

# CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

---

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional



Volume 5 | Número 9 | Julho/Dezembro 2013

# **ABDCONST**

## **ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL**

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST  
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar  
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR  
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167  
E-mail: abdconst@abdconst.com.br

*Solicita-se permuta.  
We ask for exchange.  
Pidese canje.  
On demande l'échange.  
Wir bitten um austausch.  
Oni petas intersangam.  
Si richiede lo scambio.*

### Ficha Catalográfica

Constituição, Economia e Desenvolvimento  
Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional.  
Programa de Pós-graduação em Direito  
Vol. 5, n. 9 (jul./dez. 2013) - Curitiba: 2013  
Publicação semestral  
ISSN 2177-8256  
1. Direito 2. Academia brasileira de Direito Constitucional.

### **Endereço para correspondência:**

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E  
DESENVOLVIMENTO: REVISTA ELETRÔNICA  
DA ACADEMIA BRASILEIRA  
DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Editor responsável:

Ilton Norberto Robl Filho

E-mail: [ilton@abdconst.com.br](mailto:ilton@abdconst.com.br).

Publicação semestral. Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação somente será permitida após a prévia permissão escrita do autor. Os conceitos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores. As matérias desta revista podem ser livremente transcritas, desde que citada a fonte.

**Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.  
Curitiba, 2013, vol. 5, n. 9, Jul.-Dez.**

# CONSELHO EDITORIAL

## **Editor Responsável**

### **Ilton Norberto Robl Filho**

Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor Adjunto da UFPR e UPF. Vice-Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR. Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR. Visiting Scholar na Universidade de Toronto - Canadá. Pesquisador Visitante no Max Plank Institut em Heidelberg - Alemanha. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR.

## **Editor Assistente**

### **Rafael dos Santos-Pinto**

Graduado em Direito pela UNESP, Mestre em Direito pela UFPR e Doutorando na UFPR. Professor de Direito Empresarial na Faculdade Dom Bosco – Curitiba/PR.

## **Membros do Conselho Editorial**

### **Antonio Carlos Wolkmer**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC

### **Antônio José Avelãs Nunes**

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor Honoris Causa da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra

### **Eroulths Cortiano Junior**

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR, Secretário Geral da OAB/PR e Doutor em Direito pela UFPR

### **Fábio Nusdeo**

Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP

### **Marco Aurélio Marrafon**

Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR

### **Marcos Augusto Maliska**

Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR

### **Marcus Firmino Santiago**

Professor do Curso de Direito das Faculdades Espam/Projeção – Brasília e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho

### **Mariana Mota Prado**

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale

### **Ricardo Lobo Torres**

Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF

## Conselho de Pareceristas da Revista da ABDConst

<b>Abraão Soares Dias dos Santos Gracco</b>	<b>Eleonora Mesquita Ceia</b>	<b>Jussara Maria Leal de Meirelles</b>
<b>Aldo Muro Júnior</b>	<b>Eliana Franco Neme</b>	<b>Katiucia Boina</b>
<b>Alexandre Coutinho Pagliarini</b>	<b>Eloi Martins Senhoras</b>	<b>Leilah Luahnda Gomes De Almeida</b>
<b>Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia</b>	<b>Emerson Gabardo</b>	<b>Leonardo Vieira Wandelli</b>
<b>Alexandre Hamilton Oliveira Santos</b>	<b>Emilio Peluso Neder Meyer</b>	<b>Lilian Márcia Balmant Emerique</b>
<b>Alexandre Morais da Rosa</b>	<b>Eneas De Oliveira Matos</b>	<b>Lucas Abreu Barroso</b>
<b>Alexandre Walmott Borges</b>	<b>Érico Hack</b>	<b>Lucas Catib de Laurentiis</b>
<b>Alvaro Borges de Oliveira</b>	<b>Erivaldo Cavalcanti E Silva Filho</b>	<b>Lucas Gonçalves da Silva</b>
<b>Alvaro de Oliveira Azevedo Neto</b>	<b>Eroulths Cortiano Júnior</b>	<b>Luciana Costa Poli</b>
<b>Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci</b>	<b>Everton das Neves Gonçalves</b>	<b>Luciana Fernandes Berlini</b>
<b>André Luiz Costa-Corrêa</b>	<b>Fabianne Manhães Maciel</b>	<b>Luciene Dal Ri</b>
<b>Andrea Boari Caraciola</b>	<b>Fabício de Assis Campos Vieira</b>	<b>Luis Fernando Sgarbossa</b>
<b>Angela Issa Haonat</b>	<b>Fabício Ricardo de Limas Tomio</b>	<b>Luis Renato Vedovato</b>
<b>Ângela Maria Cavalcanti Ramalho</b>	<b>Fausto Santos de Morais</b>	<b>Luiz Claudio Araújo Coelho</b>
<b>Antonio Baptista Gonçalves</b>	<b>Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior</b>	<b>Luiz Eduardo Anesclar</b>
<b>Antonio Celso Baeta Minhoto</b>	<b>Germano André Doederlein Schwartz</b>	<b>Luiz Ricardo Guimaraes</b>
<b>Antonio Gomes Moreira Maués</b>	<b>Gisele Mascarelli Salgado</b>	<b>Maraluce Maria Custodio</b>
<b>Braulio de Magalhães Santos</b>	<b>Gustavo Almeida Paolinelli de Castro</b>	<b>Marcelo Henrique Nogueira Diana</b>
<b>Carla Izolda Fiuza Costa Marshall</b>	<b>Gustavo Rabay Guerra</b>	<b>Marcelo Lamy</b>
<b>Carlos Bolonha</b>	<b>Hamilton da Cunha Iribure Júnior</b>	<b>Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes</b>
<b>Carlos Victor Nascimento dos Santos</b>	<b>Heder Carlos de Oliveira</b>	<b>Márcia Jucá Teixeira Diniz</b>
<b>Carolina Alves Vestena</b>	<b>Heitor de Carvalho Pagliaro</b>	<b>Márcio Pugliesi</b>
<b>Célia Barbosa Abreu</b>	<b>Henrique Napoleão Alves</b>	<b>Marco Antônio Ribeiro Tura</b>
<b>Christiane De Holanda Camilo</b>	<b>Henry Atique</b>	<b>Marco Aurélio Marrafon</b>
<b>Cláudia Luiz Lourenço</b>	<b>Jackelline Fraga Pessanha</b>	<b>Marcos Alves da Silva</b>
<b>Claudio Gonçalves Munhoz</b>	<b>Jacqueline de Souza Gomes</b>	<b>Marcos Augusto Maliska</b>
<b>Claudio Smirne Diniz</b>	<b>Janaína Machado Sturza</b>	<b>Marcos Catalan</b>
<b>Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira</b>	<b>Jean Carlos Dias</b>	<b>Marcus Firmino Santiago</b>
<b>Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis</b>	<b>Jorge Jose Lawand</b>	<b>Margareth Anne Leister</b>
<b>Daniela Rezende Oliveira</b>	<b>José Carlos Buzanello</b>	<b>Margareth Vetis Zaganelli</b>
<b>Delmo Mattos da Silva</b>	<b>José Francisco de Assis Dias</b>	<b>Maria Da Graça De Moraes Bittencourt Campagnolo</b>
<b>Demetrius Nichele Macei</b>	<b>José Luiz Ragazzi</b>	<b>Mário Ferreira Neto</b>
<b>Eduardo Biacchi Gomes</b>	<b>José Renato Martins</b>	<b>Martinho Martins Botelho</b>
<b>Eduardo Molan Gaban</b>	<b>Josemar Sidinei Soares</b>	<b>Mateus de Oliveira Fornasier</b>
	<b>Josias Jacintho Bittencourt</b>	<b>Micheli Pereira</b>
	<b>Juliana Cordeiro Schneider</b>	<b>Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas</b>
	<b>Julio Pinheiro Faro</b>	<b>Milena Petters Melo</b>
		<b>Monica Bonetti Couto</b>

**Mônica Helena Harrich Silva  
Goulart**

**Murilo Melo Vale**

**Nelci Lurdes Gayeski  
Meneguzzi**

**Nina Tricia Disconzi  
Rodrigues**

**Paulo Ricardo Schier**

**Paulo Sérgio da Silva**

**Phillip Gil França**

**Rafael De Oliveira Costa**

**Rafael Silveira e Silva**

**Rafael Tomaz De Oliveira**

**Ricardo Aronne**

**Ricardo Carneiro Neves  
Júnior**

**Ricardo Serrano Osorio**

**Rodrigo Fortunato Goulart**

**Ronaldo Lindimar José  
Marton**

**Samantha Ribeiro Meyer  
Pflug**

**Sandra Sereide Ferreira da  
Silva**

**Sandro Marcelo Kozikoski**

**Sandro Rogério Monteiro de  
Oliveira**

**Saulo Bichara Mendonça**

**Sebastião Neto Ribeiro  
Guedes**

**Simone Tassinari Cardoso**

**Sonia Barroso Brandão  
Soares**

**Sulamita Crespo Carrilho  
Machado**

**Sulamita Crespo Carrilho  
Machado**

**Sylvio Alarcon**

**Tiago Resende Botelho**

**Túlio Lima Vianna**

**Valéria Cristina Pereira  
Furlan**

**Valéria Silva Galdino Cardin**

**Vanessa Oliveira Batista  
Berner**

**Vânia Beatriz Rey Paz**

### **Pareceristas que participaram desta edição:**

**Alexandre Morais Da Rosa**

**Andre Luiz Costa Correa**

**Angela Issa Haonat**

**Antonio Minhoto**

**Carlos Bolonha**

**Daniela Rezende De Oliveira**

**Delmo Mattos**

**Fabricio Ricardo De Limas Tomio**

**Jean Carlos Dias**

**José Carlos Buzanello**

**Josias Jacintho Bittencourt**

**Julio Pinheiro Faro**

**Jussara Maria Leal De Meirelles**

**Luiz Ricardo Guimarães**

**Marco Aurélio Marrafon**

**Margareth Vetis Zaganelli**

**Martinho Martins Botelho**

**Mateus De Oliveira Fornasier**

**Milena Petters Melo**

**Monica Bonetti Couto**

**Mônica Helena Harrich Silva Goulart**

**Phillip Gil França**

**Rafael De Oliveira Costa**

**Samantha Ribeiro Meyer-Pflug**

**Sandro Marcelo Kozikoski**

### **Editoração**

**Karla Kariny Knihs**



# EDITORIAL

É com renovada alegria que a Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst publica o nono número da **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, edição referente ao período de Julho a Dezembro de 2013.

Para a edição foram selecionados dez trabalhos cujas abrangências temáticas se dividem em três eixos temáticos gerais: i) Direito Internacional, Desenvolvimento e Políticas Públicas; ii) Teoria e Interpretação Constitucional; iii) Desenvolvimento e Direitos Fundamentais. Cada um destes eixos é forjado de forma aprofundada e contribui com a proposta editorial do Periódico de explorar os temas do Direito Constitucional, da Economia e do Desenvolvimento.

O primeiro eixo temático desta edição reside no Direito Internacional, Desenvolvimento e Políticas Públicas. Neste tema destaca-se o trabalho de Moris Lehner, professor da Ludwig-Maximilians-Universität de Munique, que prestigia a edição com seu trabalho “Quebra de Tratados Tributários: Direito Internacional Público, Comparado e Perspectivas Constitucionais”, tema que analisa o instituto do *treaty override* no Direito Tributário internacional. Dentro da temática do direito internacional encontramos também o artigo de Carlos Roberto da Silva e Jéssica Caroline da Silva, “Direito e Transnacionalidade: Desafios da Sociedade Contemporânea”. E, por fim, o texto de Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa aborda a “Integração Jurídico-Penal na União Europeia: Notas Críticas e Limites Dogmáticos”, pesquisa esta que investiga o Direito no âmbito da União Europeia.

O segundo eixo temático é centrado na teoria e na interpretação constitucional, exemplarmente desenvolvido em dois trabalhos. O primeiro, de Daniel Capecchi Nunes, é intitulado “A Política, a Constituição e o Nomos: As Teorias Constitucionais de Schmitt e Arendt”. O segundo trabalho, do autor André Ferreira Polycarpo Gomes, foca na teoria e interpretação constitucional e intitula-se “Interpretação Constitucional e Humana da Norma: Um reclamo histórico”.

No último grupo de artigos aprovados encontramos o tema comum do Desenvolvimento e Direitos Fundamentais. O primeiro trabalho desta linha, apresentado pelas autoras Camila C. O. Dumas e Isabella Bana, tem como título “A Possibilidade da União Entre Casais do Mesmo Sexo Frente os Limites da Intervenção Estatal na Autonomia Privada do Indivíduo”. O segundo artigo que se

debruça sobre tema do desenvolvimento como liberdade intitula-se “Laicidade Do Estado e a Ostentação de Símbolos Religiosos”, submetido pelos autores Leonardo Pedro Ramirez Cunha, Ligia Nogueira Lopes e Linda Luiza Johnlei Wu. Também partilhando de investigação pela perspectiva jusfundamental temos o artigo “A Nova Definição de Atos de Concentração e sua Relevância na Consecução dos Princípios Constitucionais da Livre Iniciativa e Livre Concorrência”, escrito por Eduardo Silveira Frade e Hertha Urquiza Baracho. Outro tema inequivocamente ligado ao desenvolvimento é de autoria de Rute Mikaele Pacheco da Silva, com título “Os Direitos Sociais Do Servidor Público em Face do Sistema Remuneratório de Subsídios”. Por fim, o autor José Renato Martins aborda a tutela penal ambiental pelo viés das garantias constitucionais no trabalho “A Tutela Penal Ambiental no Direito Brasileiro: Abordagem da Problemática Social sob a Ótica das Garantias Constitucionais”.

Com a presente publicação os trabalhos aqui selecionados certamente serão fértil terreno para intensos debates dentro na literatura jurídica e das ciências humanas. Cumprem-se, assim, as metas editoriais da Revista e as metas institucionais da ABDConst, apresentado ao público leitor uma produção rigorosa, crítica e seguramente calcada nos valores e princípios constitucionais contemporâneos.

Boa Leitura!

**Ilton Norberto Robl Filho**

*Editor Responsável da Constituição, Economia e Desenvolvimento:  
Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

**Rafael dos Santos Pinto**

*Editor Assistente da Constituição, Economia e Desenvolvimento:  
Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

# SUMÁRIO

## **QUEBRA DE TRATADOS TRIBUTÁRIOS: DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO, COMPARADO E PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS**

TAX-TREATY OVERRIDE: PUBLIC INTERNATIONAL LAW, COMPARATIVE AND CONSTITUTIONAL PERSPECTIVES

*Moris Lehner* .....257

## **DIREITO E TRANSNACIONALIDADE: DESAFIOS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

LAW AND TRANSNATIONALITY: CHALLENGES OF THE CONTEMPORARY SOCIETY

*Carlos Roberto da Silva / Jéssica Caroline da Silva* .....267

## **INTEGRAÇÃO JURÍDICO-PENAL NA UNIÃO EUROPEIA: NOTAS CRÍTICAS E LIMITES DOGMÁTICOS**

CRIMINAL LAW INTEGRATION IN THE EUROPEAN UNION: CRITICAL NOTES AND DOGMATIC LIMITATIONS

*Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa* .....289

## **A POLÍTICA, A CONSTITUIÇÃO E O NOMOS: AS TEORIAS CONSTITUCIONAIS DE SCHMITT E ARENDT**

POLITICS, CONSTITUTION AND NOMOS: THE CONSTITUTIONAL THEORIES OF SCHMITT AND ARENDT

*Daniel Capecchi Nunes* .....312

## **INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E HUMANA DA NORMA: UM RECLAMO HISTÓRICO**

CONSTITUTIONAL AND HUMAN INTERPRETATION OF THE NORM: A HISTORICAL RECLAIM

*André Ferreira Polycarpo Gomes* .....344

## **A POSSIBILIDADE DA UNIÃO ENTRE CASAIS DO MESMO SEXO FRENTE OS LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA AUTONOMIA PRIVADA DO INDIVÍDUO**

THE POSSIBILITY OF UNION BETWEEN SAME-SEX COUPLES AND THE LIMITS OF STATE INTERVENTION ON PRIVATE INDIVIDUAL AUTONOMY

*Camila C. O. Dumas / Isabella Bana* .....363

## **LAICIDADE DO ESTADO E A OSTENTAÇÃO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS**

SECULAR STATE AND THE OSTENTAION OF RELIGIOUS SYMBOLS

*Leonardo Pedro Ramirez Cunha / Ligia Nogueira Lopes / Linda Luiza Johnlei Wu* .....382

## **A NOVA DEFINIÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO E SUA RELEVÂNCIA NA CONSECUÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA**

THE NEW DEFINITION OF CONCENTRATION ACTS AND ITS RELEVANCE TO THE CONCRETION OF THE CONSTITUCIONAL PRINCIPLES OF FREE INITIATIVE AND FREE COMPETITION

*Eduardo Silveira Frade / Hertha Urquiza Baracho* .....412

## **OS DIREITOS SOCIAIS DO SERVIDOR PÚBLICO EM FACE DO SISTEMA REMUNERATÓRIO DE SUBSÍDIOS**

SOCIAL RIGHTS OF PUBLIC SERVANTS IN THE SUBSIDY SALARY-SYSTEM

*Rute Mikaele Pacheco da Silva* .....433

## **A TUTELA PENAL AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO: ABORDAGEM DA PROBLEMÁTICA SOCIAL SOB A ÓTICA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS**

ENVIRONMENTAL PROTECTION CRIMES IN BRAZILIAN LAW FROM THE VIEWPOINT OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND GUARANTEES

*José Renato Martins* .....456

**REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS** .....506





# QUEBRA DE TRATADOS TRIBUTÁRIOS: DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO, COMPARADO E PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS<sup>1</sup>

TAX-TREATY OVERRIDE: PUBLIC INTERNATIONAL LAW, COMPARATIVE AND CONSTITUTIONAL PERSPECTIVES

Moris Lehner<sup>2</sup>

## Resumo

Estamos bem familiarizados com violações ou quebras de contratos no direito civil devido ao mau-comportamento dos contratantes ou por outras razões. Mas nós poderíamos nos surpreender com o fato que Estados, vinculados a tratados e ao direito internacional por suas constituições nacionais e o império do Direito (*rule of law*), intencional e culposamente violariam suas obrigações derivadas de tratados internacionais. Eles fazem isto não só pelo não cumprimento das obrigações do tratado, mas culposamente violam estas obrigações mediante o uso estrito do direito nacional. No domínio da tributação internacional, e em respeito a acordos de dupla tributação, a quebra de tratados tem longa tradição em vários países. Retornarei a este ponto depois com a apresentação de breve sinopse comparada. Permita-me antes apresentar uma curta introdução a respeito de direito tributário internacional e direito dos tratados tributários internacionais.

**Palavras-chave:** Direito tributário internacional; quebra de tratados; direito comparado.

## Abstract

We are quite familiar with violations or breach of contract in civil law due to misbehavior on the part of one of the contracting partners or for other reasons. But we might be surprised that states, bound to treaties by international law and by their domestic constitutions including the Rule of Law, would intentionally and purposely breach their international treaty obligations. They might do so not merely by neglecting their treaty obligations but likewise by purposely counteracting these obligations through the strict order of national law. In the realm of international taxation and with respect to international double taxation agreements, treaty override has a long tradition in a variety of countries. I shall come back to this point later by presenting a short comparative overview. Let me first give a short introduction into international tax law and international tax treaty law.

**Keywords:** International tax law; tax-treaty override; comparative law.

<sup>1</sup> Artigo recebido em 25/03/2014 e aprovação comunicada em 27/03/2014.

<sup>2</sup> Professor da Ludwig-Maximilians-Universität de Munique. E-mail: <moris.lehner@jura.uni-muenchen.de>. Texto original em língua inglesa remetido pelo autor e traduzido por: Rafael dos Santos-Pinto.



