foro Jurídico*, Faculdade de Derecho da Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, nov. 2001. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF>. Acesso em: 07 abr. 2016.

SESSAREGO, Carlos Fernández. El daño ao proyecto de vida. Portal de Información y Opinión Legal, *Revista Foro Jurídico*, Faculdade de Derecho da Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, n. 50, dez 1996. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF>. Acesso em: 07 abr. 2016.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Hacia una Nueva Sistematización del Daño a la Persona. Portal de Información y Opinión Legal, *Revista Foro Jurídico*, Faculdade de Derecho da Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, set. 1993. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF>. Acesso em: 07 abr. 2016.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil - responsabilidade civil*. 6. ed. v.4, São Paulo: Atlas, 2006.

V Jornada de Direito Civil 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

RECEBIDO EM: 28/08/2016

APROVADO EM: 12/09/2016

A JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA CONTRÁRIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: UMA RELATIVIZAÇÃO INCONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

***THE ADMINISTRATIVE LEGAL ACTION CONTRARY TO FUNDAMENTAL
RIGHTS IN THE PUNITIVE ADMINISTRATIVE PROCESS: A
UNCONSTITUTIONAL REMOVAL THE PRINCIPLE OF LEGALITY***

Sandro Lucio Dezan

*Doutorando em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB;
Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de
Vitória - FDV; Professor de Direito Administrativo e Constitucional*

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

*Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDFT. Mestre
em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP
(2006) e Doutor em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
- PUC/SP (2012). Professor de Direito Administrativo e Urbanístico da Fundação Escola
Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - FESMPDFT. Professor
de Direito Administrativo e Urbanístico do Doutorado, Mestrado e Pós-Graduação Lato
Sensu do Centro Universitário de Brasília - UNICEUB*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Princípio da Legalidade Aplicado ao Processo Administrativo Sancionador; 2 A Equivocada Concepção de *Juridicidade Administrativa* para a Relativização do Princípio da Legalidade no Processo Administrativo Sancionador; 3 Limites da Juridicidade Frente ao Dever de Concreção de Direitos Fundamentais; 4 Considerações Finais; Referências

RESUMO: O presente texto tem por finalidade investigar a paulatina relativização do princípio da legalidade administrativa processual ditada pela aplicação da noção de juridicidade administrativa a influenciar a concepção de “pas de nullité sans grief”, sob a premissa de emprego da instrumentalidade das formas como mecanismo jurídico de legitimação das ilegalidades dos atos administrativos processuais. Por meio do método hipotético dedutivo incidente sobre teorias jurídicas de relevo e com o objetivo de aclarar a tensão entre as concepções de legalidade e de juridicidade, concluir-se-á que, a lei ainda se deve impor para a definição de nulidades processuais absolutas e, nesse contexto, o intérprete e aplicador do Direito Administrativo há de considerar, de modo “juris et de jure”, o absoluto prejuízo, não somente aos indivíduos envolvidos na relação processual, mas também ao próprio Estado, em razão do escopo do processo sancionador, dedicado, nos mesmos moldes dos processos jurisdicionais, à concretização de direitos fundamentais, para a realização da justiça por meio do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Relação Jurídica Processual. Princípio da Legalidade. Princípio da Juridicidade. Inconstitucionalidade da Interpretação Administrativa.

ABSTRACT: This text aims to investigate the gradual relativistic principle of procedural administrative legality dictated by the application of the concept of administrative legality to influence the design of “pas de nullité sans grief” under the employment premise of instrumentality of the forms as a legal mechanism legitimization of illegal procedural administrative acts. Through the hypothetical deductive method levied on legal theories of relief and in order to clarify the tension between the concepts of legality and legality, it will be concluded that the law still should be imposed for the definition of absolute procedural nullity and in this context, the interpreter and applier of the administrative law is to be considered, so “juris et de jure” absolute loss, not only the individuals involved in the procedural relationships, but also the state itself, because of the process scope sanctioning, dedicated, in the same way of court proceedings, the implementation of fundamental rights, to the achievement of justice through law.

KEYWORDS: Administrative Law. Procedural Legal Relationship. Principle of Legality. Principle of Legality. Unconstitutionality of Administrative Interpretation.

INTRODUÇÃO

Os novos rumos experimentados pelo direito administrativo assimilam o fato de o princípio da legalidade não ser o único a moldar os contornos dos atos dos processos administrativos (e aqui, aferem-se também os atos dos processos sancionadores), na medida em que o *princípio da juridicidade administrativa* dos atos decisórios se apresenta no cenário jurídico-normativo, para a concreção da lei na ideal medida de justiça almejada pelo Estado Democrático de Direito.

Sob essa óptica, lei (representando o princípio da legalidade) e teoria do Direito (como face do princípio da juridicidade¹) somam-se para as ações administrativas, mormente quanto à atuação administrativa processual. Em outras palavras, nos processos administrativos, para além da observância da lei estrita pela Administração Pública, mister se faz reconhecer que as teorias do Direito também ditarem o modo de agir processual, que, em diferenciados casos, podem levar ao afastamento da aplicação da lei estrita.

Nesse ambiente, *exempli gratia*, tem-se alargado a concepção de que a lei e o corolário princípio da legalidade são mitigados pelo reconhecimento de “eficácia” e da “efetividade” dos atos processuais praticados com ofensas à lei, desde que tais atos alcancem suas finalidades, ou seja, desde que os atos processuais anuláveis, à vista da branda invalidade constatada, não provoquem prejuízo ao administrado, parte ré da relação processual com a Administração, assim como, não provoque prejuízos a terceiros, não diretamente envolvidos com a Administração Pública. Trata-se do princípio da instrumentalidade das formas, ou “pas de nullité sans grief”, moldado pelo dever de juridicidade administrativa, incidente como juízo de valor a delimitar o que deve ou não ser convalidado² pelo Estado em sua persecução sancionadora.

Nessas balizas, a *juridicidade administrativa* (representada pela atuação processual conforme a lei e o *Direito*, mormente quanto a este

1 O princípio da juridicidade, de origem alemã, foi introduzido em nosso sistema de direito positivo pelo art. 2.º, Parágrafo Único, I, da Lei 9.784/99 e nesses termos assinala: “Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito [...]”.