## 1 DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL: O PROBLEMA DA DUPLA TRIBUTAÇÃO

Como regra geral cada país recolhe tributos de acordo com princípios de responsabilidade tributária limitada e ilimitada. Responsabilidade tributária ilimitada é estabelecida pela residência ou domicílio habitual de uma pessoa em um país. Se a pessoa é jurídica então a responsabilidade tributária ilimitada é estabelecida pela sua sede ou administração central em dado país. A consequência da responsabilidade tributária ilimitada é que a pessoa residente seria taxada em seu país de residência por toda renda que ela obtém de recursos de dentro de seu país de residência, mas o país de residência também a tributaria por todas as rendas que ela obter de outros países. Então, se você é residente na Alemanha e recebe renda no Brasil, porque tem um negócio aqui, a Alemanha tributaria a renda que você recebe desta fonte localizada no Brasil. Somando-se a esta responsabilidade tributária ilimitada que engloba renda mundial, também existe uma responsabilidade tributária limitada. Ela se aplica a pessoas que obtém renda de um país específico, sem serem residentes naquele país. Em meu exemplo a pessoa que é residente na Alemanha, obtendo renda de um negócio no Brasil, teria, além da responsabilidade tributária ilimitada na Alemanha, responsabilidade limitada no Brasil, porque o Brasil é o país fonte da renda do negócio. Então o residente da Alemanha seria tributado duas vezes: pela Alemanha, porque lá ela sofre responsabilidade tributária ilimitada, pautada na sua residência; e pelo Brasil, onde teria responsabilidade tributária ilimitada pautada na sua fonte de renda localizada no Brasil. Tributação dupla não só inibe o comércio e negócios internacionais, mas também viola o critério constitucional de tributação de acordo com o princípio da capacidade de pagamento. Esta é a razão que os Estados se esforçam bastante para evitar ou aliviar a dupla tributação.

Eles fazem isso ou de forma unilateral ou bilateral. A medida unilateral de se evitar a dupla tributação é estabelecida pelo chamado método de crédito. De acordo com este método o Estado da residência reduziria sua tributação sobre a renda estrangeira pelo tributo que foi recolhido pelo país da fonte.

O método unilateral de se evitar dupla tributação é modificado e regularmente substituído por métodos que são incorporados em acordos de dupla



tributação (DTCs). DTCs são tratados internacionais no tema de tributação que seguem as regras do direito internacional. Em acréscimo ao método de crédito, estes tratados permitem se evitar a dupla tributação por meio do chamado método de isenção. De acordo com este método o Estado de residência não tributa renda estrangeira. Somente o Estado da fonte tributaria, para que não houvesse dupla tributação. Depende de um DTC específico se, e por qual tipo de renda, o método de crédito ou isenção seria aplicado. Em meu exemplo de um residente Alemão que obtém renda comercial por meio de um estabelecimento localizado no Brasil, a renda, de acordo com o antigo DTC com o Brasil, somente poderia ser tributado quando o Brasil fosse a fonte. De acordo com este tratado, que, entretanto, não mais vigora, a Alemanha não tributaria a pessoa que é residente na Alemanha em razão da renda que estas pessoas obtém no Brasil: a Alemanha aplicaria o método de isenção.

## 2 O PROBLEMA DA VIOLAÇÃO DOS TRATADOS

O problema da violação de tratados surge especialmente em relação com dispositivos dos tratados que obrigam o Estado de residência a evitar a dupla tributação por isenção (não tributação de rendas estrangeiras advindas por residentes próprios). Se o DTC obriga o Estado de residência a isentar a renda estrangeira de tributação o resultado é, como havia explicado, que a renda só seria tributada no país da fonte. A dupla tributação seria evitada. Mas o que acontece se o Estado da fonte não tributa porquê ele quer atrair investimento estrangeiro não tributando nenhuma renda estrangeira? Isto resultaria em dupla não tributação e, conseqüentemente, mais investimento estrangeiro. Mas o Estado de residência pode não querer este resultado porque dupla não tributação significa: nenhuma tributação, nem no Estado de residência, nem no Estado da fonte. Em tal situação o Estado de residência poderia negar sua obrigação de isenção derivada de tratado promulgando legislação nacional que não permite isenção em tais casos. Mas tal legislação nacional violaria o tratado porque ela conflitaria com a obrigação do Estado de residência de eximir renda estrangeira de tributação. E existem outras razões pelas quais um Estado de residência promulgaria legislação que, em contradição ao DTC, conflitaria com a obrigação deste Estado de isenção de renda estrangeira. Entre



estas razões nós encontramos o objetivo de evitar evasão tributária pela pessoa que quer se beneficiar de isenções tributárias em situações nas quais a isenção não deveria ser permitida.

### 3 A DEFINIÇÃO DE QUEBRA DE TRATADOS

De acordo com a definição criada pelo Comitê de Assuntos Fiscais OECD de 1990, quebra de tratados significa “A promulgação de legislação doméstica que o legislativo pretende que tenha efeitos que claramente contradizem obrigações de tratados internacionais”. De acordo com o Tribunal Tributário Federal Alemão, a quebra de tratados constitui uma violação de acordo de dupla tributação<sup>3</sup>. Esta é muito semelhante à definição dada pela OECD (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico).

O Comitê da OECD complementa a sua definição declarando que ela não tem “nenhuma objeção à legislação que meramente interpreta tratados tributários”.

Esta parece ser uma clara diferenciação na medida em que mantemos nossa definição dentro de estreitos limites, no sentido que a quebra de tratado tem que ser expressamente declarada pelo legislador. Entretanto, devido à interação muito próxima entre direito tributário internacional e direito dos tratados tributários, contradições ao direito dos tratados tributários pode não só ser causada por *legislação* que é contrária ao tratado, mas também por *interpretação* e *aplicação* de um DTC que não se conforma ao tratado. Não quero entrar em detalhe quanto a estes problemas; só quero os mencionar.

### 4 QUEBRA DE TRATADOS DA PERSPECTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL

Já que tratados tributários são acordos internacionais, eles são governados pela Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados que parcialmente reflete o direito costumeiro tal como as Regras sobre Interpretação (art. 31-33 VCLT), Violação Material de Obrigações de Tratados (art. 60 VCLT), a regra *pacta sunt*

<sup>3</sup> OECD-Committee on Fiscal Affairs, Tax Notes International 1990, 25.



*servanda* (art. 26 VCLT)<sup>4</sup> e a Alteração Fundamental de Circunstâncias (art. 27 VCLT)<sup>5</sup>. Em respeito à quebra de contratos, as regras gerais de interpretação, suplementadas pelas regras específicas de interpretação de tratados, são importantes para diferenciar entre a interpretação do tratado e sua violação, como mencionado acima.<sup>6</sup>

## 5 VIOLAÇÃO MATERIAL DAS OBRIGAÇÕES DO TRATADO (ART. 60, VCLT)

O art. 60 da VCLT<sup>7</sup> permite a extinção ou suspensão da operação de um tratado em consequência de sua violação por uma das partes enquanto reação à violação da outra parte. Mas o art. 60, 1, da VCLT exige uma quebra material. Uma definição para “quebra material” é disposta no art. 60, 3, da VCLT: ela exige a “violação de uma disposição essencial para o cumprimento do objeto ou do

<sup>4</sup> BFH v. 10.1.2012, I R 66/09, IStR 2012, 426, Rn. 15.

<sup>5</sup> *Jennings*, International Law 62008, 903.

<sup>6</sup> Cf. I.1.

<sup>7</sup> Art. 60. Extinção ou suspensão da execução de um tratado como consequência de sua violação:

1. Uma violação material de um tratado bilateral por uma das partes gera pretensão á outra de invocar a quebra como fundamento para extinguir o tratado ou suspender sua execução em todo ou em parte.
2. Uma violação material de um tratado multilateral por uma das partes confere pretensão de:
  - a. As outras partes, por acordo unânime, suspenderem a execução do tratado em todo ou em parte ou para o extinguir quanto:
    - i. Às relações entre si próprios e o Estado em mora;
    - ii. A todas as partes;
  - b. A uma parte especificamente afetada pela violação para usá-la como motivo de suspensão da execução do tratado como um todo ou em parte, no que diz respeito a si próprio e o Estado em mora;
  - c. A qualquer outra parte que não o Estado em mora para invocar a violação como fundamento de suspensão da execução do tratado, em parte ou em todo, em respeito a si mesmo, se o tratado é de tal natureza que uma violação material de suas disposições por uma das partes radicalmente altera a posição de todas as partes em respeito a posterior execução de suas obrigações sob o tratado.
3. Uma violação material dos tratados, para os propósitos deste artigo, consiste em:
  - a. A repudição do tratado não sancionado pela presente convenção; ou
  - b. A violação de uma disposição essencial ao cumprimento do objeto ou do propósito do tratado.
4. Os parágrafos anteriores não prejudicam qualquer disposição do tratado aplicáveis em caso de violação;
5. Os parágrafos 1 a 3 não se aplicam a disposições relacionadas à proteção da Pessoa Humana em tratados de natureza humanitária, em especial em relação a dispositivos proibindo qualquer forma de represália contra pessoas protegidas por tais tratados.



propósito deste tratado”. “Essencial” é destinado a contemplar uma disposição “no coração do tratado, e sem a qual a execução futura do tratado seria desinteressante para as partes”<sup>8</sup>.

Deve ser duvidado, ou ao menos muito cuidadosamente examinado, se a legislação nacional que viola o tratado ao fixar evasão e elisão tributária constituiria uma violação material da mesma forma “que a execução futura do tratado seria desinteressante às partes”. O mesmo é também verdade se a legislação nacional, com este propósito em mente, alteraria uma clara obrigação de isenção de renda estrangeira, como uma pretensão a crédito tributário<sup>9</sup>. Para se encontrar uma solução viável em respeito à extinção (parcial ou total) ou suspensão do tratado, deve-se levar em conta que o art. 60, 2, tenta preservar a estabilidade do tratado ao invocar o princípio de proporcionalidade<sup>10</sup>. Isto requer esforços unilaterais e/ou conjuntos para manter o tratado vivo.

## 6 A REGRA *PACTA SUNT SERVANDA* (ART. 26, VCLT)

Os esforços para manter o tratado vivo são sustentados pela regra *pacta sunt servanda*, que é controversamente o mais antigo princípio do direito internacional<sup>11</sup> e que tem sido corporificado no art. 26 da VCLT:

Todo tratado em vigência é vinculante às partes e deve ser executado por elas em boa-fé.

O art. 26 da VCLT tem que ser interpretado em conjunto com o art. 27 da VCLT quando se trata de direito interno e respeito aos tratados:

Uma parte não pode invocar disposições de sua lei interna como justificção para sua não-execução do tratado.

<sup>8</sup> *Simma/Tams*, in: Corten/Klein (ed.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Vol. II, 2011, Art. 60 m.no. 21.

<sup>9</sup> Cf. Sec. 20 of the German Foreign Tax Act, sub I.1.a).

<sup>10</sup> *Giegerich*, in: Dörr/Schmalenbach (ed.), *Vienna Convention on the Law of treaties*, 2012, Art. 60 m.no. 41, 50.

<sup>11</sup> *Shaw*, *International Law*, 62008, 903 f.





*Pacta sunt servanda* é um “princípio fundamental do direito internacional”<sup>12</sup>. Mas este princípio não gera obrigações nos tratados específicas originalmente e por si só; ele não obriga as partes do tratado a executar dispositivos específicos de um tratado originalmente e por si só. A regra *pacta sunt servanda* não força os Estados em violação a aplicar o tratado e ao cumprir. Além do mais, estas obrigações específicas são criadas pelo tratado em si e sua força vinculante é derivada de disposições específicas do tratado em que houve concordância. Estas obrigações não são reforçadas pelo art. 26 da VCLT. Como Verdross<sup>13</sup> afirma: “Então, a regra *pacta sunt servanda* tem um efeito muito geral e confirmativo. Ao se especificamente se estipular que o tratado tem que estar em vigor, a regra *pacta sunt servanda* não expressa uma tautologia. Além do mais, ela afirma que “somente tratados tidos pelo direito internacional como vinculantes, são vinculantes no direito internacional”<sup>14</sup>.

Esta obrigação geral é muito importante para a quebra dos tratados: ela obriga cumprimento e execução das obrigações do tratado “de boa-fé”, incluindo o “dever de não derrotar o objeto e propósito do tratado”<sup>15</sup>. Medidas unilaterais que mudariam, extinguiriam ou suspenderiam as disposições do tratado, não por meio de negociações, mas por violação, contrariariam o “dever de não derrotar o objeto e o propósito do tratado”. As partes devem encontrar soluções dentro do contexto cooperativo do tratado<sup>16</sup>. Tomuschat afirma que a regra *pacta sunt servanda* tem como objetivo a proteção à mera existência de um tratado internacional ou, como coloca o art. 27 da VCLT, ao destacar um destes problemas básicos de construção de tratado:

Uma parte não pode invocar os dispositivos do direito interno como justificativa para sua impossibilidade de executar um tratado...

<sup>12</sup> *Schmalenbach*, in: Dörr/Schmalenbach (ed.), Vienna Convention on the Law of treaties, 2012, Art. 26 m.no. 20.

<sup>13</sup> Citation and translation of *Verdroß*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926, 28 ff. by *Schmalenbach*, in: Dörr/Schmalenbach (ed.), Vienna Convention on the Law of treaties, 2012, Art. 26 m.no.1 n. 2.

<sup>14</sup> *Schmalenbach*, in: Dörr/Schmalenbach (ed.), Vienna Convention on the Law of treaties, 2012, Art. 26 m.no. 29.

<sup>15</sup> *Schmalenbach*, in: Dörr/Schmalenbach (ed.), Vienna Convention on the Law of treaties, 2012, Art. 26 m.no. 49.

<sup>16</sup> *Fitzmaurice*, in: Evans (ed.), International Law, 32010, 182.



Isto se correlaciona proximamente aos objetivos de legislação para quebra de tratado – em particular em respeito à prevenção de elisão e evasão tributária. Ademais, isto confirma minha conclusão de que a quebra dos contratos viola princípios basilares do direito internacional.

## 6.1 Quebra contratual da perspectiva do direito constitucional

A quebra contratual que constitui uma violação de obrigações de tratados internacionais não viola necessariamente o direito constitucional nacional. A resposta a esta questão é muito dependente na hierarquia legal que é conferida a um tratado internacional pelo direito constitucional nacional. De acordo com o direito constitucional alemão, o art. 59, 2, da Lei Fundamental (Constituição) requer um ato de transformação que é declarado por consentimento do Parlamento como pré-requisito para a implementação de dispositivos dos tratados no direito nacional. Já que o consentimento do parlamento é declarado por meio de uma disposição legal hierarquicamente inferior à norma constitucional, tratados internacionais em si atraem a mesma qualificação legal, o que significa que os tratados são inferiores às normas constitucionais. Como consequência, a quebra dos tratados somente viola o direito inferior ao direito constitucional, mas a quebra dos tratados não viola o direito constitucional. Ademais, direito doméstico que implementa legislação, promulgado depois de tratado, pode, de acordo com a regra *lex posterior*, deriva de dispositivos de tratados.

Apesar destas observações a questão relativa a se a quebra de tratados viola o direito constitucional é altamente debatida na Alemanha. Uma opinião desenvolvida por Klaus Vogel<sup>17</sup> afirma que a quebra contratual viola o império do direito (*rule o law*) e portanto viola o direito constitucional. O raciocínio de Vogel<sup>18</sup> é baseado no fato que o império do direito é determinado por uma constituição, que é aberta à cooperação internacional.<sup>19</sup> O Tribunal Federal Tributário<sup>20</sup>, acompanhando

<sup>17</sup> Tomuschat, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Art. 25, Zweitbearbeitung 1981, Rz. 114: „Gültigkeitsbedingungen“.

<sup>18</sup> Klaus Vogel, in Vogel/Lehner, Doppelbesteuerungsabkommen, 52008, Einl. Rz. 199.

<sup>19</sup> Klaus Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit 1964.





este raciocínio, recentemente apresentou a questão ao Tribunal Federal Constitucional em duas audiências preliminares. Eu acho que o Tribunal Federal Constitucional não irá declarar a quebra dos tratados inconstitucional em grande parte porque isto necessitaria de julgar que os tratados não são hierarquicamente inferiores à constituição.

## 6.2 Quebra de tratados da perspectiva do direito da União Europeia

Do ponto de vista do direito da União Europeia não existe muito o que se dizer no assunto. No caso Sebbag<sup>21</sup> a ECJ repetiu que liberdades fundamentais não prejudicam dupla tributação jurídica. Desde o princípio o Tribunal sustentou que a quebra dos tratados<sup>22</sup> não conflita com o princípio de cooperação leal (art. 4, 3, TEU) e que não infringe a obrigação dos Estados-membros de eliminar a dupla tributação, conforme disposto no antigo art. 220/293 EC. O raciocínio foi surpreendentemente, mas lógico. De acordo com o ECJ<sup>23</sup> e Gilly, art. 220 do Tratado EC (depois 293 EC) não tinham efeito direto. O Tribunal sustentou explicitamente que o art. 220/293: “não confere aos indivíduos quaisquer direitos que eles possam reclamar em seus tribunais nacionais”. Disto o ECJ decidiu no caso Sebbag que se não existiam direitos derivados do art. 220/293 EC, não podiam existir uma violação se um Estado promulgar legislação que contradiz suas obrigações de tratados.

## 7 A PERSPECTIVA COMPARADA

Esta perspectiva comparada é ainda um “trabalho em andamento”. Ainda estamos procurando por dados. Países que permitem a quebra de tratados são:

Austrália<sup>24</sup>, Austria<sup>25</sup>, Suíça<sup>26</sup>, Estados Unidos da América<sup>27</sup> e Reino Unido<sup>28</sup>.

<sup>20</sup> BFH v. 10.1.2012, IStR 2012, 426; v. 11.12.2013, DStR 2014, 306.

<sup>21</sup> ECJ, *Daniel Levy, Carine Sebbag / Belgium*, C 540/11, 19 September 2012.

<sup>22</sup> O ECJ não usou estas palavras, mas transcreveu este assunto em decisão que somente é disponível em Francês.

<sup>23</sup> ECJ, *Gilly*, C 336/96, 12 May 1998.

<sup>24</sup> *Kobetsky*, BIT 2005, 236 (245).



Países que não permitem quebra de tratados:

França<sup>29</sup>, Itália<sup>30</sup>, México<sup>31</sup>, Portugal<sup>32</sup> e Japão<sup>33</sup>.

---

<sup>25</sup> *Hohenwarter*, ECITLS vol. 2, 169 (184).

<sup>26</sup> *Bundesgericht*, BGE 99Ib, 39; BGE 112II, 1 (13); BGE 136III, 168 (172).

<sup>27</sup> *Infanti*, ECITLS (EC and International Tax Law Series) vol. 2, 366.

<sup>28</sup> *Roxan*, ECITLS vol. 2, 319.

<sup>29</sup> *Ress*, ZaöRV 1975, 445 (460 ff).

<sup>30</sup> *Arginelli/Innamorato*, ET 2008, 299 (300 ff.).

<sup>31</sup> *Ramos*, BIT 2010, 620 (622).

<sup>32</sup> *Teixeira/Williams*, INTERTAX 1994, 167 (168)

<sup>33</sup> *Hirobe*, AVR 1987, 39.



# DIREITO E TRANSNACIONALIDADE: DESAFIOS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA<sup>1</sup>

## LAW AND TRANSNATIONALITY: CHALLENGES OF THE CONTEMPORARY SOCIETY

*Carlos Roberto da Silva<sup>2</sup>*

*Jéssica Caroline da Silva<sup>3</sup>*

### Resumo

O presente artigo tem como objetivo uma breve exposição do tema da Transnacionalidade e suas implicações com o Direito em nossa sociedade contemporânea, abordando o percurso histórico do Constitucionalismo Moderno, que consigo trouxe a consagração dos Direitos Fundamentais. O trabalho científico em tela trata também do fenômeno do Pluralismo Jurídico e sobre as respostas sociais e políticas causadas pela migração e pela posterior formação de minorias raciais e culturais. Explanam-se os conceitos de Liberalismo e Democracia, tratando também de suas inter-relações e de sua adoção pelos pensadores e filósofos da Idade Moderna, demonstrando seus pontos convergentes e como, após o advento do Comunismo, o Liberalismo acabou se tornando uma teoria do campo da Economia. Discute-se, ademais, o fato de que a Democracia e, com ela, os direitos trabalhistas e sociais, sofrem severa e prejudicial influência em razão dos grandes grupos econômicos e pela economia transnacional, que domina os pequenos negócios e expande-se, tornando-se hegemônica e empregando grande parte do mercado de trabalho, exercendo pressão política e econômica em sentido inverso às conquistas sociais, e, desse modo, sobre o Estado Social. Por fim, trata-se dos impactos sociais que a Globalização, com sua inerente expansão de comunicações e tecnologias, e a Transnacionalidade dos grandes blocos econômicos trazem para os Estados soberanos subdesenvolvidos.

<sup>1</sup> Artigo recebido em 28/04/2014, pareceres submetidos em 27/05/2014 e 17/07/2014 e aprovação comunicada em 23/07/2014.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Pós-graduado em Direito Civil, Mestre em Ciência Jurídica e Doutorando em Ciência Jurídica, em dupla titulação, pela Universidade do Vale do Itajaí e Universidade de Alicante, na Espanha. Professor do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Magistrado lotado na Vara da Fazenda Pública da Comarca de Itajaí. E-mail: <crs4766@tjsc.jus.br>

<sup>3</sup> Acadêmica do Curso de Direito na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Aluna intercambista na Universidade de Alicante, Espanha, pelo Programa de Intercâmbio de Alunos (PIA) da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.



**Palavras-chave:** Direito; Constitucionalismo; Pluralismo; Liberalismo; Democracia; Globalização; Transnacionalidade.

### Abstract

This paper aims for a brief exposition of the theme of Transnationality and its legal implications in our contemporary society, showing a historical path to modern Constitutionalism, which brought the consecration of the fundamental rights. This work also explores the phenomenon of legal pluralism and the social and political responses caused by the migration and subsequent formation of racial and cultural minorities. The concepts of Liberalism and Democracy are explained, discussing their inter-relationships and their adoption by the thinkers and philosophers of the Modern Age, demonstrating their convergent points and how, after the advent of Communism, liberalism changed itself into a theory in field of Economics. It is argued, moreover, the fact that Democracy and, with it, labor and social rights, are currently suffering severe and harmful influence by large economic groups and the Transnational Economy, which dominates the small business and expands itself, becoming hegemonic and employing large part of the labor market, exerting political and economical pressure in the inverse direction of the social achievements, and thus of the welfare state. Lastly, the discussion flows to the social impact that Globalization, with its inherent expansion of communications and technologies, and the transnational nature of large economic groups have on the underdeveloped Sovereign States.

**Keywords:** Law; Constitution; Pluralism; Liberalism; Democracy; Globalization; Trans-nationalization.

## 1 INTRODUÇÃO

A trajetória histórica dos direitos fundamentais, marcada pelo direito consuetudinário, ganha aspecto formal escrito com a Carta Magna inglesa de 1215, ainda que essencialmente dirigida à classe burguesa, descontente com sua situação e os privilégios do rei. Desse modo, mesmo atendendo à pequena parcela da sociedade, representou um importante marco de conquista. Seguiram-se outras Cartas Fundamentais, com a inserção paulatina de novos direitos fundamentais, alcançando-se, em 1787, a Constituição Americana, que serviu de modelo para outras Constituições dos Estados Modernos.

O Liberalismo e a Democracia nasceram com conceitos de certo modo antagônicos, uma vez que a Democracia, em seu nível último, faria com que a população, por meio do sufrágio universal, viesse a tomar todas as decisões pelo corpo político, resultando em um sistema que, nessa óptica, era semelhante ao socialismo, e assim frontalmente contrário aos ideais liberais. Superada essa



aparente contradição, em tempos hodiernos, nos Estados Constitucionais Democráticos, tais categorias convivem e se complementam, em razão das paulatinas modificações que a definição do conceito de Liberalismo experimentou ao longo das discussões sobre Capitalismo e Democracia, contrapostos com os conceitos e ideais do Socialismo e do Comunismo.

No entanto, vislumbram-se sérios problemas a serem enfrentados pelos Estados guiados por constituições e com aparente e formal Democracia em funcionamento. O fenômeno da Transnacionalidade, visto sob o foco da economia global, influenciado pela mecanização e, atualmente, inserção de alta tecnologia nas linhas de produção – fatores em franco desenvolvimento desde a primeira Revolução Industrial – acarreta consequências sociais trabalhistas que desafiam a atual legislação dos Estados Constitucionais. Por outro lado, os direitos sociais, adquiridos primeiramente nos países com o sistema da *Common Law* e efetivados através de Cartas Fundamentais, estão sob ameaça de flexibilização e quiçá extinção, haja vista o caráter Transnacional dos grandes grupos econômicos, exerceedores de significativa influência nos governos dos Estados emergentes, estes ávidos por manter e ampliar o nível de emprego e de renda para dar suporte aos encargos da atuação social que se expandiu.

Há, pois, desafios a serem enfrentados pela sociedade contemporânea, superações que precisam ser alcançadas, sob pena de se agigantarem as desigualdades sociais, sobretudo nos países subdesenvolvidos ou em estágio de desenvolvimento, diferenças essas que, atingindo patamares superiores, podem colocar em risco as conquistas históricas do Constitucionalismo e da Democracia.

Supõe-se que não mais basta, a essas sociedades, a formal liberdade de escolha de seus representantes, ou mesmo a pseudoestabilidade política garantida pelo Constitucionalismo Moderno, na medida em que as grandes decisões políticas não são mais necessariamente tomadas com base na vontade da maioria. Cogita-se, assim, sobre a existência de uma força superior – nascida e fortificada a partir da Globalização e da Transnacionalização dos grandes grupos econômicos – e com poder de influência em decisões estratégicas, mesmo de cunho social, muito superior àquela adquirida ao longo dos tempos pelos Estados Constitucionais Democráticos.



## 2 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO E O FENÔMENO DO PLURALISMO

### 2.1 Histórico do Direito Constitucional

Nicola Matteucci afirma que o Estado Constitucional Moderno evoluiu dos tempos medievais, a partir do momento em que as leis tradicionais, fortemente ligadas aos costumes, deixaram de existir em favor de um sistema baseado em uma constituição, que passou a reger os direitos básicos:

Lo original del constitucionalismo moderno consiste en su aspiración a una constitución escrita, que contenga una serie de normas jurídicas orgánicamente relacionadas entre ellas, en oposición a la tradición medieval, que se expresaba en “leyes fundamentales” consuetudinárias (MATTEUCCI, 1998, p. 24)

Reforçando a ideia da ausência de uma Constituição – entendida aqui como documento único – escrita na Idade Média, sendo os direitos fundamentais previstos em normas esparsas e provenientes do costume, afirma Dalmo Dallari:

O Estado Constitucional, no sentido de Estado enquadrado num sistema normativo fundamental, é uma criação moderna, tendo surgido paralelamente ao Estado Democrático e, em parte, sob influência dos mesmos princípios. Os constitucionalistas, que estudam em profundidade o problema da origem das constituições, apontam manifestações esparsas, semelhantes, sob certos aspectos, às que se verificam no Estado Constitucional moderno, em alguns povos da Antiguidade. Assim é que LOEWENSTEIN sustenta que os hebreus foram os primeiros a praticar o constitucionalismo, enquanto que ANDRÉ HAURIOU é absolutamente categórico ao afirmar que "o berço do Direito Constitucional se encontra no Mediterrâneo oriental e, mais precisamente, na Grécia", havendo ainda quem dê primazia ao Egito. Entretanto, o próprio HAURIOU fala no "caráter ocidental do Direito Constitucional", explicando, como todos os que admitem o constitucionalismo na Antiguidade, que, com a queda de Roma, houve um hiato constitucional, que só iria terminar com o Estado moderno. Em conclusão, pois, o constitucionalismo, assim como a moderna Democracia, tem suas raízes no desmoronamento do sistema político medieval, passando por uma fase de evolução que iria culminar no século XVIII, quando surgem os documentos legislativos a que se deu o nome de Constituição. (DALLARI, 2009, p. 198)

Maurizio Fioravanti aprofunda o assunto, asseverando que o conjunto de normas regentes na Idade Média era fragmentado, variava de comunidade a





comunidade, e foi sendo construído e efetivado, após a queda do Império Romano ocidental, nessas pequenas organizações sociais, geralmente não alcançando grandes extensões territoriais ou populacionais:

Este conjunto se ordenó en esencia, cada vez más, por cuenta propia, según formas distintas e infinitamente variadas. En este sentido, fueron decisivos los primeros siglos de la Edad Media, precisamente esos que frecuentemente son considerados los siglos más oscuros, los de mayor decadencia. En realidad, fueron los siglos en el curso de los cuales los hombres, para los que bien poco podía significar ya el ideal político antiguo de la ciudadanía, se habituaron a buscar refugio y consuelo dentro de ordenamientos particulares, con frecuencia territorialmente bastante reducidos, dentro de los cuales el valor tranquilizados de la comunidad revivía esencialmente a través del derecho, a través de la presencia de reglas escritas en las cosas, establecidas consuetudinariamente, sobre cuya base cada uno podía encontrar la medida concreta de sus propias pretensiones, la seguridad propia y, también, el límite al ejercicio de los más penetrantes poderes públicos de coacción, los de aquellos que legítimamente podían imponer tributos, llamar a las armas, ejercer el oficio de juez. (FIORAVANTI, 2001, p. 36)

Ainda na Idade Média, a Inglaterra foi o berço onde germinou aquilo que pode ser considerado como revolucionário e precursor do constitucionalismo tal como é conhecido hoje. O documento Magna Carta, de junho de 1215, garantia, entre outros direitos, a necessidade do devido processo legal para condenação criminal de qualquer pessoa, a proteção dos direitos da viúva, a proteção do devedor solvente, proteção contra abusos no empréstimo de capital, a proteção dos miseráveis e proteção contra multas abusivas<sup>4</sup>.

Apesar de histórica, a Magna Carta de 1215 não representou um estrondoso sucesso, sobretudo em termos temporais, porque vigorou por menos de três meses e suas cláusulas não foram aplicadas corretamente, sendo substituída por versões melhoradas em 1216, 1217 e, por fim, em 1225, esta última sendo a mais eficaz, com disposições vigentes até os dias atuais:

In 1215 Magna Carta was a failure. It was intended as a peace and it provoked war. It pretended to state customary law and it promoted disagreement and contention. It was legally valid for no more than three months, and even within that period its terms were never properly executed. Yet it was revived in the re-issues of 1216, 1217 and 1225. The last version

<sup>4</sup> MAGNA CARTA. Disponível em: <<http://www.constitution.org/eng/magnacar.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2014.



became law, to be confirmed and interpreted in Parliament and enforced in the courts of law. Three of its chapters still stand on the English Statute Book. These embody, with some slight and occasional amendments, four of the original provisions of 1215. No other English legal enactment has enjoyed such long life. (HOLT, 2003, p. 1)

Ainda na Inglaterra, mas agora na Idade Moderna, a *Bill of Rights* de 1689 trouxe cláusulas que limitavam o poder da monarquia, como a proibição do monarca de se autointitular juiz. Citam-se atos censurados pelo documento, como a aplicação de multas e punições sem o devido processo legal, penas corporais cruéis e exigência de fianças excessivas. Outro direito garantido foi a liberdade de expressão para os membros do Parlamento:

The Bill of Rights asserted that Englishmen had certain inalienable civil and political rights, although religious liberty was limited for non-Protestants: Catholics were banned from the throne, and Kings and Queens had to swear oaths to maintain Protestantism as the official religion of England. Unless Parliament consented, monarchs could not establish their own courts or act as judges themselves; prevent Protestants from bearing arms, create a standing army; impose fines or punishments without trial; or impose cruel and unusual punishments or excessive bail. Free speech in Parliament was also protected. These protections are roots of those in the Constitution and the First, Second, Fourth, Fifth, Sixth, and Eighth Amendments.<sup>5</sup>

Em 1787, após a Guerra Civil americana, surge a constituição dos Estados Unidos da América, influenciada pela Magna Carta e pela *Bill of Rights* inglesas, além das obras de pensamento político de John Locke, Thomas Hobbes e Montesquieu:

Antecedent documents to the Constitution include the political writings about natural rights theory and forms of government by John Locke, Thomas Hobbes, and Montesquieu, and English charters of liberty including the Magna Carta and the English Bill of Rights. James Madison saw one important difference between those documents and the Constitution, however: "In Europe, charters of liberty have been granted by power. America has set the example... of charters of power granted by liberty."<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Bill of Rights Institute. **Americapedia**: English Bill of Rights (1689). Disponível em: <<http://billofrightsinstitute.org/resources/educator-resources/mericapedia/mericapedia-documents/english-bill-of-rights/>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

<sup>6</sup> Bill of Rights Institute. **Americapedia**: Constitution (1787). Disponível em: <<http://billofrightsinstitute.org/founding-documents/constitution/>>. Acesso em: 25 fev. 2014.





A constituição americana continha o uso do sistema de freios e contrapesos, direitos individuais, cláusulas sobre liberdade, limites do poder do governo, linhas sobre o governo republicano e a soberania popular. Matteucci detalha a forma e o regime de governo adotado pela constituição americana:

[...] la forma de gobierno o el régimen presidencial, que tiene su referencia en la Constitución de los Estados Unidos de América; el régimen asambleario, que encuentra sus formulaciones en algunos momentos de la Revolución americana y sobre todo de la francesa, en los que son extremadamente altas la participación y la movilización políticas; y el régimen parlamentario, que tiene un primer origen en Inglaterra, pero que se racionaliza en el continente. (MATTEUCCI, 1998, p. 287)

Desse modo, os Estados Unidos acaba solidificando o sistema constitucional no novo mundo e servindo de base para a expansão do modelo constitucionalista por toda a América e Europa, um processo que mostrou a rápida adoção do modelo por alguns países e a resistência dos Estados europeus ao novo sistema.

## 2.2 O impacto do pluralismo

O pluralismo, tal como defendido por Jurgen Habermas, representa a inclusão social e efetiva das diferentes minorias no todo social, mediante a igualdade dos direitos e deveres, bem como com a criação de políticas públicas com o intuito de efetivar a integração dos povos:

A leitura liberalista da autodeterminação democrática mascara, contudo, o problema das minorias "inatas", que é percebido com maior clareza a partir do ponto de vista comunitarista, assim como do ponto de vista intersubjetivista da teoria do discurso. O problema também surge em sociedade democrática, quando uma cultura majoritária, no exercício do poder político, impinge às minorias a sua forma de vida, negando assim aos cidadãos de origem cultural diversa uma efetiva igualdade de direitos. Isso tange questões políticas, que tocam o auto-entendimento ética e a identidade dos cidadãos. Nessas matérias, as minorias não devem ser submetidas sem mais nem menos às regas da maioria. (HABERMAS, 2007, p. 170)

Ainda, autores como Peter Häberle afirmam que o pluralismo possui uma relação intrínseca com a Democracia constitucional, tendo influência direta no processo de desenvolvimento democrático-constitucional (HÄBERLE, 2008, p. 23).



Resumiendo de forma panorámica: toda Democracia, toda teoría social realista, así como toda teoría que se repute científica (científica en cuanto a su proyección más realista en materia de derechos fundamentales), se encontrará necesariamente dentro del ámbito propio del pluralismo. (HÄBERLE, 2008, p. 110)

O fenômeno do pluralismo não apregoa somente a diversidade inerente, mas também teorias e movimentos, por vezes radicais, com intenções antipluralistas. Esses movimentos tendem a causar uma resposta do governo democrático, com o intuito de frustrar manifestações xenofóbicas, criando ou modificando leis ou programas políticos relacionados ao assunto.

O problema das minorias “inatas”, que pode surgir em todas as sociedades pluralistas, agudiza-se nas sociedades multiculturais. Mas quando estão organizadas como Estados democráticos de direitos, apresentam-se, todavia, diversos caminhos para se chegar a uma inclusão “com sensibilidade para as diferenças”: a divisão federativa dos poderes, uma delegação ou descentralização funcional e específica das competências do Estado, mas acima de tudo, a concessão de autonomia cultural, dos direitos grupais específicos, as políticas de equiparação e outros arranjos que levem a uma efetiva proteção das minorias. Através disso, dentro de determinados territórios e em determinados campos políticos, mudam as totalidades fundamentais dos cidadãos que participam do processo democrático, sem tocar nos seus princípios. (HABERMAS, 2007, p. 172)

Assim, o pluralismo confere aos diferentes povos que constituem as nações contemporâneas a necessária diversidade, através das diferentes culturas, religiões e costumes, com a liberdade garantida pelas normas constitucionais e pelos governos, sendo essa a verdadeira manifestação da Democracia.

### **3 DEMOCRACIA E LIBERALISMO: MODELOS EM DISCUSSÃO PARA UMA NOVA CONCEPÇÃO DE ESTADO CONSTITUCIONAL**

#### **3.1 O domínio do Liberalismo**

O Liberalismo é uma concepção do Estado, na qual limites são impostos às funções e aos poderes inerentes ao governo (BOBBIO, 2000, p. 7). O Liberalismo, portanto, é o desenvolvimento natural do movimento constitucionalista que teve início na Inglaterra da Idade Moderna.



Os direitos fundamentais, criados com as primeiras constituições, mostram a definitiva influência do Liberalismo nas ideologias presentes no corpo legislativo das nações democráticas.

O pressuposto filosófico do Estado liberal, entendido como Estado limitado em contraposição ao Estado absoluto, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural (ou jusnaturalismo): doutrina segundo a qual o homem, todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade – direitos esses que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros. (BOBBIO, 2000, p. 11)

Um dos objetivos – ou efeitos – do Liberalismo foi a diminuição do poder absoluto do rei, que foi se diluindo com as crises e revoluções sociais e culminou, assim, com uma espécie de contrato social democrático, como idealizado por Rousseau, a partir do qual os cidadãos acordaram viver em sociedade, tendo seus direitos básicos garantidos por um ente maior, com o objetivo de tornar possível a vida em sociedade:

[...] historicamente, o Estado liberal nasce de uma contínua e progressiva erosão do poder absoluto do rei e, em períodos históricos de crises mais aguda, de uma ruptura revolucionária (exemplares os casos da Inglaterra do século XVII e da França do fim do século XVIII); racionalmente, o Estado liberal é justificado como o resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livres que convencionam estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência pacífica e duradoura. (BOBBIO, 2000, p. 14)

A conexão entre Liberalismo e Democracia remonta aos direitos fundamentais, defendidos por ambos. A Democracia, enquanto assegura direitos de voto e participação efetiva de todos os cidadãos no processo executivo e legislativo, tem objetivos semelhantes ao do Liberalismo: limitar o poder do Estado, para que não seja autoritarista, e garantir os direitos constitucionais aos cidadãos (BOBBIO, 2000, p. 42-44).