2 O dever de convalidação dos atos administrativos processuais encontra-se previsto no artigo 55, da Lei 9.784/99, “*in verbis*”: “Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

último conceito, o *Direito*, a compreender a permissão de inserção no processo de teorias jurídicas nomeadas a subsidiarem os atos de decisão em direito sancionador) pode apresentar tendência à justificação da manutenção dos efeitos jurídicos processuais de atos contrários à lei. E isso é o que se apercebe após o advento da lei que regula o processo administrativo federal, Lei 9.784/99, mormente na medida de o processo sancionador caracterizar-se por ser iniciado, conduzido e decidido por autoridade não equidistante das partes, mas sim, a figurar em um dos polos da demanda: o polo ativo do processo. A relação processual administrativa no Brasil, dessarte, não é de caráter jurisdicional, angular ou triangular, a envolverem-se juiz imparcial e partes litigantes. Compreende relação dual, linear, em que a Administração Pública figura (i) como parte e (ii) como autoridade encarregada da decisão do processo, o que lhe retira a natureza jurisdicional de sua atuação no julgamento da lide administrativa.

Por outro lado, ao se considerar que, independentemente de sua edição em ambiente jurisdicional ou administrativo, o ato de decisão é, na essência, um exercício de valoração dos fatos e dos preceitos de direito positivo submetidos a exame, ou seja, um juízo de adequação para a aplicação da lei ao caso concreto, é possível sustentar argumentos contrários à indiscriminada utilização da alargada concepção de instrumentalidade das formas, para defender a invalidação dos atos processuais produzidos com ofensa às leis regentes do processo administrativo. Isso, por exemplo, pode-se obter com a deferência de ser a simples regularidade do processo sancionador uma intransponível garantia de defesa, decorrente do princípio do devido processo legal, contra o excesso sancionador do Estado-administração.

A instrumentalidade das formas processuais, ou seja, quando constatado, pela autoridade julgadora, que, mesmo com ofensa à lei de regência, os atos atingiram os seus escopos e, assim, lograram surtir os mesmos efeitos de atos válidos, não tem o condão de se impor ao devido processo legal, pois não se há de ignorar que a eventual sanção, decorrente de processo administrativo formado por atos convalidados, em uma aceção de processo justo, de justiça por meio do processo, fere o direito dos administrados ao devido processo legal.

Com efeito, o princípio “pas de nullité sans grief” subjugam-se ao direito de defesa, como expressão da mais ampla defesa decorrente do direito de os acusados em geral somente se submeterem e serem sancionados por meio de hígidos processos previstos em lei. O “pas de nullité sans grief” a dar os contornos da instrumentalidade das formas processuais, com a prescrição da não declaração de nulidade dos atos processuais e,

por conseguinte, reconhecimento da eficácia e efetividade das produções administrativas (convalidação dos atos administrativos), em razão da ausência de prejuízos ao interesse público e a terceiros, não tem o condão de se impor ao devido processo legal, pois não se há de ignorar que a eventual sanção, originária de processo administrativo formado por atos convalidados – inválidos na origem –, em essência, fere o direito de os administrados somente serem punido frente a um Estado respeitador das leis, mormente as leis processuais que serviram de base para a sanção por ele aplicada. Compreende faceta do devido processo legal a ser observada pelo Estado Democrático de direito.

À vista do exposto e para o propósito de realização da justiça e concreção de direitos fundamentais, sobre essa interação complexa entre a lei e a *juridicidade de convalidação dos atos processuais* – nas palavras de Antunes³, “invalidades não pronunciadas” –, sérias considerações devem ser formuladas, mormente na medida em que o modelo de manutenção da “marcha” administrativa processual, com a não observância da lei, ignora a *verdadeira função do processo*, pela óptica de ser ele instrumental à concreção de princípios e valores constitucionais de garantia dos acusados, e não à formal legitimação da conclusão, a qualquer custo (ou sob o argumento de “custo mínimo”), do ato final do processo administrativo.

Para Jean-Louis Bergel, pelo prisma da substância do Direito complexamente relacionada à forma do Direito, ou seja, pela óptica da necessidade de a concreção do direito material operacionalizar-se de modo legítimo somente por intermédio do exercício de um correlato substrato formal garantidor de direitos fundamentais – o devido processo legal –, há de se ter como pressuposto que o labor do intérprete do direito incide sobre um sistema organizado de valores, princípios e técnica, fundado na premissa de que “todo o ordenamento jurídico repousa na busca dos ‘valores sociais’ que se trata de apreender: justiça, segurança jurídica, progresso social, etc.”⁴. Considerar o direito material afastado do direito processual ou vice-versa, como lhe impõe a indiscriminada aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, faz sobressaltar, de modo desarrazoado, apenas uma face do Direito, a comprometer inegavelmente, *e.g.*, a justiça e a segurança jurídica, objetivadas pela ordem jurídica.

O processo não compreende, independente de balizas, uma fórmula de legitimação do exercício do poder, que por essa via, encontrar-se-ia

3 ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A ciência jurídica administrativa*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 252.

4 BERGEL, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*. Paris: Dalloz, 2003. p. 8-25.

autorizado a funcionar de modo arbitrário e, sem embargo, dentro do “legal”, como conceito de *legalidade mitigada*. Muito mais que isso, o processo administrativo, e, do mesmo modo, qualquer processo jurídico estatal, comporta-se – ou assim o deveria – como instrumento de Estado, compromissado com valores de garantias dos jurisdicionados e dos administrados, com o fim, em consonância com a necessidade de aplicação da lei ao caso concreto, de limitar, e, mesmo, de impedir, os arbítrios estatais. Caso contrário, ao se ignorarem as formalidades legais de produção dos atos processuais e do próprio processo administrativo, bastaria a aplicação sumária da sanção estatal, legitimada simplesmente pelo ato silogístico de subsunção do conceito dos fatos à hipótese de incidência legalmente prevista, sem qualquer desenvolver de procedimento.

Como assinala Guedes Valente para o congênere direito penal, não se pode sucumbir o Estado ao escopo de eficácia e de efetividade a qualquer custo, mormente ao custo de direitos fundamentais dos acusados em geral. A dignidade da pessoa humana porta-se a requisitar deferência aos caros valores erigidos a bem coletivo e individual imprescindível, o qual o devido processo legal faz parte e “o atalho quase sempre acaba por tornar o caminho mais tortuoso e lento”⁵. Nas palavras do autor, essa acepção de interesse público, vertida em teoria da eficácia, inadvertidamente atrai o questionamento “se não seria mais fácil deter os infractores e julgá-los imediatamente em vez de perder tempo com os tribunais, efectuando-se um julgamento sumário e instantâneo pela voz do povo que ‘tem sempre razão’”⁶.