### 3.2 O futuro da Democracia

Alexis de Tocqueville, filósofo político francês, acreditava que a Democracia iria, ao final de sua expansão e desenvolvimento, tornar todos os cidadãos iguais, em algo que lembraria os ideais socialistas:

Por acaso existe alguém capaz de pensar que a Democracia, depois de ter destruído o feudalismo e vencido os reis, retrocederá diante dos burgueses e dos ricos? Será possível que interrompa sua marcha justamente agora que se tornou tão forte e seus adversários tão fracos? (TOCQUEVILLE apud BOBBIO, 2000, p. 56)

Apesar do fato de que Tocqueville era pró-Liberalismo, a razão pela qual ele não apoiava a Democracia pode ser explicada por Friedrich von Hayek:

O Liberalismo exige que todo poder – e, portanto, também o da maioria – seja submetido a limites. A Democracia, ao contrário, chega a considerar a opinião da maioria como o único limite aos poderes governativos. A diversidade entre os dois princípios emerge do modo mais claro ao se atentar aos respectivos opostos: para a Democracia, o governo autoritário; para o Liberalismo, o totalitário. (HAYEK, apud BOBBIO, 2000, p. 88)

A Democracia clássica, que em seu princípio básico defende a participação geral para a seleção do corpo político e de suas ações, encontra sua efetividade no princípio democrático, aqui descrito por Paulo Márcio Cruz:

A efetivação do princípio democrático pressupõe que as decisões públicas devem ser adotadas através da participação, direta ou indireta, dos cidadãos, e que, por isto, podem ser também modificadas ou revogadas pela vontade deles. Isto supõe a existência de canais de participação destes cidadãos na adoção de decisões públicas. Mas supõe algo mais: que a mesma organização da comunidade política encontre sua legitimidade e justificação na vontade popular. (CRUZ, 2011, p. 22-23)

Essa exposição pode ser demonstrada historicamente, observando a forma democrática do governo em Atenas, que garantia os seguintes direitos a todos os cidadãos:

[...] primacia absoluta de la asamblea de todos los ciudadanos atenienses para la asunción de las decisiones de relevancia colectiva; derecho de palabra y de propuesta dentro de la asamblea atribuido a todo ciudadano sin discriminación alguna; extracción por suerte de los cargos públicos y de



las magistraturas, comprendidos los tribunales, de nuevo sobre el presupuesto de una igualdad absoluta entre los ciudadanos, de tal manera que todos son considerados dignos de acceder incluso a los más altos cargos; alternancia anual de los gobernantes, que compromete en la responsabilidad de gobierno a la parte más tenaz posible de la ciudadanía; obligación de los mismos gobernantes de rendir cuentas públicamente. Todo esto se había desarrollado según el binomio *demokratá-isonomía*, situando así la organización de la política sobre un orden fundado en el principio primero de la igualdad. (FIORAVANTI, 2001, p. 17-18)

Atualmente, a Democracia representativa – com seu objetivo original sendo a integração das diferentes culturas que compreendem um Estado soberano, através da forma da escolha dos governantes, tendo como fim a diminuição dos governos autoritaristas e tiranos – não mais cumpre seus objetivos como outrora, em especial tendo em conta a influência que os interesses econômicos e de pequenos grupos exercem nos representantes eleitos pelo povo, significando isso que a representatividade da maioria é instável e não mais caminha no interesse geral da coletividade:

Atualmente, a Democracia Representativa é cada vez mais um instrumento de legitimação das injustiças sociais, assim como eram aqueles instrumentos presentes no Estado Absoluto e no Estado Feudal. Em busca da legitimação, a humanidade seguiu seu curso de desenvolvimento. Cada estágio de desenvolvimento corresponde a uma das fases do Estado, do antigo ao constitucional. Ocorre que, como se trata de um desenvolvimento limitado, baseado na ascensão de determinada(s) classe(s) ou grupo(s) social(ais) às estruturas de poder, a legitimação continua sendo precária e limitada. (CRUZ, 2011, p. 22)

Retornando à dicotomia entre Democracia e Liberalismo, é fato que os democratas tomaram a frente na disputa contra os liberais (BOBBIO, 2000, p. 96). Com o domínio da Democracia e o surgimento da ameaça real do socialismo, o foco da teoria liberalista virou-se para o mercado e, em um plano mais amplo, para a economia:

Se, efetivamente, como estava inscrito no programa dos partidos social-democráticos da Segunda Internacional, o processo de progressiva democratização levaria inevitavelmente ao socialismo, deveriam os liberais favorecer esse processo? Precisamente na reação contra o presumido avanço do socialismo, com seu programa geral de economia planificada e da coletivização dos meios de produção, a doutrina liberal foi cada vez mais se concentrando na defesa da economia de mercado e da liberdade de iniciativa econômica (bem como da correspondente tutela da propriedade



privada), identificando-se com a doutrina econômica que na linguagem política italiana recebeu o nome de Liberalismo. (BOBBIO, 2000, p. 85-86)

A Democracia atual, não mais ameaçada pelo socialismo, que ruuiu por não ter conseguido atender, como o fez o Capitalismo, às novas necessidades das sociedades globalizadas, possui um novo adversário: a influência, ainda que oculta, do poder econômico dos grandes blocos transnacionais, que meticulosamente controlam e tentam frear, à luz dos seus interesses (capital e lucro), os avanços legislativos dos direitos sociais alcançados pelo *Welfare State*, destacando-se, em particular, os direitos trabalhistas.

#### **4 O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO FRENTE ÀS DESIGUALDADES SOCIAIS E A CRISE ECONÔMICA MUNDIAL: DESAFIOS E NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO.**

##### **4.1 A Globalização e a Transnacionalização**

Historicamente, pode-se dizer que a primeira Globalização existente foi a dos colonizadores marítimos europeus, pois guarda semelhança – evidentemente, considerando-se as devidas proporções e meios disponíveis – no aspecto de difusão de cultura e comportamento, com o processo de expansão cultural e de tradições hoje vivido com a Globalização cultural moderna:

Arnold J. Toynbee aponta na Revolução Comercial da epopéia das Descobertas lusas e espanholas dos séculos XV e XVI a primeira Globalização propriamente dita, no sentido de estender-se aos confins do globo marítimo-terrestre: a Espanha, indo da América Central, e do norte e do Sul às Filipinas; Portugal, indo da África, Brasil e Índia à China, em Macau, e Japão, em Nagasaki. (CHACON, 2002, p. 22)

A Globalização, nas palavras de Lipovetsky e Juvin, representa a junção dos fenômenos econômicos e tecnológicos que tem por objetivo aproximar os países, além da antiga barreira geopolítica, que limitava o comércio e as comunicações:

La época en que vivimos está caracterizada por una poderosa e irresistible tendencia a la unificación del mundo. En Francia se denomina mundialización y en otras partes globalización. Esta formidable dinámica





coincide con la conjunción de fenómenos económicos (liberalización de mercados en un capitalismo planetario), innovaciones tecnológicas (nuevas tecnologías de la información y la comunicación) y cambios radicales de la situación geopolítica (hundimiento del imperio soviético). Aunque esta unificación del mundo no es un fenómeno en absoluto reciente (estamos en una <segunda globalización>) ni una realidad completa, no es menos cierto que representa un cambio general y profundo tanto en la organización como en la percepción de nuestro mundo. (LIPOVETSKY; JUVIN, 2011, p. 13)

Outro conceito, de Carlos Juan Moneta, bem elucidada a Categoria:

[...] refere-se aos processos considerados como um conjunto inter-relacionado – de crescente interação e interdependência, originadas entre as distintas unidades constitutivas do novo sistema mundial em formação. Esses processos motivam a ampliação do espaço geográfico e a modificação dos campos de ação, os quais adquirem uma dimensão multidimensional, agindo entre outras variáveis, as atividades e seus resultados, de países e regiões, empresas transnacionais, organismos internacionais, organizações públicas e privadas, grupos e movimentos sociais. (PASOLD, 2010, p. 80-81)

A Globalização afetou as relações comerciais de tal maneira que a economia, hoje, encontra-se em um estado de apoliticidade: não mais está inteiramente submetida aos efeitos das decisões do corpo político de um Estado, seja ele desenvolvido ou não:

Numa geração anterior, a política social baseava-se na crença de que as nações, e dentro delas as cidades, podiam controlar suas riquezas; agora, abre-se uma divisão entre Estado e economia. (BAUMAN, 1999, p. 10 e 76, p. 63)

Os Estados – considerados aqui como a junção dos três poderes que compõem as nações democráticas – não mais possuem os meios necessários para limitar as relações no atual mercado globalizado. Os governos já não são capazes de limitar a transferência de capital entre empresas nacionais e internacionais, visto que essas se confundem e, em conjunto, conseguem investir em vários países e explorar os campos deficitários de cada um deles – removendo seu capital e investindo em outro, assim que a relação comercial passa a não ser mais benéfica aos seus interesses econômico-financeiros.

A economia [...] move-se rápido; rápido o bastante para se manter permanentemente um passo adiante de qualquer Estado (territorial, como



sempre) que possa tentar conter e redirecionar suas viagens. Neste caso, pelo menos, a redução do tempo de viagem a zero produz uma nova qualidade: uma total aniquilação das restrições espaciais, ou melhor, a total “superação da gravidade”. (BAUMAN, 1999, p. 10 e 76, p. 63)

Zygmunt Bauman continua:

[...] já não é mais óbvio definir o Banco Midland ou o ICL como britânicos (ou, aliás, empresas como a British Petroleum, British Airways, a British Gas ou a British Telecom)... Num mundo em que o capitão não tem domicílio fixo e os fluxos financeiros estão bem além do controle dos governos nacionais, muitas das alavancas da política econômica não mais funcionam. (BAUMAN, 1999, p. 10 e 76, p. 64)

A Transnacionalização, por sua vez, quando considerada em conjunto com a Globalização, representa o poder econômico que possuem as empresas sediadas em um Estado, na sua projeção para os outros Estados, através de suas filiais transnacionais:

Na virada do século XX para o XXI, os Estados vão deixando de ser nacionais e plurinacionais e passam a ser – os que para isso dispõem de poder econômico e científico-tecnológico, portanto militar e político – Estados transnacionais: Seu poder econômico lhes é dado por suas empresas também transnacionais, no sentido, antes definido, de sediadas num Estado-nação e dele projetadas em outros. Empresa transnacional e Estado transnacional acompanham-se, braços da mesma cultura-civilização que os gerou e mantém, cultura significando o que são os seus homens, e civilização, o que fazem, aquela enquanto seiva desta. (CHACON, 2002, p. 19)

O fenômeno da Globalização, considerado na expansão territorial da cultura e costumes, é impulsionado pela Transnacionalização das empresas, que acabam por influenciar a população dos Estados em que possui filiais e vender ou consumir não apenas um produto ou serviço, mas um novo estilo de vida agregado àquilo que comercializa em nível mundial:

No son sólo los objetos comerciales los que se multiplican y difunden en el cuerpo social con el capitalismo de consumo: es una nueva cultura, con nuevos referentes que se apoderan de la cotidianidad. Una cultura que exalta sin cesar los placeres del bienestar y del ocio, de la moda y del entretenimiento: no ya los ideales sacrificiales, sino el goce de las sensaciones, del cuerpo, de las vacaciones. Se construye toda una cultura hedonista publicitando los sueños de felicidad privada bajo el signo de la diversión, la ligereza, el erotismo, el humor. Después de los ideales de la renuncia ha llegado una cultura de desculpabilización, de tentación, de





estimulación permanente de los deseos. Los ideales heroicos del futuro, típicos de la primera modernidad, han cedido el puesto a una cultura que mitifica el presente, una cultura de satisfacción de deseos continuamente renovados. (LIPOVETSKY; JUVIN, 2011, p. 39-40)

Desse modo, a cultura tornou-se um produto comercializável através das filiais das empresas transnacionais:

La cultura [...] ahora está obligada a volverse individual, esto es, elegible, adquirible, vendible, como cualquier otro producto. Era la acumulación de experiencias de generaciones pasadas, transmitidas a cada individuo, que permitían mitigar la incertidumbre del futuro, aceptarlas con buena voluntad y creer de buena fe que el futuro sería mejor. Máquina de transmitir unidad entre generaciones separadas por el tiempo; máquina de crear unidad entre contemporáneos separados por sus creencias, su origen y sus intereses. (LIPOVETSKY; JUVIN, 2011, p. 122)

Nessa senda, cabe considerar a expansão das empresas transnacionais como uma nova forma de colonização, influenciando diretamente o estilo de vida de uma população que possui cultura e costumes próprios, fazendo com que sempre existam alguns poucos Estados “globalizadores” e muitos outros “globalizados”, aliás, situação comumente vista no processo de Globalização ao longo dos tempos:

A necessidade da homogeneização econômica, política e cultural pela Globalização não passa de uma falácia. Há ciclos de agregação e desagregação. Em toda Globalização há sempre muitos globalizados e poucos globalizadores. Até mesmo na mais celebrada das integrações internacionais na virada do século XX ao XXI, a da União Européia, há um núcleo poderoso composto por Alemanha, França e Grã-Bretanha, mais os seus anexos imediatos e as suas periferias menos ou mais distantes do centro hegemônico, controlados pelo Banco Central, matrizes industriais e financeiras, centros também científicos, tecnológicos e formadores de opinião. (CHACON, 2002, p. 13)

Porém, as consequências sociais do fenômeno da Transnacionalização vão além da influência exercida no estilo de vida de uma população consumerista. Existe o lado maléfico e perverso do ponto de vista social, que não pode ser negado ou camuflado, sob pena de sério prejuízo, na medida em que conquistas que caminharam ao encontro do bem estar social e qualidade de vida das pessoas experimentem momento de perigoso retrocesso.



## 4.2 As possíveis (e danosas) consequências sociais

Os países “globalizados” acabam por ter seu desenvolvimento social, e aqui se destacam os direitos trabalhistas, reprimido. Com a presença das empresas transnacionais – que dada sua natureza intrínseca, são empresas de grande poderio econômico e, com isso, necessitam de grande quantidade de trabalhadores – os avanços na legislação trabalhista, enquanto protecionistas da parte hipossuficiente, acontecem no ritmo em que os legisladores criarem tais leis e os empresários, donos das empresas transnacionais, acordarem.

Acerca do assunto, Bauman comenta:

Devido à total e inexorável disseminação das regras de livre mercado e, sobretudo, ao livre movimento do capital e das finanças, a “economia” é progressivamente isentada do controle político; com efeito, o significado primordial do termo “economia” é o de “área não política”. O que quer que restou da política, espera-se, deve ser tratado pelo Estado, como nos bons velhos tempos – mas o Estado não deve tocar em coisa alguma relacionada à vida econômica: qualquer tentativa nesse sentido enfrentaria imediata e furiosa punição dos mercados mundiais. (BAUMAN, 1999, p. 74)

A competitividade do atual mercado e das relações consumeristas faz com que as empresas tenham que cortar gastos e oferecer seus produtos ao menor preço possível. Nesse cenário, as empresas transnacionais acabam exercendo pressão política contra as legislações trabalhistas, levando em conta a ameaça de transferência ou fechamento de suas filiais (exemplo recentíssimo é a situação da Coca-Cola na Espanha), sempre que a legislação trabalhista de um país tornar-se protecionista além dos interesses da empresa:

Medidas legislativas de âmbito nacional e internacional caminharam para o lado da flexibilização das relações de trabalho, sobretudo no que tange aos critérios de admissão, pagamento de salário, compensação de jornada e ainda os de alteração, suspensão e rescisão do contrato de trabalho. A flexibilização, tal como é apregoada hoje, é um primeiro passo na trajetória de total desregulamentação do direito do trabalho, fenômeno que faz parte do receituário neoliberal que propugna pela diminuição do custo operacional e pela destruição dos direitos sociais. (VECCHI, 2007, p. 22)

O sociólogo e cientista político Claus Offe afirma que o poder público já não pode criar as normas que julgar necessárias, porque precisa, antes, pensar naquilo



que pode ser feito nas condições atuais, visto que as fronteiras não mais representam impedimento ou dificuldade para movimentação de capital. Há um movimento constante para a liberalização dos mercados de trabalho e de imóveis, que tende a um crescente afrouxamento das cargas tributárias e das normas reguladoras e protecionistas, exatamente o sistema de freios necessários para o devido equilíbrio dos mercados. (BAUMAN, 1999, p. 76)

Bauman, todavia, descreve que o desinteresse da alta cúpula das empresas transnacionais não é algo novo, criado pela Globalização: as empresas puramente nacionais também possuíam dirigentes que somente se interessavam pelo lucro:

A nova liberdade do capital é remanescente da liberdade que tinham outrora os proprietários ausentes, notórios por sua negligência, muito sentida, face às necessidades das populações que os alimentavam. Extrair o “produto excedente” era o único interesse que os proprietários ausentes tinham na vida da terra que possuíam. Há com certeza alguma similaridade aqui — mas a comparação não faz inteira justiça à liberdade de preocupações e responsabilidade adquirida pelo capital móvel do final do século XX mas que os proprietários ausentes nunca puderam ter. (BAUMAN, 1999, p. 17)

Desse modo, com o avanço das empresas transnacionais, não há mais compromisso em se manter filiais de uma empresa em determinado Estado quando as leis locais tornarem-se mais rigorosas para com os objetivos financeiros (lucro) da empresa:

O capital pode sempre se mudar para locais mais pacíficos se o compromisso com a “alteridade” exigir uma aplicação dispendiosa da força ou negociações cansativas. Não há necessidade de se comprometer se basta evitar. (BAUMAN, 1999, p. 18)

Os maiores blocos econômicos, mesmo aqueles que possuem intrínseca relação com o seu país de origem, estão rapidamente mobilizando seu capital e suas instalações do segundo setor para os países que menos produzem e fiscalizam em matéria de direitos e leis trabalhistas: os países subdesenvolvidos, especialmente na Ásia:

O conglomerado sueco-suíço Asea Brown Boveri anunciou que reduziria sua força de trabalho na Europa ocidental em 57.000 pessoas e criaria mais empregos na Ásia. A Electrolux, em seguida, anunciou que reduzirá a sua força de trabalho global em 11 por cento, sobretudo na Europa e na



América do Norte. A Pilkington Glass também anunciou cortes significativos. Em apenas dez dias, três empresas europeias cortaram empregos em escala suficiente para se equiparar aos números mencionados nas propostas dos novos governos francês e britânico para criação de empregos. Sabe-se que a Alemanha perdeu 1 milhão de empregos em cinco anos e que suas empresas estão ocupadas construindo fábricas na Europa oriental, na Ásia e na América Latina. Se a indústria europeia ocidental está se mudando maciçamente para fora da Europa ocidental, então todos esses argumentos sobre a melhor política governamental face ao desemprego têm que ser vistos como de importância limitada. (BAUMAN, 1999, p. 63-64)

O êxodo das empresas ditas nacionais que, com a expansão do fenômeno da Globalização, instalaram filiais com mesmo potencial de produção e com uma fração dos custos com pessoal da empresa de seu país de origem, causa uma instabilidade no mercado de trabalho e, conseqüentemente, no desenvolvimento social dos países-filiais, tendo em conta a incerteza de sua permanência:

A crise dos mercados internacionais sugere maior interdependência entre os países na busca de um *locus* comum com a menor regulamentação para impedir o avanço das ações mercantis [...] Esse fenômeno cria condições desfavoráveis às economias locais, regionais ou nacionais, pois os recursos alocados nessas regiões podem ser retirados por movimentos financeiros entre países em poucas horas. A ruptura de barreiras por meio do advento tecnológico fragilizou a dimensão local perante a mundial. (PASOLD, 2010, p. 125)

Assim, mesmo as empresas com fortes raízes em seu país de origem, com o objetivo de conseguir grandes porcentagens de lucro, movem suas instalações para os países menos desenvolvidos, nos quais existem sempre trabalhadores que concordam em cumprir uma maior jornada de trabalho e receber menos do que os antigos funcionários, além do fato de que as leis trabalhistas protegem menos os trabalhadores, exatamente com o intuito de atrair as empresas transnacionais e gerar os empregos que as instituições nacionais não conseguem:

Com a Globalização, o mundo empresarial mostra-se cada vez mais competitivo. Essa competitividade faz com que o empregador tenha que se adaptar às necessidades do mercado, precisando reduzir gastos, e tal economia acaba por refletir em prejuízo ao trabalhador, o qual é o polo mais fraco da relação de trabalho. Assim, com a flexibilização, o empregado tem se submetido a situações degradantes, como redução salarial, jornada de trabalho excessiva, sem falar nos efeitos indiretos como a exploração demasiada do trabalhador, fazendo com que ele se submeta a uma carga de trabalho descomunal, situação na qual tem-se um funcionário trabalhando por quatro. (ZAMBOTTO, 2014)



Finalmente, essa situação faz com que as estatísticas sobre desemprego experimentem índices de crescimento sem, contudo, melhorar na proporção que se poderia imaginar em razão dos números, as condições de trabalho da população, criando um ciclo de produção que visa sempre ao maior lucro e ao pagamento de menores salários e garantias trabalhistas aos trabalhadores em geral.