Impõem-se, ao menos, a verdade processual e, assim, faz-se imprescindível a observância do *devido processo legal administrativo sancionador*. Sem ele não se pode falar em responsabilização e sanção válidas, a representar, com efeito, o instrumento veiculador da válida incursão do que se referiu Jorge de Figueiredo Dias – para o direito penal e aqui, sem embargo, de conceito plenamente aplicável – como pressupostos positivos e negativos da punição (formalização da acusação e, *e.g.*, ausência da prescrição do procedimento e da pena)⁷.

Nessas balizas, analisemos a inter-relação entre os conceitos principiológicos ora expostos, para, ao final, tecermos as considerações

5 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 17.

6 *Ibidem*, p. 17.

7 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português*. As consequências do crime. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 44-45.

sobre a lente de que se deve valer o intérprete e aplicador do Direito para a adequada delimitação dos contornos do princípio da instrumentalidade das formas no ambiente administrativo processual.

1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE APLICADO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A submissão do Estado à lei e ao reconhecimento de igualdade de todos perante a regulação normativa nacional – e em casos específicos, supranacional – apresenta-se fundamental ao Estado de Democrático de Direito. As concepções de direito e de democracia não prescindem de se harmonizarem, para a formatação de uma ordem social igualitária e justa^{8/9}. Esse aporte conceitual é, em essência, fruto ao menos indireto da noção teórica de contrato social¹⁰, que fez emergir “la *potestas temperata*, de un poder que inevitablemente y cada vez más aparece rodeado de reglas y de límites”¹¹, embrionários, regras e limites, em que pese de base fundante contratual, da face atual do direito público¹², em que se insere a Administração estatal.

A observância das estruturas normativas editadas pelas autoridades constituídas surge como verdadeiro princípio, comumente a ela se referindo as ciências jurídicas, o direito positivo e a jurisprudência como *princípio da legalidade*. O dever de agir conforme a lei, nos seus limites, atendendo aos

8 Para uma análise da inter-relação entre direitos fundamentais e democracia, cf DELGADO, José Augusto. A evolução conceitual dos direitos fundamentais e a democracia. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 5, p. 11-31, jan. 2000; Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, v. 1, p. 521-42, ago. 2011.

9 Para uma análise da inter-relação entre soberania, direito, poder constituinte e democracia, cf FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: editorial Trotta, 2001; Cf ainda _____. *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano. I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia*. Napoli: Liguori, 1986. p. 309-346.

10 Abarca o princípio da legalidade (ou segurança jurídica dele advindo) como espécie de “direito natural” não renunciado. O homem passa a ser “agente ativo na modelagem de seu espaço social e político. Revivendo a teoria do contrato social – mas dando-lhe uma feição eurística – estes autores entendem que o estado deve ser organizado como se tivesse havido um contrato. Mas o homem, parte contratante, pela sua condição de ser racional e livre, e, pois, capaz de gerir seu destino, é titular de direitos. E quando se insere no Estado reivindica o reconhecimento e a proteção desses direitos. Ou porque a eles não renuncia ou mesmo renunciando, impõe como condição que o Estado criado pelo contrato devolva, com sua tutela, os direitos em causa” (LUIZI, Luiz. Direitos humanos – repercussões penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, p. 75-79, p. 77, jan.1998).

11 FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 45.

12 *Ibidem*, p. 40-45.

mandamentos de obrigações, permissões e proibições, representativos das imposições, faculdades e omissões miradas pelo texto normativo, como normas de conduta e de regulação estatal e social¹³, foi paulatinamente¹⁴ concebido para fazer frente ao poder absoluto do monarca¹⁵, com vistas à imposição de balizas à tendente tirania do Estado absolutista. A lei, como princípio do Estado de Direito, já em ascensão com a virada da antiguidade para a idade média, em que a normatividade, nesse primeiro momento, a afastar-se da exclusividade radical dos aportes político e moral, passou vocacionar-se ao campo normativo-positivo, ao mundo do direito-texto¹⁶. Em um segundo momento, experimentou avanços ainda mais profícuos, a partir das revoluções americana, de 1779, e francesa, de 1789, inclusive com o advento da teoria da separação dos poderes^{17/18}, em que a função legislativa e, por conseguinte, as leis passaram a ser fruto, apesar de indireto, do poder emanado do povo¹⁹, da soberania do povo, até então, sem qualquer participação verdadeiramente de relevo nas diretrizes

-
- 13 Cf BERGEL, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*. Paris: Dalloz, 2003; FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2010; VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. v. I. São Paulo: AXIS MVNDI IBEST, 2003; _____. *Escritos jurídicos e filosóficos*. v. II, São Paulo: AXIS MVNDI IBEST, 2003; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999; BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014; _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014.
- 14 Por mais que tracemos uma abordagem dos institutos jurídicos “lei” e “legalidade”, em linhas gerais, em um raio temporal célere de abrangência visto pela óptica do direito ocidental, não pretendemos aqui, advertimos, fazer qualquer incursão histórica sobre tais – o que seria deveras prolongado e extra ao propósito de nossos estudos -, mas sim traçar o *iter* lógico que firma o fundamento da aplicação da legalidade às ações da Administração Pública, mormente ao processo administrativo que ora nos detemos à pesquisa. Sem embargo, a abordagem da origem dos institutos, pelo cariz de sua incidência vinculante do Estado, faz-se imprescindível.
- 15 Cf LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, reconhecido como o primeiro dentre os teóricos contratualistas a reconhecer diretamente a necessidade de limitação do poder do Estado.
- 16 FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 38.
- 17 MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- 18 Sobre a necessidade de um princípio de autoridade, porém submetido ao coletivo social, por meio do que se denominou de supremacia da comunidade política, Cf FIORAVANTI, Maurizio, op. cit., p. 47.
- 19 Cf ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Princípios do direito político. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, ao traçar as linhas gerais que assinalam que o poder emana do povo, titular do poder e, destarte, da soberania. A origem do poder soberano advém do povo, sob a óptica de Rousseau – concepção esta que se estendeu às Constituições contemporâneas.

do Estado²⁰. Impôs-se, pela vontade do povo, a submissão do Estado ao ordenamento jurídico, inaugurando o denominado Estado de Direito²¹.