Os novos governos transnacionais, para reverter esse quadro, deverão se pautar pelas Constituições, garantindo os direitos fundamentais de todos os cidadãos, assegurando a defesa dos interesses do mercado de trabalho nacional, como afirma Cesar Luiz Pasold:

A flexibilização dos direitos fundamentais corrobora a ação antiética promovida pelas empresas ou corporações transnacionais. O Estado transnacional deverá pautar sua formulação – política, econômica, social – pela proteção às pessoas pelos critérios adequados nos quais se percebem o significado das múltiplas inter-retroações entre as culturas do mundo. A partir dessa experiência do *ser-com-outro* participam interesses de cunho político preparados para elaborar esse novo espaço democrático. (PASOLD, 2010, p. 127)

Supõe-se, portanto, que somente tendo os novos governos transnacionais esse foco, voltado à garantia dos direitos fundamentais, poderão os trabalhadores – e aqui se fala da pessoa humana que honradamente se dedica ao trabalho para manter-se e aos seus – ter seus direitos sociais e trabalhistas garantidos e a certeza de um mercado de trabalho estável. O que se cogita, pois, encontra respaldo no objetivo maior que deve nortear todo o processo de evolução da humanidade: o bem estar das pessoas, do todo social, não apenas de parte dele.

## 5 CONCLUSÃO

O resultado da discussão filosófica entre Democracia e Liberalismo, em contraponto aos ideais do Socialismo, culminou com a adoção da Democracia Constitucional pela maior parte dos Estados soberanos modernos. Com a Democracia representativa, os direitos sociais foram sendo forjados em reação à massificação da produção e, conforme o corpo político de cada Estado, assegurados à população, seja no apogeu ou mesmo após o *Welfare State*.



A Globalização, vista sob o enfoque de suas consequências culturais trazidas pelo pluralismo, provoca a necessidade de reação dos Estados, no sentido de ações políticas para que a inclusão das minorias no corpo social e a garantia de seus direitos, em paridade com a maioria nata, seja efetivada, evitando-se o crescimento das desigualdades.

Por outro lado, uma das características mais impactantes da Globalização foram as aberturas comerciais e políticas que permitiram a criação das empresas transnacionais. Essas, no entanto, considerando a avidez pelo capital e lucro, influenciam decisivamente no enfraquecimento das legislações de cunho social, sobretudo as de índole trabalhistas, reduzindo não somente os direitos laborativos, mas também os direitos sociais básicos, ao empregar grande número de pessoas a salários baixos e expô-las a extensivas jornadas de trabalho.

Diante do quadro, é necessário que os Estados, por seus mecanismos políticos e instituições, fortifiquem os direitos fundamentais e efetivem políticas públicas que visem a garantia das mínimas condições sociais e de trabalho à população, em contraponto à ação das empresas transnacionais, que ameaçam transferir filiais e capital para aportar em outro local onde possam continuar explorando mão-de-obra barata, auferindo sempre o maior lucro pela menor aplicação de capital possível, ao custo do desenvolvimento social dos países subdesenvolvidos.

A proteção aos direitos fundamentais, jornada de longa data até os dias atuais, vê-se seriamente ameaçada por entidades outras que não a junção dos três poderes representativos do Estado moderno, que efetivamente podem (devem) reagir e implementar modificações, adotando a melhor política para o equilíbrio da economia interna, sem que sucumba às contraindicações da Globalização e da Transnacionalização, ao contrário, delas tire proveitos à população.

Portanto, haverão de ser superados esses desafios que se mostram presentes nas sociedades contemporâneas, sobretudo em países cujo patamar ideal econômico-social ainda não foi atingido. As conquistas e garantias advindas da Democracia e do Constitucionalismo – bem assim dizer o Estado Constitucional Democrático – e suas instituições fortes e atuantes no rumo do interesse da pessoa humana, devem servir como ferramentas para esse desiderato, sob pena de sério





perigo às estabilidades política e social alcançadas - sabendo-se que, em um mundo globalizado, tanto o benéfico quanto o pernicioso se espalha à velocidade cibernética.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BILL OF RIGHTS INSTITUTE. **Americapedia: Constitution (1787)**. Disponível em: <<http://billofrightsinstitute.org/founding-documents/constitution/>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

BILL OF RIGHTS INSTITUTE. **Americapedia: English Bill of Rights (1689)**. Disponível em: <<http://billofrightsinstitute.org/resources/educator-resources/americanapedia/americanapedia-documents/english-bill-of-rights/>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

CHACON, Vamireh. **Globalização e Estados Transnacionais: Relações internacionais no século XXI**. São Paulo: SENAC, 2002.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Traducción de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2008.

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2007.

HAYEK, Friedrich von. Liberalismo. Enciclopedia del Novecento, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, vol. 3. In: BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

HOLT, Sir James Clarke. **Magna Carta**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

LIPOVETSKY, Gilles; JUVIN, Hervé. **El Occidente globalizado: Un debate sobre la cultura planetaria**. Barcelona: Anagrama, 2011.

MAGNA CARTA. Disponível em: <<http://www.constitution.org/eng/magnacar.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización Del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno**. Madria: Trotta, 1998.



PASOLD, Cesar Luiz. (Coord.) **Primeiros ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis de. De la Démocratie en Amérique *In*: BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Noções de Direito do Trabalho**: um enfoque constitucional. 2. ed., v.1. Passo Fundo: UPF, 2007.

ZAMBOTTO, Martan Parizzi. **Os limites e os riscos da flexibilização das normas trabalhistas**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12541](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12541)>. Acesso em: 25 fev. 2014.





# INTEGRAÇÃO JURÍDICO-PENAL NA UNIÃO EUROPEIA: NOTAS CRÍTICAS E LIMITES DOGMÁTICOS<sup>1</sup>

CRIMINAL LAW INTEGRATION IN THE EUROPEAN UNION:  
CRITICAL NOTES AND DOGMATIC LIMITATIONS

*Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa<sup>2</sup>*

## Resumo

A insegurança generalizada e o aumento das expectativas no Direito Penal são consequências diretas da globalização. Esse fenômeno tornou possível novas formas de cometimento de crimes, os quais, graças ao desenvolvimento das telecomunicações, dos blocos econômicos e das movimentações financeiras, se permitiu, atualmente, ultrapassarem fronteiras e se tornarem transnacionais. Tal é o âmbito de análise do presente trabalho: tentar explorar os limites dogmáticos e os efeitos desta nova e complexa forma de criminalidade. Não poderia ser outro o âmbito de análise que não a União Europeia, modelo insigne de integração, que tem por uma de suas metas a constituição de um espaço penal comum. O objetivo, no entanto, é apresentar uma tentativa de harmonização deste novo direito penal europeu com os princípios liberais que regem o contemporâneo Estado Democrático de Direito. Conforme se tentará demonstrar, como conclusão, um Direito Penal e Processual Penal transnacional somente pode ter legitimidade na medida em que preserve um grau, seja um mínimo razoável, de garantias de seus cidadãos e limitação do poder punitivo.

**Palavras-chave:** Crime transnacional, Processo Penal Transnacional, União Europeia.

## Abstract

The generalized legal insecurity and the augmentation of the expectations over criminal Law are direct consequences of globalization. This phenomenon made possible new forms of committing crimes, which thanks to the development of telecommunications, economic blocks and financial movements, recently made it possible to overcome frontiers and become transnational. This is the scope of analysis of this paper: to try to explore the dogmatic limits and effects of this new and complex form of criminality. There could be no better object of analysis than the European Union, the emblematic model of integration, which has as one of its goals the creation of a common criminal jurisdiction. The objective is, however, is to

<sup>1</sup> Artigo recebido em 24/04/2014, pareceres submetidos em 24/07/2014 e 26/07/2014 e aprovação comunicada em 13/10/2014.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2010) e graduando em História pela Universidade Federal do Paraná (2011). E-mail: victorsilva.costa@yahoo.com.br



present an attempt to harmonize this new European criminal law with the liberal principles that guide the present Democratic State. We will demonstrate that, in conclusion, a transnational Criminal and Criminal Procedural Law may only be legitimate if it retains a certain degree, or a minimal degree, of guarantees to its citizens and limitation to its punitive powers.

**Keywords:** Transaccional crime; transnational criminal procedure; European Union.

## 1 PREMISSAS METODOLÓGICAS

### 1.1 Atualidade do tema

A globalização, na linha do que defende Anthony Giddens (1991, p. 60), pode ser conceituada como o incremento das relações sociais em escala global. Trata-se de um processo dialético em que determinados fatos podem ser deslocados em diversas direções em um curto espaço de tempo<sup>3</sup>. Nesse contexto, três foram as grandes modificações evidenciadas no cenário contemporâneo por este fenômeno moderno, sejam elas: técnicas, econômicas e políticas. Na perspectiva técnica, cite-se a massificação da inferência dos meios de comunicação e de transportes, tendo aqui, como pontos cruciais, o aparecimento da internet e o desenvolvimento de acordos multilaterais de livre tráfego de pessoas e coisas. As de ordem econômica dizem respeito à intensificação das relações de comércio globais, sentida no aumento de fluxo das importações e exportações e da facilitação dos pagamentos na ordem internacional. E, em nível político, no enfraquecimento das fronteiras dos Estados Nacionais – construídas desde o século XVI após a desagregação do sistema feudal – em favor do livre trânsito de mercadorias e serviços<sup>4</sup>. Tal fenômeno é mais nítido na União Europeia, a comunidade de Estados que mais tem se destacado em nível internacional em relação à estabilidade política de suas relações, malgrado pela desestruturação econômica atualmente experimentada<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Na mesma linha metodológica, de um autor brasileiro, consulte: Lima, 2004, p. 152.

<sup>4</sup> Sobre este tópico afirma Giddens (1991, p. 61) que: “o desenvolvimento de relações sociais globalizadas serve provavelmente para diminuir alguns aspectos de sentimento nacionalista ligado aos estados-nação (ou alguns estados)”.

<sup>5</sup> Acerca da evolução legal e dogmática do tema na União Europeia vide: Costa, 2014, p. 14-15.



Tais modificações geram graves efeitos no desenvolvimento da criminalidade, no direito penal e na política criminal, conduzindo a uma necessária mudança de paradigmas. No âmbito das modificações técnicas nota-se uma crescente incidência dos chamados delitos informáticos e cibernéticos, visto que o desenvolvimento das ciências computacionais serviu tanto para a criação de novos softwares, como em pessoas capazes de fraudá-los. Condizente à economia, nota-se, *v. g.*, o aperfeiçoamento das técnicas de lavagem de capitais, caracterizado pelas rápidas transformações do sistema financeiro mundial, nem sempre capazes de controle por parte dos Estados. E finalmente, no campo político, a facilitação na passagem das fronteiras gera uma mudança de relações regulamentares internas entre os Estados, o que permite diferentes tratamentos em relação à mesma forma de criminalidade. (SIEBER, 2008a, p. 9-11)

Diante dessas mudanças, fez-se premente a criação de novas formas de cooperação internacional e o desenvolvimento de um direito penal supranacional, no direito penal europeu, mas também no direito penal internacional. A finalidade é abranger situações de desestabilização impensáveis anos antes, que agora tomam forma, predominando no âmbito da criminalidade internacional, especialmente as incidentes no domínio econômico. (SIEBER, 2008b, p. 269-330)

Duas são as formas de tratar o tema do direito penal da globalização, como expõe Jesús Maria Silva Sánchez (1998, p. 67-80). A primeira é com o exame dos atuais e futuros mecanismos da cooperação internacional, a partir da contemplação estática dos ordenamentos nacionais vigentes. A outra é centrar-se em como a criminalidade da globalização pode chegar a modificar as bases conceituais da própria teoria do delito, bem como as garantias formais e materiais do Direito e Processo Penal. Optou-se aqui pela segunda perspectiva. Assim, o objetivo desse artigo é abordar os fundamentos que instituíram esse novo direito penal transnacional e a cooperação internacional penal como elemento de um processo penal de caráter transnacional. Para tanto, necessário foi, primeiramente, fazer uma incursão sobre os fundamentos político-jurídicos da cooperação entre Estados, mais especificamente na União Europeia e em seu sistema penal emergente<sup>6</sup>. Após

<sup>6</sup> Como sustenta RODRIGUES, Anabela Miranda. **O Direito Penal Europeu emergente**. Coimbra: Coimbra, 2008.



abordar-se-á os aspectos dogmáticos acerca do fenômeno do delito transnacional e os objetivos e funções de um direito penal europeu. Por fim, se trará uma discussão acerca de aspectos básicos de um processual penal europeu, baseado na cooperação, e seus institutos fundamentais, com o objetivo de coaduná-los com a necessária observação dos direitos fundamentais, analisando o que até agora logrou êxito e o que ainda deve ser aperfeiçoado para contribuir no desenvolvimento do protocolo de cooperação jurídico-penal na América Latina, mais especificamente, no Mercosul.

## 1.2 Perspectiva de apoio: o estado constitucional cooperativo

De acordo com Peter Häberle, o que se chama Estado Constitucional Cooperativo é o Estado que encontra correspondência com o Direito Internacional, na simbiose entre relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, bem como no âmbito das relações de solidariedade. “Ele corresponde, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz” (HÄBERLE, 2007, p. 4). Continua Häberle afirmando que o “Estado Constitucional Cooperativo vive da cooperação com outros Estados e organizações internacionais”.

Os princípios que regem o chamado Estado Constitucional Cooperativo devem ser o do reconhecimento geral sobre a abertura do mundo, da solidariedade, da cooperação internacional e corresponsabilidade (HÄBERLE, 2007, p. 9). Ele se instrumentaliza através de declarações gerais e universais de direitos fundamentais e direitos humanos.

A antiga sistematização do Estado, como aquela proposta por Jellinek, baseado em critérios como população, território, poder político e soberania, estanques, deve ser revisada<sup>7</sup>. Conceitos como soberania, impermeabilidade, esquemas internos e externos e as tradicionais fontes do direito também devem ser revisitados com o fim de uma necessária readequação aos novos padrões globalizados (HÄBERLE, 2007, p. 14).

<sup>7</sup> Sobre o tema consultar DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2006.



Na constituição de um Estado Cooperativo, e fazendo analogia com o próprio contrato social dos iluministas, os Estados membros cedem parte de sua soberania em virtude de um projeto maior, um projeto transnacional e comunitário. Apesar disso, ainda são Estados soberanos e conservam esta prerrogativa como forma de independência, no entanto, agora, com novas diretrizes.

Na atualidade, vê-se a formação de vários blocos econômicos e políticos, com propósito cooperativo, como consequência direta da revolução nos meios de comunicação e transportes, e na cada vez maior facilidade do intercâmbio de pessoas, mercadorias e serviços. Exemplos estão no Mercosul (Mercado Comum do Sul), na ALCA (Área de Livre Comércio das Américas), mas sem dúvida, muito mais desenvolvida em termos políticos e interinstitucionais, na União Europeia. Neste bloco, que desde 1997, o Tratado de Amsterdã, instituiu como sendo um de seus objetivos, “a manutenção e o desenvolvimento da União enquanto espaço de liberdade, de segurança e de justiça, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controle na fronteira externa, asilo e imigração, bem como de prevenção e combate à criminalidade”, o que ficou conhecido como espaço penal comum europeu<sup>8</sup>.

## 2 O INJUSTO PENAL TRANSNACIONAL

### 2.1 Existe, na acepção teórica do termo, um delito transnacional?

Basicamente dois são os posicionamentos acerca do chamado injusto transnacional: o primeiro caracteriza-se por afirmar sua existência fática, como conceito material de direito penal; e o segundo afirma serem apenas delitos de caráter interno, provenientes de vontade política, elevados à categoria de transnacionais apenas pela forma de sua execução, reduzindo a discussão a aspectos meramente procedimentais.

<sup>8</sup> Sobre o tema consultar RODRIGUES, Anabela Miranda. **O Direito Penal Europeu Emergente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 27 e ss.



Pela doutrina brasileira, Fábio Bechara, partindo da premissa da existência de um crime transnacional, o conceitua como sendo aquele que viola bem jurídico de dois ou mais países, enquanto o diferencia de crime internacional, como sendo aquele que viola bens jurídicos universais com ações generalizadas, quer sejam aqueles de competência do Tribunal Penal Internacional (BECHARA, 2011, p. 43).

Por sua vez, para Juarez Tavares (2011, p. 422), o fenômeno de criminalização transnacional “nada mais seria do que o resultado da criação de tipos delitivos de caráter interno, elevados à categoria de delitos extraterritoriais por força de um processo político de criminalização”. Tavares assevera que para se criar uma nova categoria de delitos, quer sejam, os transnacionais, não bastaria apenas querer universalizar a jurisdição, mas universalizar os próprios elementos cognitivos e normativos do delito, forjando-se dogmática e faticamente categorias próprias do injusto (TAVARES, 2011, p. 423-424).

No atual estado da discussão, o conceito sobre o qual se funda o sistema penal europeu, baseado na instrumentalização do delito transnacional, se ampara em um conjunto de normas informadas por tratados e convenções, mas também, historicamente, pelos princípios liberais de direito penal, herança da época da ilustração, bem como pela dogmática intertemporal, funcionando como garantia universalmente admitida, fundando-se no clássico conceito de injusto baseado na ação típica e antijurídica.

A criminalização de condutas, entretanto, como corolário do princípio da legalidade, depende de um processo legislativo formal, proveniente de vontade legislativa interna, na medida em que apenas os Estados de Direito soberanos tem competência para estabelecer crimes em seus territórios. Por este fato que normas comunitárias relativas a parâmetros de criação de novos delitos necessitam de um processo interno de harmonização.

A eleição de tipos de injusto que devem ser previstos em uma ordem jurídico-penal supranacional não passa de uma escolha política (HIRSCH, 2004, *passim*), com base em criminalizações concretas prévias, ou seja, crimes estabelecidos internamente pelo poder legislativo de cada Estado, derivados da harmonização de parâmetros comunitários, fundados no consenso e em pautas de política criminal dirigidas à prevenção da criminalidade, que pulveriza seus meios de





ação em vários Estados como forma de tentar encobrir e dificultar a persecução penal.

Por esse motivo que o Direito Penal da globalização exige soluções práticas, em uma abordagem mais eficaz da criminalidade. Como afirma Silva Sánchez (2009, p. 66), “en este punto la reflexión científica no surge como producto de una aspiración intelectual de unidad de perfección teórica. Mas bien, se trata de responder a exigencias del poder político de Derecho, impotentes en la lucha de los ordenamientos nacionales contra la criminalidad transnacional”.