O princípio da legalidade caminhou em dois sentidos:

- (i) O primeiro e mais abrangente, a prescrever que ao Estado e, por conseguinte, à Administração Pública somente se legitimam a ação ou a omissão ao amparo de previsão expressa de texto legal, votado e aprovado pelo parlamento; e
- (ii) O segundo, especificamente incidente sobre o poder punitivo do Estado, a sustentar que somente a lei, também em sentido estrito (votada e aprovada pelo parlamento) tem o condão de proibir ou impor condutas, sob a ameaça de sanção.

Em razão do escopo inicial da presente investigação, em que se pretende traçar as características da tensão entre legalidade e juridicidade, o que não se encontra na legalidade afeta à tipicidade dos ilícitos administrativos, não trataremos aqui dessa segunda concepção. Todavia, quanto ao primeiro caso, a questão principiológica posta em análise gira em torno da definição do conceito de “lei”, que, em sentido estrito e na experiência brasileira, consiste na prescrição normativa geral e abstrata, votada e aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, com posterior publicação (conforme o estabelecido no processo legislativo – arts. 59 e seguintes da Constituição Federal), para assim, ter eficácia jurídica e social. Em sentido lato, a lei pode ser entendida como qualquer ato da Administração Pública, editado pela autoridade competente

20 Quanto ao exercício direito da democracia, ressalvas se façam, para essa época, para o período caracterizado como espécie de democracia referente à *polis* grega e à *res publica* romana (entretanto, sem se falar, ainda, no conceito comum e propriamente dito de “soberania” – em qualquer de seus sentidos adjetivados –, somente concebido a partir do Estado moderno, mas apenas em participação popular). *Exempli gratia*, cf o princípio da primazia da igualdade ateniense, para os cidadãos da cidade-estado de Atenas, consoante assinala FIORAVANTI, op. cit., p. 15-3. Anote-se ainda, conforme assinala Fioravanti, p. 33, que na *polis* grega e na *res publica* romana ocorreram “experiencias políticas y constitucionales de alguna manera participativas, que incluso estaban fundadas sobre un cierto protagonismo de los ciudadanos” e que a na idade média, os príncipes eram os que ditavam as leis a ela não se submetiam, posto que legítimos responsáveis, em absoluto, pela promoção da justiça e da equidade. Com efeito, não se submetiam, de modo algum, a qualquer eficácia de sanção legal, para assim ditarem leis. Nesses termos, vigorava a máxima *quod principi legis habet vigorem* (Ibidem, p. 40).

21 Cf ALBORNOZ, Antonio Ortega Carrillo de. *Derecho privado romano*. Málaga: Ediciones Del Genal, 2010; EVANGELISTA, Fermín Camacho. *Derecho público romano*. Granada: Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 2005; HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos direitos do homem*. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997; STRAUSS, Leo. *Direito natural e história*. Lisboa: Edições 70, 2009.

e em harmonia com as teorias de existência, validade e eficácia (jurídica e social) dos atos administrativos, e com o fim de genérica e abstratamente regular condutas internas à própria Administração ou, sem embargo, direcionadas aos administrados, ou a determinado grupo de administrados.

O inciso II, do art. 5º da Constituição Federal, prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, a declinar que os indivíduos submetidos à soberania do Estado e, por consequência, ao ordenamento jurídico nacional, somente serão compelidos a agir ou a se omitir se houver lei que assim disponha, obrigando-os a um ou outro tipo de comportamento.

Com fundamento nesse inciso II do art. 5º em consonância com o estatuído no *caput* do artigo 37 do texto constitucional, verifica-se a essência normativa de que a Administração Pública tem o dever de atuar somente conforme a lei, nos seus limites, não lhe sendo permitido agir *extra, ultra* ou *contra legem*, conquanto limitar-se (e a não prescindir, na maioria dos casos, da) à manifestação prévia da lei, a determinar ou a facultar o seu proceder. A Administração somente age ou se omite ao amparo de previsão legal para o seu comportamento num ou noutro sentido. Distingue-se, deste modo, da faculdade de agir do particular, que não encontra limites no silêncio da norma, a permitir qualquer tipo de conduta, comissiva ou omissiva, se a lei, ativamente, não lhe proibir. A regulação jurídica distingue-se para um e para outro - para o particular e para a Administração -, na medida em que a Administração Pública nomeadamente, para agir ou omitir-se, encontra-se na dependência de manifestação legal, ao menos em forma de silêncio eloquente²².

Para Hartmut Maurer²³, o princípio da legalidade no plexo de abrangência da normatividade administrativa, divide-se em dois outros distintos, quais sejam o da (i) *primazia da lei*, que prescreve que ao servidor público é proibido agir ou se omitir em conduta ofensiva a lei (o que, a nosso ver, fundamenta a instituição de regimes disciplinares), dando um efeito ativo à lei, e o princípio da (ii) *reserva da lei*, que prescreve que a Administração Pública somente pode manifestar a sua vontade,

22 Ressalva se faça para os casos de decretos autônomos da Administração, previstos na Constituição Federal brasileira de 1988, no artigo 84, VI, alíneas “a” e “b”, nos seguintes termos: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.

23 MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luiz Afonso Heck. 14. ed. São Paulo: Manole, 2006.

agir ou se omitir, se houver previsão ou imposição legal para isso, apresentando um efeito negativo ao diploma normativo. Nesse último caso, a omissão legislativa representa, de fato, uma proibição de conduta para a Administração.

A normatividade do princípio da reserva legal assinala que a Administração Pública somente poderá agir perante autorização expressa de lei, fazendo-se constatar que “esse princípio, portanto, pede mais do que o princípio da primazia. Enquanto este apenas (negativamente) proíbe a infração contra leis existentes, aquele pede (positivamente) um fundamento legal para a atividade administrativa”²⁴.