Pelo exposto, o fato pelo qual se eleva o injusto à categoria de transnacional é a própria internacionalização dos meios de ação quanto à ofensa de um bem jurídico individualizado<sup>9</sup>, o *modus operandi* que, como elemento do *iter criminis*, dissipa os efeitos do ilícito em diversos territórios, ensejando deste modo a cooperação jurídico-penal internacional como forma de reconstruir os fatos, apurar o ilícito e por fim condenar ou absolver os acusados. Os elementos relativos ao tipo e à antijuridicidade (juízo de contrariedade ao direito) permanecem vinculados a um direito penal próprio de um Estado Constitucional, sendo impossível a criminalização de condutas em âmbito estritamente supranacional<sup>10</sup>. Trata-se, portanto, de um conceito procedimental.

## 2.2 Uma tutela penal transnacional funda-se na necessária proteção a bens jurídicos. Mais quais?

De acordo Claus Roxin, marco teórico do chamado funcionalismo teleológico, a penalização de um comportamento necessita de uma legitimação que não esteja amparada tão somente na discricionariedade do legislador, mas antes disso, limitada para a proteção de um bem jurídico como forma de assegurar aos

<sup>9</sup> Não se excluindo a possibilidade de bens jurídicos complexos, apenas como forma de diferenciar do objeto do direito internacional penal que tem como interesse os crimes internacionais de competência do Tribunal Penal Internacional, em que se trata de bens jurídicos universais.

<sup>10</sup> Como esclarece Jescheck, poder punitivo próprio significa dizer legitimidade penal no sentido que *somente o Estado soberano tem competência para criminalizar condutas*, no concernente a uma ação determinada. Por esse motivo que, continua o ilustre penalista, “o direito penal internacional serve à aplicação do direito penal nacional”. Cf. Jescheck; Weigend, 2002, p. 175-76.



cidadãos uma coexistência livre e pacífica sob a garantia dos direitos fundamentais<sup>11</sup>.

Nesse sentido, bem jurídico pode ser conceituado como limite as fronteiras da punição, de acordo o ilustre juspenalista alemão: “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade” (ROXIN, 2006, p. 18-19). Sob esse aspecto a função de garantia do bem jurídico em preservar o aspecto fragmentário e subsidiário do direito penal.

Convém lembrar as palavras de Miguel Polaino Navarrete, para o qual “la conminación penal desconectada del supuesto del bien jurídico incurre, de modo excesivo, em el peligro de una pena ‘moralizadora’ y, com ello, em uma inconveniente constatación de la esfera de la libertad individual, frente a la que sólo aparecen legitimadas las intervenciones necesarias socialmente, en todo caso em uma democracia liberal” (POLAINO NAVARRETE, 1984, p. 130)<sup>12</sup>.

Para Jorge de Figueiredo Dias (1999, p. 66), seguidor da teoria constitucionalista do bem jurídico, a fonte legitimadora destes, dignos da tutela penal, somente são encontrados através de uma “*ordenação axiológica jurídico-constitucional*”. Sob esse aspecto, o bem jurídico deve ter existência *a priori* do sistema penal, sendo, portanto, garantido pelo ato legitimador do próprio Estado, como fundamento da ordem jurídico-legal, quer seja, a Constituição, relativa à ordenação dos direitos, liberdades e garantias das pessoas, correspondendo assim, à sua função político-criminal<sup>13</sup>. Diante do exposto, é possível cogitar que, para a universalização dos elementos do injusto, de maneira a instituir um conceito transnacional de delito, reclamar-se-ia uma Constituição formal no âmbito da União Europeia como forma de garantir os direitos fundamentais a todos que integram

<sup>11</sup> Sobre tal conceito vide. Roxin, 2009. No mesmo sentido Roxin, 2006.

<sup>12</sup> Cf. REGIS PRADO, 2011, p. 21. Regis Prado cita a seguinte afirmação atribuída a Polaino Navarrete: “sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito”.

<sup>13</sup> Quer-se dizer, quanto ao cumprimento das garantias da legalidade penal, quanto ao mandado de determinação e quanto à própria estrutura material da norma jurídico-penal, limitada a interesses positivamente constitucionalizados.



aquele território, normativamente cogente, com base a fixar os princípios e regras sobre criação de uma ordem jurídico-penal europeia.

Todavia, o projeto de Constituição ainda não prosperou por motivos que aqui não nos cabe discutir<sup>14</sup>. Não por isso que outra linha de raciocínio deva ser adotada. Na esteira de Bernd Schünemann, as novéis instituições e normas processuais da justiça penal europeia, independente de Constituição, só merece legitimidade se entrar em vigor por meio de uma decisão legislativa consensual de todos os Estados da União Europeia. O convênio de direito internacional feito unanimemente entre os Estados, ao menos, supre a falta de uma Constituição formal (SHÜNEMANN, 2011, p. 194).

Inegável, como esclarece Ricardo Alves de Lima, na mesma linha de Schünemann, que emerge uma materialidade constitucional dos Tratados informadores da União Europeia, em que se faz nascer os instrumentos de cooperação, bem como institui-se direitos fundamentais e parâmetros de harmonização interna (LIMA, 2012, p. 167).

Contudo, como visto, um direito penal democrático, através da proteção do bem jurídico, só cumpre sua função de garantia na medida em que respeita os princípios básicos historicamente construídos pela ciência jurídico-penal, quer sejam a dignidade humana, a ofensividade, a intervenção mínima, a fragmentariedade entre outros. Na União Europeia não poderia ser diferente. Somente haverá legitimidade de um Direito Penal Europeu na medida em que a intervenção penal não ultrapasse os limites formais e materiais instituídos no seio da Convenção Europeia de Direitos Humanos e no art. 6º do Tratado da União Europeia, sob pena da deslegitimação do mesmo pelo fato da ingerência penal ultrapassar as barreiras da liberdade, da democracia e dos direitos do homem, tornando-se, desta maneira, autoritário e inócuo socialmente<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Conforme assevera Schünemann, devido à oposição popular, ao se referir à Proposta alternativa de 2004 para Perseguições penais europeias. Vide Shünemann, 2011, p. 189-209.

<sup>15</sup> Tendo em vista ser inegável, modernamente, a função preventiva do direito penal. Sobre o tema consultar, Roxin, 2006.



### 3 O PROCESSO PENAL TRANSNACIONAL

#### 3.1 Cooperação e internacionalização do processo

A cooperação penal internacional, conforme norteia Bechara (2011, p. 42), pode ser conceituada como “o conjunto de atos que regulamenta o relacionamento entre dois Estados ou mais, (...) tendo em vista a necessidade gerada a partir das limitações territoriais da soberania”. Tal cooperação é evidenciada pela ausência de uma jurisdição internacional, ao menos em matéria penal<sup>16</sup>, com competência em todos os Estados. Apesar de não ser necessário um crime transnacional para ensejar um ato de cooperação, a cooperação é necessária para solucionar um caso transnacional.

Como traz à colação Tavares, citando Raúl Cervini, as medidas de cooperação penal internacional importam na intromissão de uma ordem jurídica externa (o requerente) em uma outra ordem jurídica (o requerido), esta que deverá aplicar seus próprios preceitos e regras na execução da medida, inferindo, por vezes, nas liberdades e direitos pessoais dos cidadãos (TAVARES, 2000, p. 178).

Nesse sentido, ainda na esteira de Tavares, os atos de cooperação, ocorrem, em regra, em três diferentes níveis, de acordo com sua natureza, duração e seu grau de coerção: 1) um primeiro momento inclui as medidas de mera assistência, como perícias, notificações e provas; 2) em um segundo momento, as medidas de assistência processual, capazes a inferir na esfera de direitos pessoais e

---

<sup>16</sup> Note-se, por exemplo, a existência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) que tem por objetivo verificar a aplicação e o respeito à Convenção Europeia de Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça da União Europeia que deve garantir a uniformização da interpretação do direito comunitário e resolver conflitos entre Estados e instituições ligadas à União Europeia. De diferente maneira, aqui não é possível citar o Tribunal Penal Internacional, que tem a competência restrita, pelo art. 5º do Estatuto de Roma, aos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de agressão, ou seja, crimes que afetem a humanidade como um todo, com um bem jurídico transindividual, quiçá, universal, baseado na preservação e na dignidade da espécie humana. Aqui, entretanto, se discute crimes que tenham repercussão transnacional, ou seja, crimes “comuns”, baseados na vontade política do legislador interno, que, para ser encoberto com maior facilidade, é realizado em muitos países, exemplo insigne seria a lavagem de capitais, ou no caso de o agente, com o fim de ocultar-se, se forage para o estrangeiro, gerando a necessidade de cooperação jurídica e policial para sua prisão.



patrimoniais de outrem, tais como sequestros, arrestos, embargos, interdições etc.; e 3) como *ultima ratio* os procedimentos de extradição (TAVARES, 2000, p. 178).

Tais atos de cooperação visam a efetividade das medidas processuais ora impostas devidamente por um juiz natural do Estado requerente, de maneira a viabilizar a reconstrução do fato histórico imputado ao acusado, como também, vencida a fase de instrução, possibilitar a repatriação dos valores, em caso de crimes de caráter econômico, a busca e apreensão de bens, e a própria prisão do réu com uma ordem de prisão cautelar, ou que venha a ser eventualmente condenado.

### 3.2 Os princípios que regem a cooperação europeia em matéria penal

O Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (Lisboa, 2007), em seu art. 82 afirma que “a cooperação judiciária em matéria penal na União se assenta no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e inclui a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros”. Daí se conclui os dois princípios fundamentais da cooperação: o reconhecimento mútuo e a harmonização das legislações internas. Tem o primeiro o objetivo de diminuir a ingerência dos poderes administrativos no âmbito da cooperação, de maneira a manter o procedimento estritamente judicializado, além de tentar preservar os princípios do *ne bis in idem* da reparação de danos e no respeito aos direitos do acusado (BECHARA, 2011, p. 175. COSTA, 2014, p. 14). Já o segundo tem por finalidade a garantia da aplicabilidade das normas comunitárias no direito interno, estabelecendo-se, desta maneira, uma relação de equivalência entre as duas ordens, como forma de eliminar conflitos e possibilitar o reconhecimento de mesmos valores e parâmetros, em detrimento do clássico critério das regras de conexão (BECHARA, 2011, p. 64. COSTA, 2014, p. 14).

Como assinala Bechara (2011, p. 174), a adoção desses princípios busca “assegurar que os criminosos não tenham refúgio seguro em outro Estado, bem como que as decisões ou resoluções adotadas num Estado membro surtam efeito em toda a União Europeia”.



### 3.3 Competência Transnacional

Diante do exposto, surge o questionamento sobre a competência para investigação e julgamento no âmbito do processo penal transnacional. Na inexistência de uma jurisdição universal, no sentido técnico-dogmático do termo<sup>17</sup>, há que se verificar qual dentre os Estados em que houve repercussão de um delito transnacional será o responsável pela persecução criminal. A fixação de competência, como esclarece Schünemann, deve ocorrer de forma que apenas um Estado seja o responsável pela investigação e pelo processo (SCHÜNEMANN, 2011, p. 197), utilizando-se da cooperação para obter provas e outras medidas processuais dos outros Estados afetados. Com efeito, a concentração do *ius persecuendi* em um único Estado impede, ou pelo menos deveria impedir, o *bis in idem*, garantindo, nesse sentido, o princípio da proibição do *double jeopardy*<sup>18</sup>.

Dois são os critérios de competência possíveis de serem estabelecidos neste momento com base no que já se trouxe à colação<sup>19</sup>: a) o lugar onde o bem jurídico é violado, quer seja, a consumação do tipo<sup>20</sup>; e b) o lugar onde estiverem a maior parte das provas.

Primeiramente, entende-se consumação quando da presença de todos os elementos constitutivos do tipo penal, quer sejam descritivos e normativos. Nesse sentido, o crime, na maior parte dos casos, que não seja de consumação instantânea, tem sua ação iniciada em um Estado e o seu perfazimento em outro. Esse é um critério formal no qual pugna-se pela fixação da competência neste último. O sentido de tal conclusão seriam os aspectos preventivos que influíram no local onde a conduta foi efetivamente praticada. Entretanto, como traz à baila

<sup>17</sup> Para diferenciar do aspecto filosófico que poderia intentar o termo Justiça Universal.

<sup>18</sup> Sobre o princípio vide Silva Sánchez, 2009.

<sup>19</sup> Tais regras de fixação de competência transnacionais extraem-se do texto de Schünemann, com base no projeto da Proposta alternativa de 2004 para Perseguições penais europeias. Vide Shünemann, 2011, p. 189-209.

<sup>20</sup> Discussão interessante surge quando da análise de crimes permanentes e crimes habituais, ou seja, crimes cuja a consumação não é instantânea. Cite-se como exemplo a Lavagem de Capitais, no caso do agente que mantém depósitos em contas estrangeiras em nome de terceiros por longo tempo, de maneira a dissimular a verdadeira propriedade dos valores (Vide. GOMES, 2007). Entretanto, não nos cabe aqui discutir em vicissitudes.





SCHÜNEMANN (2011, p. 205), em uma Europa na qual impera a livre circulação de pessoas, coisas e serviços, o resultado, às vezes, pode ser obra do mero acaso.

O segundo critério é estritamente utilitário e instrumental, baseado não só na agilidade, mas também na justiça material, já que, de maneira lógica, a reconstrução histórica do fato criminoso seria melhor aproveitável naquele onde a maior parte da prova está localizada, ou para Schünemann (2011, p. 204-204), onde se encontra o foco natural do processo.

### **3.4 Instrumentos processuais<sup>21</sup>: Mas afinal, cooperação a que preço?**

#### **3.4.1 Mandado de Detenção Europeu**

Exemplo paradigmático da cooperação europeia em matéria penal é o chamado Mandado de Detenção Europeu. Tal mandado é o “primeiro instrumento baseado no reconhecimento mútuo de decisões em matéria penal”, tendo por finalidade a prevenção e repressão de crimes cujo funcionamento se assenta na “privação da liberdade pessoal, à perseguição de uma criminalidade mais grave ou mais danosa que substancialmente o justifique” (FERREIRA, 2006).

A definição objetiva do Mandado de Detenção Europeu é possível de se extrair da Decisão Quadro do Conselho da União Europeia 584/JAI de 13 de junho de 2002 que o estabeleceu. O artigo 1º estabelece que “o mandado de detenção europeu é uma decisão judiciária emitida por um Estado-Membro com vista à detenção e entrega por outro Estado-Membro duma pessoa procurada para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade”. Tal mandado é baseado, conforme afirma a normativa, no princípio do reconhecimento mútuo ora já discutido, não tendo o efeito, todavia, de alterar a obrigação de respeito dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos fundamentais consagrados pelo art. 6º do Tratado da União Europeia.

<sup>21</sup> Adotou-se apenas o mandado de detenção europeu e o mandado europeu de obtenção de provas como os dois que, em teoria e prática, apresentam maior relevância.



A decisão ainda estabelece os limites objetivos de aplicabilidade quer sejam para “factos (sic) puníveis, pela lei do Estado-Membro de emissão, com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a 12 meses ou, quando tiver sido decretada uma pena ou aplicada uma medida de segurança, por sanções de duração não inferior a quatro meses”. Tal disposição consiste em uma garantia da pessoa em face da qual se mobiliza o aparelho estatal.

Outra garantia é o *numerus clausus* de infrações que permitem a expedição de tal instrumento, sendo ao total, 32 tipos de delitos que fazem jus à persecução de medidas transnacionais. Dentre outras previsões de garantias trazidas pela própria decisão, como os casos da não execução obrigatória, dos prazos, das autoridades competentes, todas as formalidades que se desrespeitadas, sujeitam a nulidades.

Porém, não é somente de garantias que subsiste tal instrumento. Uma das críticas mais veementes a tal mandado é o que tampouco se admite no instituto da extradição, ou seja, a possibilidade de entrega de nacionais como princípio e regra geral. Mostra-se desta maneira a falta de interesse, de Estados que, apesar de cederem parte de seu poder para a constituição de uma entidade supranacional, ainda reservam sua soberania, frise-se, de proteger seus próprios cidadãos, em virtude de um suposto espaço de segurança e liberdade.

Do mesmo modo, quiçá a crítica mais contundente é a exclusão do requisito da dupla incriminação, como garantia do acusado, e o que se espera de uma relação de cooperação entre dois países democráticos. Tal exclusão é justificada, segundo seus defensores, para eximir uma das causas de recusa de execução, como ocorre no instituto da extradição, com base na lista de 32 delitos quando os mesmo sejam punidos com penas privativas de liberdade com duração não inferior a 3 anos. (FERREIRA, 2006, p. 5)

De outro lado, está o problema quanto a aspectos instrumentais de harmonização, que corresponde a um grande entrave aos adeptos deste mandado, como é o caso de países que não recepcionaram tal instituto através da harmonização das suas legislações internas, como é o caso da Alemanha, em que “por decisão de 18 de Julho de 2005 o Tribunal Constitucional anulou a lei de transposição, declarando-a nula e de nenhum efeito. De um modo geral, o fundamento da decisão consiste numa transposição legislativa considerada



inadequada perante as exigências constitucionais relativas à protecção (sic) de nacionais alemães” (FERREIRA, 2006, p. 5), de qualquer maneira, decorrência da primeira grande crítica. Todavia, posteriormente, na Alemanha foi aprovada nova lei, condicionando, entretanto, a entrega de nacionais à verificação da dupla incriminação.

### 3.4.2 Mandado de obtenção de provas

A Decisão-Quadro 2008/978/JAI do Conselho de 18 de dezembro de 2008 inovou no âmbito da cooperação comunitária europeia quando trouxe disposições relativas ao chamado mandado europeu de obtenção de provas. Tal mandado, da mesma forma que o de detenção, destina-se à obter, no âmbito de seus signatários, de acordo com o princípio do reconhecimento mútuo, objetos, documentos e dados para utilização no âmbito de processos penais para os quais possa ser emitido<sup>22</sup>. A decisão traz ainda um rol exemplificativo do objeto de tal mandado, tal como objetos, documentos, ou dados de terceiros, ou resultantes de buscas de locais, busca domiciliária inclusive, de dados sobre a utilização de serviços, transações financeiras, declarações, interrogatórios e outros registros, *incluindo os resultados de técnicas especiais de investigação*<sup>23</sup>.

Estabelece-se como critério da utilização de tal mandado a necessidade e a proporcionalidade para o processo penal. Como limites se encontram também os direitos e garantias estabelecidas pelo art. 6º do Tratado da União Europeia (art. 1º, inciso 3). Entretanto são limitadas as possibilidades de se recusar a execução de tal mandado, a fim de garantir sua eficácia no âmbito da cooperação, conforme o enunciado da consideração 16 da decisão. Como exemplo, se encontra excluída do âmbito de recusa o critério da dupla incriminação, como o mandado de detenção<sup>24</sup>.

Por fim, como forma de instrumentalizar a proteção aos direitos fundamentais, talvez apenas como aparato discursivo, a consideração 27 prevê que nenhuma disposição pode ser interpretada como forma de recusa à execução de tal

<sup>22</sup> Consideração 7 da Decisão-quadro 2008/978/JAI do Conselho.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Consideração 16 da Decisão-quadro 2008/978/JAI do Conselho.



mandado quando existam indícios para crer que tal instrumento foi emitido para efeitos de se processar ou punir alguém em virtude de seu sexo, raça, etnia, religião, orientação sexual, nacionalidade, língua ou opinião política<sup>25</sup>.

A execução de tal medida, contudo, independente de todo arcabouço linguístico construído em sua fundamentação, deve efetivamente respeitar as garantias fundamentais da pessoa humana e do devido processo legal, como o sacrossanto direito de defesa, do contraditório, da presunção de inocência, da paridade de armas, da inviolabilidade do domicílio, da correspondência, e demais direitos garantidos desde o contratualismo liberal, sob pena de se transformar mais em instrumento de tortura do que efetivamente de um justo e devido processo penal.