Hely Lopes Meirelles, em passagem muito conhecida, aborda o aspecto “reserva da lei”, tratado por Hartmut e assinala que “*na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto que na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*”²⁵. Afere-se daí uma *relação de subordinação* da Administração Pública à lei, distinta da *relação legal de coordenação* regente dos assuntos particulares. Nesse sentido, sustenta Maurice Hauriou que a Administração não se encontra totalmente animada por uma vontade livre interna, mas sim depende da lei para o seu agir. O seu atuar, por uma óptica interna é livre, porém sujeito a uma vinculação interna, representada pela lei. Assinala que “*l’administration, ainsi que nous l’avons déjà montré, n’est pas animée, dans ce qu’elle fait, d’une volonté intérieure légale, elle est animée d’une volonté exécutive libre assujettie à la loi comme à un pouvoir extérieur*”²⁶.

Essa liberdade de conduta deferida ao particular radica conotação no direito privado clássico, do auge do modelo jurídico liberal, garantidor da autodeterminação individual da autonomia privada, que apresentava estatuto regulatório jurídico distinto e estanque, não compartilhado ao do direito público, conquanto orientado sob as balizas de normas *e. g.* regentes das pessoas e da proteção jurídica contra delitos, do direito e propriedade

24 MAURER, op. cit., p. 122.

25 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 82.

26 HAURIOU. Maurice. *Précis de droit administratif et droit public*. Paris: Éditions Dalloz, 2002. p. 356; Cf ainda HAURIOU. Maurice. *Principes de droit public*. Paris: Éditions Dalloz, 2010; _____. *La gestion administrative*. Étude théorique de droit administratif. Paris: Éditions Dalloz, 2012. Quanto às relações de subordinação e coordenação aventadas, conferir MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. 2. tomo. São Paulo Malheiros: 2010.

e da liberdade dos contratos, em uma ordem normativa exclusiva, sem iminentes compromissos ético-sociais²⁷.

A par disso e da crescente eficácia horizontal dos direitos fundamentais para a imposição de reconhecimento e aplicação de categorias naturais do direito público ao âmago das relações privadas, sobre tudo à luz da necessidade de não extinção da autonomia privada, mas da sua harmonização à autonomia cidadã do particular e à autonomia pública regulatória, “o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares”²⁸. Nesse sentido, “a constituição democrática cria um nexos entre o direito privado e o catálogo ampliativo de direitos fundamentais, o qual obriga o legislador do direito privado e repercute na jurisprudência do tribunal constitucional”²⁹, sem embargo de vincular a Administração Pública à legalidade, como direito fundamental dos administrados em geral.

À vista de todo o exposto, a considerar o fato de as ações Administrativas serem levadas a efeito no bojo de processos administrativos decisórios e sancionadores, a doutrina de direito administrativo³⁰ – e mesmo de direito constitucional – é uníssona em afirmar que o princípio da legalidade, conforme ora estudado, é inteiramente aplicado não somente aos atos materiais editados pela Administração Pública, mas, igualmente, às normas regulatórias dos procedimentos administrativos que formam a relação sancionadora em contraditório, a envolver o Estado-administração e o administrado.

A teoria clássica da legalidade administrativa apenas aceita a possibilidade mitigada de convalidação dos atos administrativo, incidente sobre os defeitos sanáveis desses atos, em que se reconheça a mera anulabilidade, como nulidade expressão de relativa do processo. Todavia, o novel princípio da juridicidade administrativa passou a se interpor às antigas noções de alcance e de limite da convalidação dos atos administrativos, na medida em que alargou a instrumentalidade das formas processuais, com vista a propiciar, por meio da extrema concreção do brocardo “pas de nullité sans grief” e pela óptica absoluta celeridade processual e razoável

27 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade. v. II, Tradução de Flávio Beno Siebenechiler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 132-134 e 147.

28 MELLO, op. cit., p. 36.

29 HABERMAS, op. cit., p. 140.

30 Por todos, cf: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

duração do processo, ao ponto de sufragar o processo, reduzindo-o a mero ramo adjetivo do direito material.

Vejam, destarte, as linhas diretrizes do princípio da juridicidade administrativa, para o sopesamento da tensão entre essa nova matriz e o princípio da legalidade processual da Administração Pública.

2 A EQUIVOCADA CONCEPÇÃO DE JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA PARA A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Um dos mais relevantes efeitos da aceitação da processualidade ampla³¹, a alcançar não somente os processos jurisdicionais, mas também os processos nas diversas áreas do direito público, compreende a necessidade de atuação conforme a *lei* e o *Direito*, a libertar o processo administrativo de seu inicial confinamento em um ambiente somente formal, para, a partir desse marco conceutivo, dar-lhe *substancia*, a exemplo do que já ocorria em sede jurisdicional, com notada ampliação das funções atípicas legislativa, executiva e jurisdicional, a serviço da cooperação complexa entre os Poderes da República, na busca da aplicação do direito ao caso concreto de modo eficiente eficaz e efetivo dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Anote-se que o vocábulo “substancial” aqui é empregado no sentido de permeabilidade por *valores morais*, como se refere ao termo Gustavo Zagrebelsky³².

O princípio da juridicidade encontra-se positivado no art. 2º, Parágrafo Único, da Lei 9.784/99, em que se prescreve que “nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de [...] atuação conforme a lei e o Direito”.

A inovação incide justamente na previsão de atuação conforme o “Direito”, como substrato distinto da atuação conforme a “lei”. Parte-se da premissa de que “lei” e “Direito” são conceitos jurídicos distintos e, com efeito, a atrair a utilização de diversos elementos novos, para além da concepção estrita de “lei”. Mitiga-se, destarte, o princípio da legalidade administrativa, com a incorporação ao sistema de regulação do agir Administrativo de teorias do Direito, como justificantes dos métodos decisórios. Não se afasta a vinculação à legalidade, mas permita ao gestor

31 Para aprofundar estudos sobre os temas “processualidade ampla” e “processualidade “estrita”, cf: MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 65 e ss.