### 3.4.3 Uma necessária crítica ao utilitarismo processual

Na esteira de Carnelutti (2009, p. 123), “a sociedade crava em cada um seu passado”, e, nesse sentido, pode-se afirmar que a maior miséria do processo penal é ele próprio. Na medida em que, a qualquer custo se quer potencializar a efetividade do processo com medidas assecuratórias, prisões cautelares, mandados de prisão independente da garantia da dupla incriminação, etc., se marca a fogo no acusado as angustias de ter em seu passado um processo penal, e, em termos sociológicos, quando da sentença absolutória é que se descobre a maior degradação do processo, quer seja, quando de tal caso, o reconhecimento do erro por parte do Estado. Entretanto, o passado não se apaga e as máculas permanecem.

O endurecimento do processo, e a conseqüente supressão de garantias, é característico de períodos de crises institucionais, como por exemplo, períodos de ataques terroristas, como foi o caso do 11 de setembro de 2001, que gerou o surgimento de uma legislação penal simbólica, especialmente na Europa, instrumentalizada pelo utilitarismo processual, consistente em atos dominados pelo segredo, forma escrita, aumento de penas processuais, inversões de carga probatória e ampliações de poderes investigatórios aos juízes<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Consideração 27 da Decisão-quadro 2008/978/JAI do Conselho.

<sup>26</sup> Vide Lopes Jr., 2011, p. 52.



Tal constatação traz consigo a velha discussão acerca do chamado Direito Penal (e quiçá, Processual Penal) do Inimigo, tese trazida à baila pelo ilustre professor da Universidade de Bonn, Günther Jakobs, para o qual existiriam duas classes diferentes de direito penal, um aplicável ao cidadão e outro ao inimigo<sup>27</sup>.

O Inimigo, ou seja, aquele que lese o próprio Estado, desestruturando as expectativas normativas sobre o funcionamento da sociedade, mereceria um Direito Penal, e Processual Penal, carente de garantias, sumário, um verdadeiro retrocesso à inquisição, para punir quem o autor é e não o que fez, desprezando-se garantias adquiridas desde o iluminismo liberal, no qual o Marquês de Beccaria fixou, em sua *opus magna*, princípios tão prementes ao direito penal contemporâneo como o da proporcionalidade e o da humanidade.

Um direito penal comunitário, com vistas a um espaço de segurança e justiça, porém, carente de legitimidade democrática, querendo rotular os agentes dessa nova criminalidade transnacional como inimigos, é tão questionável quanto um direito penal autoritário.

### 3.5 A proteção aos direitos fundamentais do acusado

Não se faz demais lembrar que nas balizas de um processo penal democrático encontram-se como limites à ingerência estatal os direitos fundamentais do acusado.

Até agora, na União Europeia, tem-se dado muito mais atenção à efetividade dos procedimentos do que no respeito aos direitos. Algumas decisões aparecem aos poucos ao que tange a segurança dos direitos, como que uma lembrança fortuita de quem fez uma lista de compras e esqueceu alguns itens, diga-se: os mais relevantes. Em 22 de maio de 2012, um exemplo, com a aprovação pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da Diretiva 2012/13/UE, relativa ao direito à informação em processos penais.

---

<sup>27</sup> Sobre a fundamentação teórico-filosófica da teoria de Jakobs vide Jakobs; Cancio Meliá, 2009. Sobre o mesmo tema, vide a brilhante crítica do Prof. Cirino dos Santos **O direito penal do inimigo – ou o discurso penal desigual**. Disponível em <[www.cirino.com.br](http://www.cirino.com.br)>. Acesso em: 14 dez. 2012.



Tal diretiva tem por objeto o direito à informação dos suspeitos e acusados sobre seus direitos em investigações e processos penais sobre as acusações contra eles formuladas no âmbito da União Europeia, e, ainda, as regras relativas ao direito à informação no âmbito do mandado de detenção europeu<sup>28</sup>.

O direito à informação, pela diretiva, compreende que os Estados-membros assegurem que os suspeitos e acusados de uma infração penal sejam prontamente informados de seus direitos processuais para que sejam efetivamente exercidos. Dentre eles se encontram: a) o direito a assistência de um advogado; b) o direito a aconselhamento jurídico gratuito e as condições para sua obtenção; c) o direito a ser informado da acusação (em seus detalhes); d) o direito à interpretação e tradução; e e) o direito ao silêncio (*nemo tenetur*)<sup>29</sup>.

Tais direitos visam garantir a paridade de armas e possibilitar o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa no processo, e é nesse sentido o mérito da Diretiva. Esses direitos se instrumentalizam através da possibilidade do acusado e de seus advogados terem acesso às peças do processo, no acesso às provas e na possibilidade de impugnação e de recurso das decisões, tudo tendo em vista a constituição de um processo penal transnacional acusatório e democrático.

### 3.6 Em busca de um processo penal transnacional acusatório

Um sistema processual acusatório, no âmbito de um Estado Nacional, deve caracterizar-se, entre outros pontos cruciais, pela <sup>30</sup>: “a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes

<sup>28</sup> Conforme se extrai do art. 1º da Diretiva. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:142:0001:0010:PT:PDF>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

<sup>29</sup> Art. 2º da Diretiva 2012/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho.

<sup>30</sup> Optou-se pela sistematização dos princípios do sistema acusatório que traz Lopes Jr, 2011, p 54-55.





(igualdade de oportunidades no processo); (...) e) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); f) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); g) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; h) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; e i) possibilidade de impugnar as decisões judiciais e o duplo grau de jurisdição” (LOPES JR., 2011, p. 54-55).

É imperioso que dentro de um Estado Democrático de Direito, seu processo penal seja regido pelo princípio dispositivo, ou seja, acusatório, pautado nas premissas constitucionais da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais. Não poderia deixar de ser diferente quando da universalização da jurisdição.

No âmbito da União Europeia, um processo penal acusatório somente estaria legitimado no momento em que todos os princípios instituídos na Carta de Direitos Humanos da União Europeia relativos especialmente à pessoa, à justiça e ao procedimento estiverem sendo fielmente cumpridos. Princípios como o da presunção de inocência e direito de defesa (art. 48), princípio do direito à informação dos procedimentos processuais, princípio da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas (art. 49), direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito (art. 50). Entretanto, alguns desses princípios tem-se apresentado em doses homeopáticas, como se nota da Diretiva 2012/13/EU do Parlamento e do Conselho Europeu de 22 de maio de 2012, aprovada *dez anos* após o surgimento do Mandado de Detenção Europeu (2002) e quatro anos do Mandado Europeu de Obtenção de Provas (2008).

Contudo, toma-se aqui as palavras de angústia de Peter-Alexis Albrecht (2012, p. 422), para o qual “a integração europeia não é sequer imaginável sem um Estado respeitador de direitos críticos absolutos. (...). No futuro, o Direito Penal não poderá focar na integração europeia a qualquer preço, mas sim deve trabalhar em direção a uma integração que adequadamente leva em conta os princípios materiais do Estado de Direito como um legado do Iluminismo europeu. Assegurar esse padrão será o futuro desafio da jurisdição europeia”.



#### 4 CONCLUSÕES: PERSPECTIVAS LATINO-AMERICANAS

Em um dos últimos escritos de Gustav RADBRUCH, *Introdução à Filosofia do Direito* de 1948, este reservou um especial capítulo dedicado a “*alguns problemas atuais da Filosofia do Direito*” de sua época, mas que conservam sua atualidade e perenidade até hoje. Dissertando sobre o “Direito Universal”, o eminente jus filósofo alemão argumentava sobre a emergente Organização das Nações Unidas e a necessidade do desenvolvimento de um direito supranacional, com o objetivo principal da **conservação da paz**, principalmente após os desastrosos efeitos da segunda grande guerra. Asseverava Radbruch (1998, p. 175) que, “para que un orden jurídico pueda vivir es indispensable que determinados miembros de la comunidad jurídica no vivan entregados exclusivamente a sus intereses individuales, sino consagrados a la idea o intenciones jurídicas sobre las que aquel orden descansa. Un orden jurídico supranacional tiene que tomar cuerpo necesariamente, se ha de ser una realidad, en un conjunto de hombres de mentalidad y sensibilidad supranacionales”. É esse o âmago da integração supranacional, a ideia de que os membros da comunidade jurídica cedem espaço de suas individualidades em busca de uma mentalidade supranacional, o que se tornou ainda mais premente com a globalização. E o Direito Penal deve também se afeiçoar a esse novo tipo de ordem jurídica.

Desde o iluminismo, a dogmática jurídico-penal tem sedimentado princípios essenciais de proteção do cidadão contra a ingerência estatal como o princípio da intervenção mínima, da fragmentariedade, da ofensividade (necessária proteção de bens jurídicos), da proporcionalidade entre outros que propriamente têm função de garantia em um Estado Democrático de Direito. Tais princípios, todavia, não se alteram em um novo sistema jurídico, que apesar de transnacional, ainda deve conservar seu caráter democrático, igualitário e limitador do *ius puniendi*.

O Brasil, inserido na ordem mundial, mas não podia deixar de reger suas relações internacionais pela “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” (art. 4º, IX, CF). Por esse motivo que “a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações” (Art. 4º, parágrafo único, CF) que hoje se personifica no Mercosul. Na realização de tal



programa, ao menos no que tange a cooperação em matéria penal, um protocolo sobre assistência mútua em matéria penal foi ratificado pelo Brasil através do Decreto 3.468 de 17 de maio de 2000, compreendendo notificação de atos processuais; recepção e produção de provas; localização ou identificação de pessoas; medidas acautelatórias sobre bens entre outras providências tendentes a persecução de crimes transnacionais.

Um Direito Penal e Processual Penal transnacional, seja na União Europeia, seja no Mercosul, ou em qualquer outro bloco ou país no mundo, somente terá legitimidade na medida em que preserve um grau, que seja mínimo, de garantias de seus cidadãos e limitação do poder punitivo. O Direito não pode ser instrumento de absolutismos e arbitrariedades, correndo o risco, desta maneira, de se perder em sua essência.

## REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Peter-Alexis. Judiciário Europeu: Um guardião para o Estado de Direito. In. ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (Orgs.) **Estudos Críticos sobre o sistema penal**. Curitiba: LedZe, 2012.
- BECHARA, Fábio R. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BONATO, Gilson Os limites dogmáticos da Cooperação Penal Internacional. In. CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. **Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul**. São Paulo: RT, 2000, p. 178
- CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Trad. de Carlos Millan. São Paulo: Pillares, 2009.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **O direito penal do inimigo – ou o discurso penal desigual**. Disponível em: <[www.cirino.com.br](http://www.cirino.com.br)>. Acesso em: 14 dez. 2012.
- COSTA, Victor. Integração Jurídico-Penal na União Europeia. E o Mercosul com isso? **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 254, p. 14-15, jan./2014.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FERREIRA, Joana Gomes (org.). **Manual de Procedimentos relativos à emissão do Mandado de Detenção Europeu**. Lisboa: Procuradoria Geral da República – Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 2006.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.



- FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da globalização**. Trad. Raúl Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.
- GOMES, Abel. Lavagem de dinheiro: notas sobre a consumação, tentativa e concurso de crimes. In: MORO, Sérgio F.; BALTAZAR JR., José (Orgs.). **Lavagem de Dinheiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. de Marcus Augusto Maliska. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HIRSCH, Hans Joachim. **Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft**. ZStW 116, Heft 4, pp. 835-854, 2004.
- JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manoel. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. de André Luiz Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- JESCHECK, H. H.; WEIGEND, T. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Trad. de Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.
- LIMA, Abili. Globalização Econômica e Crise dos Estados Nacionais. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- LIMA, Ricardo Alves. **Transcriminalidade e Sistema de Direito Penal Europeu**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2012.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Derecho Penal: Parte General. Tomo I**. Barcelona: Bosch, 1984.
- RADBRUCH. **Introducción à la Filosofía Del Derecho**. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- REGIS PRADO, Luis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: RT, 2011.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. **O Direito Penal Europeu emergente**. Coimbra: Coimbra, 2008
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Trad. de André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Madrid: Civitas, 2006.
- SCHÜNEMANN, Bernd. As bases do Processo Penal Transnacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 90, 2011.
- SIEBER, Ulrich. Limites do Direito Penal. **Revista Direito GV**. São Paulo, 4(1), pp. 9-11, jan./jun. 2008a.
- SIEBER, Ulrich. Limites do Direito Penal. **Revista Direito GV**. São Paulo, 4(1), p. 269-330, jan./jun. 2008b.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. El Derecho Penal ante la globalización y la integración supranacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n. 24, p. 67-80, out./dez. 1998.



SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Tiempos de Derecho Penal**. Buenos Aires: B de F, 2009.

TAVARES, Juarez. Criminalidade nacional, transnacional e internacional. In: BONATO, Gilson (org.) **Processo Penal Constituição e Crítica. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TAVARES, Juarez. Os limites dogmáticos da Cooperação Penal Internacional. In: CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. **Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul**. São Paulo: RT, 2000.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Lisboa. Jornal Oficial da União Europeia de 17 de dezembro de 2007**. C 306/66. Lisboa, 2007.



# A POLÍTICA, A CONSTITUIÇÃO E O NOMOS: AS TEORIAS CONSTITUCIONAIS DE SCHMITT E ARENDT<sup>1</sup>

POLITICS, CONSTITUTION AND NOMOS: THE CONSTITUTIONAL THEORIES OF SCHMITT AND ARENDT

Daniel Capecchi Nunes<sup>2/3/4</sup>

## Resumo

O presente artigo pretende fazer uma análise e, posteriormente, um cotejamento de conceitos das filosofias constitucionais de Hannah Arendt e Carl Schmitt. Não obstante as divergências ideológicas que separam os dois autores, a hipótese do artigo é que certas afinidades teóricas possibilitam uma explicação do fenômeno constitucional em uma perspectiva política. Tal perspectiva é extremamente relevante para o estado atual do debate acerca da relação entre política e constituição – dominado por uma visão que os aparta e silencia a primeira. Nessa toada, com o intuito de introduzir a discussão, é feito um breve panorama de suas teorias e biografias com o escopo de contextualizá-los histórica, política e filosoficamente. Mais adiante, os conceitos de “unidade”, “representação”, “identidade” e de “político”, da obra de Schmitt, são comparados com os de “poder”, “liberdade”, “ação” e “mundo comum”, do arcabouço teórico arendtiano. Tal cotejamento objetiva demonstrar que os autores fundamentam suas teorias políticas e constitucionais em uma visão semelhante do fenômeno político. Por fim, chega-se ao conceito de Nomos, cujo sentido permite compreender a relação entre política e constituição na obra de ambos os autores. É que o supracitado conceito permite analisar a política e a ordem constitucional através de uma perspectiva dinâmica, inserindo a política no interior da estrutura constitucional e alçando a primeira ao *status* de *conditio sine qua non* de fundação e existência da segunda.

**Palavras-chave:** Hannah Arendt; Carl Schmitt; Nomos; Normativismo.

## Abstract

This paper aims to analyze and, subsequently, to compare the concepts of the constitutional philosophies of Hannah Arendt and Carl Schmitt. Despite the

- 
- <sup>1</sup> Artigo recebido em 24/04/2014, pareceres submetidos em 24/07/2014 e 24/07/2014 e aprovação comunicada em 13/10/2014.
  - <sup>2</sup> Aluno de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. É monitor das disciplinas Direito Constitucional e Filosofia do Direito. E-mail: dcapecchi@globo.com
  - <sup>3</sup> Todas as traduções no corpo do texto são de responsabilidade do autor.
  - <sup>4</sup> Este artigo é dedicado ao Prof. Gustavo Sénéchal de Goffredo que, além de meu professor, é eterno motivo de inspiração, à Tereza Cristina Capecchi, minha mãe, e à Ana Luiza Fernandes Calil, meu amor.





ideological differences that separate the two authors, the hypothesis of this article is that certain theoretical affinities allow an explanation of the constitutional phenomenon in a political perspective. This perspective is extremely relevant to the current state of the debate concerning the relation between politics and constitution - dominated by a vision that separates and quietens the first. In this sense, in order to set out the discussion, a brief overview is made of their theories and biographies, with the intent to contextualize them in a historical, political and philosophical manner. Furthermore, the concepts of "unity", "representation", "identity" and "political", from the work of Schmitt, are compared to those of "power", "freedom", "action" and "common world", from Arendt's theoretical framework. This comparison's purpose is to demonstrate that the authors base their political and constitutional theories in a similar vision of the political phenomenon. Finally, the paper reaches the concept of Nomos, whose meaning allows us to understand the relation between politics and the constitution in the work of both authors. The aforementioned concept allows the analysis of the political and constitutional order through a dynamic perspective, inserting politics within the constitutional structure and displacing the first to the status of a *conditio sine qua non* for the foundation and existence of the second.

**Keywords:** Hannah Arendt; Carl Schmitt; Nomos; Normativism.

## 1 INTRODUÇÃO

Entonces comprendí que su cobardía era irreparable. Le rogué torpemente que se cuidara y me despedí. Me abochornaba ese hombre con miedo, como si yo fuera el cobarde, no Vincent Moon. Lo que hace un hombre es como si lo hicieran todos los hombres. Por eso no es injusto que una desobediencia en un jardín contamine al género humano; por eso no es injusto que la crucifixión de un solo judío baste para salvarlo. Acaso Schopenhauer tiene razón: yo soy los otros, cualquier hombre es todos los hombres, Shakespeare es de algún modo el miserable John Vincent Moon. Jorge Luis Borges. La Forma de la Espada (BORGES, Jorge Luis. **Ficciones**. 3. ed. España: Debolsillo Contemporánea, 2012. p. 143).

Antes do político é a escuridão – ou silêncio -, deserto caótico de relações desconjuntadas, que não encontram seu ponto de equilíbrio. Então, vinda do nada, uma força externa estabelece os limites de um novo mundo. Funda em meio ao deserto do não político, um oásis cercado por muralhas delicadas – reconhecidas na figura de um novo direito. Trata-se de uma decisão, ação constitutiva que estabelece um novo espaço de convivência e que o sustenta em meio as constantes intemperes que atingem as muralhas da nova realidade, a partir de então, política.

Gradualmente, novos sentidos vão se estabelecendo e uma teia de relações vai unindo todos os homens. Promessas e esquecimento proporcionam o surgimento dessa nova esfera de relações. E vão ser essas mesmas promessas e



esquecimento que vão garantir sua permanência. É que o deserto da não política é uma realidade constante e invasiva, enquanto a esfera pública surge como exceção, como um esforço conjunto, cujas consequências são absolutamente imprevisíveis.

Utilizando-nos do excerto borgiano, podemos defender que a partir do momento da fundação, os sujeitos que, antes, viviam perdidos em um deserto apolítico e, agora, habitam um mundo comum, compartilharão os mesmos riscos e vantagens da existência em um espaço coletivo. De tal sorte que a covardia de um deles terá o condão de envergonhar a todos os outros e a coragem de outro poderá redimi-los. Assim, dentro das muralhas do mundo comum *“cualquier hombre es todos los hombres”*, cada homem é todos os homens<sup>5</sup>.