32 ZAGREBELSKY, Gustavo. *La ley y su justicia*. Tres capítulos de justicia constitucional. Madrid: Trotta, 2008.

administrativo conceber a legalidade como algo muito maior que a simples letra de lei, como, por exemplo, para permitir que o administrador público deixe de cumprir a lei, para atender a uma concepção maior de sistema jurídico, de caráter unitário, coeso e coerente.³³

Partindo-se da premissa de que cabe também à Administração Pública (a par do Poder Judiciário, o qual detém a última palavra em “dizer o Direito”) o dever de interpretar e aplicar o Direito, solucionando o caso concreto posto por lei à sua esfera de atribuição e de decisão, o princípio em comento delimita que o agir da Administração não se confina aos preceitos legais, aos limites dados pela lei. Rege-se também pelo Direito, para abarcar os princípios, implícitos e explícitos, as regras e, notadamente os valores jurídicos que permeiam os princípios jurídicos em si.

Verifica-se assim que a Administração Pública, em suas ações para a concretização de decisões administrativas, submete-se a uma nova regulação de atuação, não mais adstrita a lei pura, conquanto disponíveis novos elementos, extrínsecos ao direito positivo – mas com ele coerentes –, compreendendo, destarte, o aporte, *e.g.*, das teorias gerais do direito e do processo, para as construções de atuações até mesmo contrárias a uma determinada lei isolada³⁴.

A juridicidade haurida à qualidade de princípio impõe a atuação da Administração não somente conforme a *lei*, mas também conforme o *Direito* como um todo. A lei é o seu ponto de partida, e o Direito, como ciência, o seu campo de atuação e, por outro lado, a sua fronteira intransponível.

Há como balizas para a Administração (*i*) o direito haurido da *estrutura literal* da lei e (*ii*) o direito proveniente dos valores oriundos das possibilidades de interpretação dessa mesma lei, com fundamento em abertura normativa, de característica plurissignificativa e, mesmo, evolutiva. Não se trata de tese nova. Já esposada por Eduardo García de Enterría, na obra “*Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*”, em comentários aos artigo 103.1 da Constituição da Espanha, Artigo 103.1, em que esclarece que a Administração Pública, no uso de seu direito de ação procedimental deve agir “con sometimento pleno a la Ley y al Derecho [y] examinado en sí mismo, este precepto es realmente notable, puesto

33 Sobre as características o ordenamento jurídico, cf: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014.

34 Quanto à defesa da possibilidade de juridicidade administrativa constitucional *contra legem*, cf: ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente de. *Juridicidade contra legem no processo administrativo*. Limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Porto Alegre: livraria dos Advogados, 2010.

que presupone de manera inequívoca que existe un Derecho que tiene otro origen distinto del de la Ley”³⁵.

Assegura, portanto, que toda a atividade do Estado no exercício da função administrativa deve-se pautar em regras de comportamento, as quais devem previamente autorizar sua ação ou omissão (legalidade estrita), sem embargo de, imprimindo um viés ampliativo, utilizá-las, as leis e sistemas jurídicos e suas teorias, incluindo os princípios e valores implícitos decorrentes das leis e do ordenamento jurídico como um todo, para fundamentar as suas decisões.

A doutrina tem denominado essa ampliação que vai para além das fronteiras da legalidade estrita como “bloco de legalidade”, na medida em que estende as margens dos institutos jurídicos justificantes da atuação administrativa, validando-a desde que, partindo da legalidade estrita, mantenha-se dentro da Ciência do Direito. Com isso, podemos considerar, *exempli gratia*, a deferência à força normativa dos princípios implícitos da ordem jurídica em seu contexto – identificação de valores jurídicos afetos ao sistema jurídico como unidade –, para a fundamentação de decisões administrativas, inclusive em sede de processo administrativo sancionador.

Do exposto, do enunciado do Art. 2.º, Parágrafo Único, I, do estatuto geral regente do processo administrativo em sede de administração federal, Lei 9.784/99, denotam-se dois mandamentos, quais sejam o de (i) atuação conforme a lei e o de (ii) atuação conforme o *Direito*. O primeiro decorre da necessidade de observância da estrita legalidade para fundamentar o agir administrativo, em que somente se tachará de legítima a conduta plenamente amparada na lei – princípio da legalidade estrita. O segundo mandamento, atuação conforme o Direito, a imprimir a possibilidade de a Administração fundamentar suas ações decisórias, incluindo-se a condução de processos administrativos, por regras jurídicas de interpretação e aplicação da lei, valendo-se, *e.g.*, das regras de hermenêutica e da dogmática jurídica.

Importa, com isso, em uma Administração juridicizada, permeada pelas noções de ordenamento jurídico, sistema jurídico, normas-princípios, normas-regras, assim como valores neles contidos, decorrentes desse ordenamento regente de seu agir ou de seu omitir.

35 ENTERRÍA, Eduardo García de. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Civitas, 1996. p. 93.

Por outro lado, sem embargo à atuação administrativa juridicizada, o que de tudo é louvável à solidificação do Estado Democrático de Direito, a juridicidade nos moldes em que tem sido esposada presta-se, inadvertidamente, ao reforço do princípio *pas de nullité sans grief*, como método para supradimensionamento da instrumentalidade das formas no processo administrativo sancionador, como se “sobreprincípio” ou “superprincípio” fosse. Por meio dela, a Administração Pública tem interpretado as nulidades processuais com o entendimento de que toda e qualquer eiva é convalidável, não fazendo distinção entre as nulidades absolutas e as nulidades relativas, o que traz instabilidade ao método de reconhecimento e de declaração dos vícios processuais, assim como incute insegurança jurídica ao sistema de direito positivo e, por conseguinte, dá azo à injustiça, pelas mãos do Direito.

A juridicidade administrativa possui apenas uma face harmonizada à ordem jurídica e a sua essência não perpassa por supressões de direitos fundamentais dos administrados envolvidos em um dos polos do processo administrativo sancionador.

3 LIMITES DA JURIDICIDADE FRENTE AO DEVER DE CONCREÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O processo administrativo sancionador, assim como toda espécie de processo estatal, encontra-se, para uma teoria majoritária³⁶, quedado sob os efeitos do princípio da instrumentalidade das formas processuais, ou do formalismo moderado, a ditar as regras de validade e de nulidades processuais, sob o argumento de não se declarar nulidades sem a demonstração de prejuízos à (e pela) defesa, parte processada. Compreende normativo representado pelo princípio *pas de nullité sans grief*.

Esse fenômeno ocorre em face de uma espécie de busca de eficiência e efetividade da razão punitiva do Estado-sancionador, patenteada a afastar qualquer forma de interpretação jurídica que “tempere” ou “pondere” as importâncias equânimes do direito material e do direito processual, empregados na persecução punitiva, o que denota, por parte do Estado, o que Edgar Morin classificou como “racionalidade seletiva”³⁷.

36 Por todos, cf: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito privado civil*. v. 2. Campinas: Millennium, 2000; _____. *Manual de direito processual civil*. v. 1. Campinas: Millennium, 1998.

37 MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

Não obstante, imperioso se considerar que direito material e direito processual encontram-se em interação cooriginária e complexa, submetidos à ética da alteridade, a formarem o dever de observância dos propósitos teleológicos, funções e finalidades constitucionais da relação jurídico-administrativa em contraditório.

Sob esse olhar, pode-se declinar que os efeitos jurídicos dos princípios *pas de nullité sans grief* e seus corolários (instrumentalidade das formas e formalismo moderado) subjazem adstritos ao mínimo necessário à concretização dos direitos e garantias fundamentais dos acusados.

A juridicidade administrativa deve também assim ser empregada. Como ferramenta extremamente eficaz a serviço da Administração Pública, em um Estado que se diga Democrático e de Direito, somente se legitima ao Estado-administração afastar-se da legalidade estrita na justa e necessária medida para a materialização de valores identificados na Constituição Federal, com os propósitos de concretização de direitos fundamentais.

O princípio da legalidade administrativa não se encontra superado e o princípio da juridicidade, nos seus limites justificados, veio a complementar a necessidade de atuação célere e flexível do Estado, todavia, unicamente direcionado à concretização de direitos fundamentais dos administrados.

Assim, no âmbito do direito administrativo sancionador, há de se considerar que as nulidades absolutas, compreendidas, por exemplo, aquelas que digam respeito aos direitos ao contraditório e à ampla defesa, devem ser reconhecidas de ofício, insuscetíveis de convalidação decorrente da instrumentalidade das formas ou do “*pas de nullité sans grief*”. O Prejuízo, em casos desse jaez, são absolutos “*juris et de jure*”, prescindindo de demonstração pela defesa.

Não somente o interesse defensivo processual depõe nesse sentido. O próprio interesse público assim o requer, uma vez que é requerida por toda a sociedade, por toda a coletividade administrada, a atuação administrativa com o maior grau de eficiência e com a menor lesividade possível, de modo a afastar qualquer possibilidade de lesão a direitos dos administrados submetidos ao processo sancionador desenvolvido pela Administração Pública.

O princípio da juridicidade administrativa equivocadamente dedicado unidirecionalmente à supervalorização da instrumentalidade das formas e do *pas de nullité sans grief* leva à nociva polarização

personificada do que denominamos de *direito material acusador* e de *direito processual defensivo*. Isso se contrapõe à necessidade de preservação de garantias dos administrados diante do tendente excesso e arbítrio de poder por quem o exerce, no caso o Estado-administração³⁸. Majoritária doutrina é assente em esclarecer que “el poder estatal se coloca frente a los individuos en forma drástica y peligrosa. Todo manejo del poder envuelve la posibilidad de abusos”³⁹. Há de se sobressair, como faceta do *devido processo legal constitucionalmente qualificado*⁴⁰, o princípio do processo justo à vista do respeito ao dever de invalidação frente a atos nulos, provenientes de normas de qualquer hierarquia e implícitos ou explícitos nessas normas, atentando-se para o fato de que “en tema de principios procesales, universalmente no se distingue entre los que emergen de la ley fundamental (Constitucion Politica) y los que tienen su origen em la legislacion comum”⁴¹, para, em um sentido de cooperação mútua entre as partes em litígio – Administração Pública e administrado –, a *desapropriação* e *despersonificação* dos ramos epistemológicos material e processual do direito sancionador.

Nas balizas de se tratar de instrumento de garantia do particular, o processo administrativo compreende a sede própria, legítima e adequada de atuação da Administração. Afere-se daí ser o único meio de ação administrativa de resolução de conflitos, que mescla e coloca em “paridade de armas” “poderes” administrativos e direitos e garantias dos administrados, para o reconhecimento dessa função administrativa, a função sancionadora, pelo Estado

38 BINDER, Aberto M. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República” en Política Criminal Bonaerense. In: *Ciências Penales*. 17 n. 23. São José da Costa Rica, 2005.

39 EBERHARD, Schmidt. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Córdoba: Lerner, 2006. p. 26.

40 O que se afirma encontra amparo, por tratar-se de teoria aplicada não somente à *comom law*, mas a todas as teorias de respeito aos direitos fundamentais, na “doutrina da posição preferencial” da Suprema Corte americana, em que, constatadas relações jurídicas processuais envolvendo direitos fundamentais, ao se empregar pelo Tribunal a técnica do *balancing* e a razoabilidade, deferem inicialmente, de plano, mais peso, ao direito litigioso que contenha valores fundamentais da pessoa humana, ou seja, encontre-se permeado por direitos fundamentais e “isso ocorrerá quando estiver em questão uma privação de um Direito Fundamental que ocupe posição preferencial”. Cf MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da suprema corte norte-americana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 51, p. 346-361, Abr. 2005. p. 348.

41 EBERHARD, op. cit., p. 239.

Democrático de Direito – forma de legitimação do exercício de sua atividade sancionadora⁴².

Com efeito, a atuação conforme a *lei* e o *Direito*, como expressão da juridicidade administrativa, somente se legitima à luz do Estado Democrático de Direito, para o reconhecimento de direitos constitucionais e fundamentais dos administrados e nunca para os minimizar ou os afastar.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, conclui-se que há para a Administração Pública a necessidade intransponível de submissão à lei e, não obstante, a permissão de utilização das teorias do Direito, das ciências jurídicas, como metalinguagem do direito positivo como objeto, para a solução dos casos postos a seu cargo e, aqui, se incluem as atividades administrativas de instauração, processamento e decisão de processos administrativos sancionadores.

Ao considerar-se essa adstrição à lei, inicialmente surge a concepção atinente de que “o que não está nela incutido, deve ser afastado”. Esta é a face do princípio da legalidade administrativa, vinculante de toda a Administração Pública.

Assim, não se constituindo em ao menos princípios implícitos imanentes do sistema normativo, fica vedada a utilização de fundamentos extrajurídicos, a exemplo da equidade ou de valores morais não expressos ou implicitamente positivados, ao mesmo em uma concepção sistemática, plasmados em comandos normativos, para a motivação de seus atos, sob pena de ofensa da legalidade estrita em comento.

Por outro lado, a concepção de legalidade administrativa evoluiu para abarcar formas de modulações das regras e princípios, expressos e implícitos, sob o manto do Direito como um todo, a compreender as diversas possibilidades hermenêuticas e suas teorias correlatas, trazendo o aporte de toda a Teoria Geral do Direito para a formação dos limites dessa “nova legalidade administrativa”.

Com efeito, o princípio da *atuação conforme a lei e o Direito*, princípio da *juridicidade administrativa*, reflete faceta do próprio *princípio da*

42 ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A ciência jurídica administrativa*. Coimbra: Almedina, 2013; _____. *A teoria do acto e da justiça administrativa*. O novo contrato natural. Coimbra: Almedina, 2015.

legalidade, todavia, em seu sentido lato, a dar à Administração legitimidade interpretativa da lei, do texto-normativo, do direito-texto e das teorias do Direito a ele aplicáveis, para a resolução do caso concreto⁴³.

A juridicidade se estende a todo e qualquer ente ou órgão estatal com poder de decisão, nos limites do exercício de cada função do Estado e, todavia, nesse contexto e, mormente, nos autos de direito administrativo sancionador, deve ser empregada apenas para o reconhecimento e concreção de direitos fundamentais. Não se legitima à extensão do princípio da instrumentalidade das formas e do “pas de nullité sans grief”.

No entanto, esse atuar da Administração Pública com juridicidade não representa poder absoluto, a distanciar o Estado-administração do múnus de gestor constitucional da coisa pública. Não lhe dá poderes, mas antes, deveres, na medida em que a juridicidade é regida pelo Estado Democrático de Direito e, sem óbices, também orientada pelo interesse público, que, em linhas gerais, compreende o dever de concreção de direitos fundamentais dos administrados, incluindo-se aqui os submetidos ao processo administrativo sancionador.

Nessas balizas, não são compatíveis com o Estado Democrático de Direito, com a persecução do interesse público e com a função moderna de concretização de direitos fundamentais a utilização indistinta do princípio da juridicidade para ações que levem ao mínimo as garantias processuais dos administrados envolvidos em ralação jurídica sancionadora com a Administração.

O superdimensionamento da instrumentalidade das formas e do “pas de nullité sans grief”, pela via da juridicidade administrativa, perfaz, por todo o exposto, inconstitucionalidade patente, por ofensa ao princípio do devido processo legal, constitucionalmente qualificado para também abarcar as relações entre Administração e administrados no bojo do processo administrativo sancionador.

Destarte, essa relação permeada pela essência do devido processo legal põe-se a requerer do intérprete e aplicador do Direito Administrativo a suficiente sensibilidade para perceber os limites da função jurídica administrativa e, destarte, atribuir-lhe nova roupagem, apta a desenvolver as diretrizes para uma moderna Administração Pública, abalizada às necessidades de um verdadeiro Estado Democrático e de Direito.

43 OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.

REFERÊNCIAS

ALBORNOZ, Antonio Ortega Carrillo de. *Derecho privado romano*. Málaga: Ediciones Del Genal, 2010.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente de. *Juridicidade “contra legem” no processo administrativo*. Limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Porto Alegre: livraria dos Advogados, 2010.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A ciência jurídica administrativa*. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. *A teoria do acto e da justiça administrativa*. O novo contrato natural. Coimbra: Almedina, 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERGEL, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*. Paris: Dalloz, 2003.

BINDER, Aberto M. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República” en Política Criminal Bonaerense. In: *Ciências Penales*. 17, n. 23. São José da Costa rica: 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Forense, 1970.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Manual de direito processual civil*. v. 1. Campinas: Millennium, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo do Brasil*. Processo administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

_____. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Forense, 1966.

DELGADO, José Augusto. A evolução conceitual dos direitos fundamentais e a democracia. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 5, p. 11-31, jan./2000, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 1, p. 521-42, ago. 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português*. As consequências do crime. Coimbra: Coimbra, 2013.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

EBERHARD, Schmidt. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Córdoba: Lerner, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Civitas, 1996.

EVANGELISTA, Fermín Camacho. *Derecho público romano*. Granada: Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. Roma-Bari: Laterza, 1996.

_____. a cura di E. Vitale. I diritti fondamentali nella teoria del diritto. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, I ed. 2001. p. 119-175.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

_____. Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano. *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia*. Napoli: Liguori, 1986. p. 309-346.

HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos direitos do homem*. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade. v. II, Tradução de Flávio Beno Siebenechiler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et droit public*. Paris: Éditions Dalloz, 2002.

_____. *Principes de droit public*. Paris: Éditions Dalloz, 2010.

_____. *La gestion administrative*. Étude théorique de droit administratif. Paris: Éditions Dalloz, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LLOBREGAT, José Garberí. *Derecho administrativo sancionador práctico*. v. I, Barcelona: Boch, 2012.

_____. *Derecho administrativo sancionador práctico*. v. II, Barcelona: Editorial Boch, 2012.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUIZI, Luiz. Direitos humanos - repercussões penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, p. 75-79, jan. 1998.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito privado civil*. v. 2. Campinas: Millennium, 2000.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da suprema corte norte-americana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 51, p. 346-361, abr. 2005.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luiz Afonso Heck. 14. ed. São Paulo: Manole, 2006.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tomo I. Parte Geral. Tradução de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. 2. tomo. São Paulo Malheiros: 2010.

MENEGALE, J. Guimarães. *O Estatuto dos Funcionários*. v. II. São Paulo: Forense, 1962.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.

PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez. *Fundamentos del derecho disciplinario colombiano*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 29, p. 55-64, out. 1999, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 30, p. 146-155, jan. 2000, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 1, p. 1033-1042, ago. 2011, DTR, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Princípios do direito político. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

STRAUSS, Leo. *Direito natural e história*. Lisboa: Edições 70, 2009.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. tomo I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. v. I. São Paulo: AXIS MVNDI IBEST, 2003.

_____. *Escritos jurídicos e filosóficos*. v. II. São Paulo: AXIS MVNDI IBEST, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. Madrid: Trotta, 2008.