Esse momento de fundação da ordem jurídico-política e sua relação com uma posterior sustentação da mesma será o mote de grande parte da obra dos dois autores que abordaremos nesse trabalho e, portanto, será também objeto de nosso estudo. Tanto Hannah Arendt quanto Carl Schmitt demonstram, as suas próprias maneiras, profunda preocupação em compreender a dimensão da ordem política, para além de seus limites jurídico-formais. A descrição do processo de constituição da ordem política e de sua, posterior, manutenção vai permear suas chaves para entender o mundo. Além disso, de certa maneira, a importância do sujeito político enquanto ente constituinte e constituído do poder fundado vai dar a tônica da maioria de seus questionamentos. No excelente exposição, cujas ideias serão desenvolvidas mais adiante no decorrer do trabalho, de Christian J. Emdem (2008, p.127):

Tanto em Arendt quanto em Schmitt, a ação política precede o estabelecimento das normas legais e a ordem política institucional. A liberdade inerente à ação política cria, para Arendt, a possibilidade do novo, do imprevisível, do imprevisto: a ação política é "a capacidade de começar algo novo". Da mesma forma, para Schmitt a soberania somente existe em um momento de emergência, ou exceção, que não se conforma com a experiência anterior e, como tal, não pode ser administrada tecnicamente no

<sup>5</sup> Esse apontamento também pode desaguar numa interpretação que circunde a questão da desumanização como fenômeno reflexivo. Em outras palavras, a desumanização como um fenômeno que atinge tanto a vítima quanto o agressor. Dessa forma, aquele que desconsidera a humanidade do outro, por conseguinte, acabará perdendo a sua própria humanidade. Nesse sentido e, de forma dilatada, a interpretação de Giorgio Agamben sobre Auschwitz e a incapacidade de absorver a culpa proveniente dos horrores dos campos de concentração. Ver AGAMBEN, Giorgio. **Quel Che Resta di Auschwitz**. 12ª reimp. Italia: Bollati Boringhieri, 2012.



âmbito da legislação em vigor. Na verdade, a afirmação de Schmitt que "a ordem jurídica repousa sobre uma decisão e não sobre uma norma" espelha a afirmação de Arendt referente à primazia da ação política sobre qualquer questão legal ou institucional - afinal, é por meio da ação que a liberdade passa a existir na esfera pública.

Do ponto de vista da doutrina clássica do Direito Constitucional, é esse processo de fundação originário, que justificaria os vários processos que culminarão na existência da teoria dos poderes constituinte e constituído elaborada por Sieyès – teoria que dá o tom para a existência da política dentro do universo constitucional. Em seu clássico, “O que é o Terceiro Estado?”, o autor francês afirma categoricamente a existência de um momento “caracterizado pelo jogo de vontades individuais. A associação [política] é obra dessas vontades; elas são a origem de todo o poder” (SIEYÈS, 2002, p. 51).

O processo, no entanto, é seguido por duas fases posteriores. Na segunda, ainda prenhe de politização, forma-se uma vontade coletiva, capaz de movimentar a coletividade de vontades individuais como uma só vontade. A terceira e última fase representa o esgotamento da plena participação da política na existência constitucional dos entes. Nesse momento, a participação deixa de ser conduzida diretamente pelas vontades e passam a ser exercidas por um *gouvernement exercé par procuration*.

Tal nova forma de governo deve estar limitada por três ideias fundamentais. A primeira é a comunidade não abre de sua vontade, pois, trata-se de propriedade inalienável, ele só delega a mesma; a segunda ideia é que o corpo de delegados nunca poderá exercer um poder total, ela sempre deverá estar limitada pelos limites estabelecidos pela comunidade no intuito de manter a ordem e, por fim, não cabe ao corpo de delegados alterar os limites dos poderes que lhes foram dados pela comunidade (SIÉYES, 2002, p. 52-54).

É na transição entre a segunda e terceira fase da constituição das comunidades políticas, que surge a importância da teoria clássica do poder constituinte que será responsável por estabelecer os limites nos quais o poder constituído deverá atuar. Em outras palavras, o poder constituinte vai estabelecer os limites da delegação do poder ao corpo de delegados e, a partir daí, limitar o exercício do poder político (SIÉYES, 2002, p. 52-54).



No entanto, após o momento da fundação, a explosão de luz política na escuridão da apolítica torna-se um fato distante, com ares de fundação mitológica. A política se restringe ao exercício das atividades estatais e o Direito, gradualmente, vai perdendo sua natureza política - a despeito de sua origem absolutamente política. Epistemologicamente, o positivismo jurídico de Kelsen, em sua tentativa de criar uma Teoria Pura do Direito, criará ferramentas conceituais para concretizar cientificamente essa separação (KELSEN, 2009).

É partindo desse cenário, que iniciamos nossa exposição acerca das teorias de Hannah Arendt e Carl Schmitt. Tendo como principal objetivo, suscitar a possibilidade de um debate maior sobre a posição que a Política poderá, efetivamente, ocupar, em sua relação, muitas vezes conflituosa com o Direito. Para tanto analisaremos a aproximação entre as categorias de “amigo/inimigo”, “unidade”, “identidade” e “representação” do autor com os conceitos de “ação”, “mundo comum” e “poder” da autora. Como ponto de chegada dessa análise, avaliaremos o papel que o conceito de “nomos”, presente na obra de ambos os autores, tem na politização da teoria constitucional.

## **2 CARL SCHMITT E HANNAH ARENDT, UMA APROXIMAÇÃO (QUASE) IMPOSSÍVEL**

A construção de uma associação entre as teorias de Carl Schmitt e Hannah Arendt não é uma tarefa simples. Conforme será visto adiante, seus pensamentos, fontes bibliográficas e até mesmo biografias são separadas por um abismo cujas pontes pretendemos construir. Inclusive, há autores que, estudando suas obras, apresentam opiniões absolutamente divergentes sobre a fecundidade dessa ligação. Tornando, assim, o tema polêmico.

No entanto, conforme já foi dito, o que nos parece ser um ponto de ligação maior, que justificaria a aproximação de ambos, seria suas visões críticas a respeito de uma perspectiva normativista e neo-kantiana da política e, por consequência, do próprio Direito. Christian J. Emden (2008, p. 111) faz a melhor descrição dos motivos que inspiraram a escrita desse artigo:



Apesar das diferenças aparentemente óbvias entre Schmitt e Arendt, é interessante notar que a maior parte do renovado interesse em sua compreensão da política foi desencadeada por um crescente ceticismo em relação ao pensamento político liberal, como a teoria de John Rawls de justiça e os modelos kantianos da ação comunicativa e ética do discurso, que tanto Jürgen Habermas e Ulrich Beck têm procurado estabelecer como modelos para uma democracia deliberativa com alcance cosmopolita.

Além disso, a visão esposada por Hans Sluga (2008, p. 42) diz que Arendt concorda, especificamente, com a crítica de Schmitt à tradição normativista na filosofia política. Ambos atentaram, em vez disso, para dar prioridade à análise dos conceitos políticos.

Assim, nossa hipótese é que a utilização de dois autores que se preocuparam diretamente com a questão do político no Direito, em oposição as tradicionais perspectivas normativistas e neo-kantianas – como, por exemplo, a de Kelsen -, poderá trazer ferramentas úteis para um recorte epistemológico político de análise do fenômeno jurídico.

Em primeiro plano, do ponto de vista biográfico, ambos estão separados pelas posições ocupadas na Alemanha nazista. Hannah Arendt era judia e viveu na pele a perseguição totalitária, muito embora tenha tido tempo para fugir da Europa antes que sucedessem consequências mais graves<sup>6</sup>. Carl Schmitt, por sua vez, foi um importante defensor do nacional-socialismo<sup>7</sup>, sendo impossível negar seu

<sup>6</sup> Em uma entrevista em que fala muitos detalhes de sua vida pessoal, Hannah Arendt fala um pouco sobre suas primeiras impressões sobre o nazismo e a maneira como reagiu:

“De toda forma, eu pretendia emigrar. Imediatamente, pensei que os judeus não deveriam permanecer. Não pretendia percorrer a Alemanha como uma cidadã de segunda-classe, por assim dizer, de toda forma. Pensei que as coisas só ficariam piores e piores. Muito embora, por fim, eu não tenha saído de uma maneira pacífica. E devo dizer que isso me dá certa satisfação. Pois, fui detida e tive que deixar o país ilegalmente – vou lhe contar como em um minuto – e isso foi instantaneamente gratificante para mim. Ao menos, pensava eu, fiz alguma coisa! Ao menos, não sou “Inocente”. Ninguém poderia falar isso de mim!” [tradução livre] (ARENDR, 2005, p. 5).

<sup>7</sup> Um exemplo brutal desse envolvimento pode ser encontrado no texto “O Führer protege o Direito” discurso proferido pelo autor na defesa de Hitler. É nessa direção que ele diz:

“O Führer protege o direito do pior abuso, quando ele no instante do perigo cria o direito sem mediações, por força da sua liderança (Führertum) e enquanto Juiz Supremo: (e Schmitt cita Hitler) – “Nessa hora fui responsável pelo destino da nação alemã e com isso juiz supremo do povo alemão. O verdadeiro líder (Führer) sempre é também juiz”. Da liderança (Führertum) emana a judicatura (Richtertum). Quem quiser separar ambas ou mesmo opô-las ou transforma o juiz no contra-líder (Gegenführer) ou em instrumento do contra-líder e procurar paralisar (ausden Angelnheben) o Estado com a ajuda do Judiciário. Eis um método muitas vezes experimentado, da destruição não apenas do Estado, mas também do Direito.” (SCHMITT, In MACEDO JR., 2011, p. 178).



importante envolvimento e sua profícua colaboração, ressaltando-se, no entanto, seu posterior afastamento do centro do poder político nos últimos anos do regime<sup>8</sup>.

Do ponto de vista bibliográfico, Carl Schmitt não mencionou Hannah Arendt em nenhuma de suas obras mais famosas<sup>9</sup>. Contudo, Hannah Arendt, por no mínimo três vezes, o mencionou diretamente<sup>10</sup>. A primeira vez foi em 1946, ao desenvolver uma crítica de um livro que tratava da questão do holocausto. Neste breve artigo, a autora trata Carl Schmitt como um dos vários intelectuais que colaboraram com o regime, entretanto, descreve sua atuação como algo menor e que, assim como outros intelectuais colaboracionistas, deveria ser estudado com maior profundidade no período anterior ao nazismo (ARENDDT, 2005, p. 201).

Posteriormente, nas suas *Origens do Totalitarismo*, em direção semelhante à do artigo publicado em 1946, a autora menciona Carl Schmitt como um daqueles intelectuais que facilitaram o desenvolvimento do nazismo, mas que, no entanto, não poderiam ser responsabilizados pelo mesmo. Além disso, a autora faz comentários sobre o autor:

(...) Valeria a pena estudar em detalhe a carreira dos eruditos alemães, comparativamente poucos [aos soviéticos], que foram além da mera cooperação e ofereceram seus serviços por serem nazistas convictos. (...) Interessantíssimo é o caso de Carl Schmitt, cujas engenhosas teorias acerca do fim da democracia e do regime liberal ainda constituem leitura impressionante. (ARENDDT, 2012. p. 561).

Nesse contexto, Hannah Arendt pretendia reduzir a culpa daquelas pessoas que ela chama de “membros da elite”, cujo trabalho tenha sido importante para o

---

<sup>8</sup> Posteriormente à guerra, Carl Schmitt justificou sua posição como aquela do capitão Benito Cereno, personagem do escritor Melville. Esse se tratava de um capitão que comandava um navio negreiro chamado St. Dominick, durante o decorrer da viagem, os escravos dominaram o navio e obrigaram o capitão Cereno a navegá-lo, mesmo contra sua vontade. Segundo Carl Schmitt, seria essa sua relação com o partido nazista durante o período da guerra. Ver, por exemplo, AGAMBEN, Giorgio. **Un Giurista Davanti a se Stesso**. Italia: Neri Pozza, 2011. p. 11.

<sup>9</sup> Na literatura especializada, há menção a um artigo de Schmitt no qual ele menciona Arendt, conforme informa Christian J. Emden (2008, p. 112). No entanto, nos foi impossível verificar a veracidade dessa informação, tendo em vista as dificuldades bibliográficas e linguísticas envolvendo o supracitado texto.

<sup>10</sup> Vale ressaltar que uma breve menção ao Eichmann em Jerusalém, na qual ela se refere a um dos assistentes da defesa de Eichmann como um discípulo de Schmitt. Ver ARENDT, Hannah. **Eichmann in Jerusalem: a report on the banality of evil**. United States of America: Penguin Books, 2006. p. 145





fortalecimento do totalitarismo. Na perspectiva da autora, tal estrutura de dominação teria suas origens nas correntes subterrâneas da história europeia, não cabendo a nenhum intelectual *per se* a responsabilidade pela inspiração ou pela florescência desses movimentos. Esse seria o caso do próprio Carl Schmitt.

Outra relevante menção encontra-se no “O Que é a Liberdade?”, texto de 1960, no qual ela discute questões relevantes envolvendo o conceito de ação e liberdade, em sua discussão da soberania como vontade única. Na opinião de Arendt, tal visão estaria completamente equivocada, pois descartaria a pluralidade inerente ao exercício da política e transformaria a relação dos cidadãos em um arquipélago em oposição a sua natureza de teia (ARENDR, 2000, p. 460).

Filosoficamente, a aproximação dos dois deve ser feita com várias ressalvas, pois, sem ignorar os pontos de contato que procuramos aprofundar nesse trabalho, é possível afirmar que ambos se encontram em dois lados praticamente opostos da perspectiva política. Enquanto uma valoriza o papel do indivíduo e reafirma sua imprescindibilidade na formação da política, o outro transforma a política numa estrutura binária – composta pelos conceitos de amigo/inimigo – e homogeneizadora.

Por fim, é importante ressaltar que Hannah Arendt escreve em um mundo que tenta se recuperar do horror da Segunda Guerra Mundial e que vive intensamente a guerra fria, enquanto Carl Schmitt escreve a maior parte de sua obra sobre os farelos da República de Weimar, presenciando a fixação dos alicerces do Terceiro Reich e sua posterior ascensão. Entre a maneira dos dois de viver e compreender no - e o - mundo existe uma evidente ruptura, cuja dimensão, muitas vezes gigantesca, pretende-se superar.

Desse modo, devemos esclarecer que nossa análise da teoria de Carl Schmitt será feita de uma maneira enviesada, de tal sorte que a utilização de seus escritos terá por escopo aproximar Hannah Arendt do debate jurídico sem, contudo, levar às últimas consequências suas reflexões decisionistas. Metaforicamente, Carl Schmitt fará concessões a respeito de algumas de suas premissas para que o debate com Hannah Arendt seja possível e, eventualmente, profícuo.



### 3 AÇÃO E MUNDO COMUM EM ARENDT

Falar da política como a política, falar da política como discurso preocupado com a criação ou perpetuação da condição de tal discurso, é realmente a alegação de que o objetivo da política é a política, de que a política (quando autêntica) existe para seu próprio bem. Isso significa que, em parte, a política autêntica não possa ser contaminada pelo necessário ou pelo útil, mas tem uma afinidade para todas as coisas belas, para a esfera da estética. (KATEB, 2000, p. 134).

Dentro do pensamento político<sup>11</sup> de Hannah Arendt, os conceitos de ação e de mundo comum – ou esfera pública – vão ter uma importância fundamental. Isso porque ambos surgem como duas esferas interdependentes que dignificam a política conferindo-lhe uma autonomia axiológica. Em outras palavras, a ação e o mundo comum criam um espaço próprio para o político, no qual a política é feita por ela mesma e em seu próprio interesse.

Segundo Arendt, a condição humana é marcada por uma relação intrínseca com as aparências, é dizer: nós somos receptores sensíveis das aparências existentes no mundo e, também, somos objetos de outros receptores de aparência (ARENDR, 2008)<sup>12</sup>. Do ponto de vista político, o espaço público é um espaço no qual, igualmente, os homens aparecem uns para os outros. No entanto, nesse espaço em particular, o que os desvela é o discurso e a ação e é por meio de ambos que os homens adquirem sua liberdade.

Nesse sentido, a autora distingue os dois principais significados do termo **público**, atribuindo ao segundo um sentido propriamente político e, atesta que:

(...) o termo público significa o próprio mundo, na medida que é comum a todos nós e diferente do lugar que privativamente nos cabe dentro dele. Este mundo, contudo, não é idêntico à terra ou à natureza, enquanto espaço limitado para o movimento dos homens e condição geral da vida orgânica. Antes, tem a ver com o artefato humano, com o que é fabricado pelas mãos humanas, com os negócios realizados entre os que, juntos habitam o mundo feito pelo homem. Conviver no mundo significa essencialmente ter um mundo de coisas interposto entre os que possuem

<sup>11</sup> Ao qual evitaremos chamar de filosofia política, tendo em vista a própria rejeição da autora ao termo no que se refere ao seu trabalho. (ARENDR, 2005, p. 1)

<sup>12</sup> Toda a leitura do primeiro capítulo intitulado “Aparência” da obra “A Vida do Espírito” é de grande valia para entender o sentido da aparência e do ser na filosofia arendtiana.



em comum, como uma mesa se interpõe entre os se assentam ao seu redor. Pois como todo espaço- entre [*in-between*], o mundo ao mesmo tempo separa e relaciona os homens entre si.

A esfera pública, enquanto mundo comum, reúne-nos na companhia uns dos outros e contudo evita que colidamos uns com os outros, por assim dizer. (...). (ARENDR, 2010, p.64)

Assim, o mundo comum é composto por uma circularidade, por ser um espaço de aparência ele possibilita as condições para o discurso e a ação surgirem e, por consequência, é por meio da ação e do discurso que ele continua existindo.

Nessa toada, a ação, mais especificamente, surgiria como um duplo. Por um lado, trata-se daquilo que retiraria o homem de sua interioridade e o levaria a se mostrar para os outros e, por outro lado, a ação teria um papel construtor - a soma das ações de todos os homens constituiria o mundo comum (ARENDR, 2010, p. 224). Alegoricamente seria o mesmo que tratar todos os homens, concomitantemente, como atores e cenógrafos em uma peça. Por isso, as ações, empreendidas no decorrer do espetáculo, teriam o condão de estabelecer as relações entre as personagens e, simultaneamente, construir o próprio cenário onde ocorreria a peça. Na ausência de um dos atores, o cenário não se estabeleceria da mesma forma e na ausência de todos eles, por conseguinte, não haveria, sequer, peça ou cenário. Assim, para a autora (2010, p. 249):

O espaço da aparência passa a existir sempre que os homens se reúnem na modalidade da ação e do discurso e, portanto, precede toda e qualquer constituição formal da esfera pública e as várias formas de governo, isto é, as várias formas possíveis de organização da esfera pública. Sua peculiaridade reside no fato de que, ao contrário dos espaços que são a obra de nossas mãos, não sobrevive à efetividade do movimento que lhe deu origem, mas desaparece não só com a dispersão dos homens – como no caso de grandes catástrofes que destroem o corpo político de um povo -, mas também com o desaparecimento ou suspensão das próprias atividades. Onde quer que as pessoas se reúnam, esse espaço existe potencialmente, mas só potencialmente, não necessariamente nem para sempre.

A “dádiva da ação” traria eternamente o novo ao mundo, sempre renovando o palco por meio dos novos atores, sendo essa a principal característica da própria existência humana. De tal sorte que a espontaneidade dos atores em suas ações e na constituição do palco tornaria o futuro imprevisível (ARENDR, 2012, p. 531 e 2010, p. 235-240).



Outro aspecto importante da conjugação das ações é a constituição da liberdade. Isso porque a liberdade, na perspectiva arendtiana, teria como fundamento necessário a existência de um espaço de ação comum para os homens, “no qual os homens poderiam inserir-se por meio de palavras e feitos” (ARENDDT, 1997, p. 194).

É com base nessa preocupação com extinção da liberdade por meio de instrumentos totalitários cujos resultados podem ser nefastos, por uma via, e com a busca por uma perenidade da ordem política da liberdade, por outra, que surge o valor do estabelecimento de uma nova ordem constitucional na obra de Arendt. A Constituição surge como um pacto, uma promessa, que constitui os limites da nova ordem, possibilitando assim o surgimento da liberdade e vinculando os sujeitos. Nas palavras de Arendt (2011, p. 344):

(...) Assim, prometer e obrigar, unir e pactuar são os meios de manter a existência do poder; sempre que os homens conseguem preservar o poder nascido entre eles durante qualquer gesto ou ação particular, já se encontram em processo de fundação, em processo de constituir uma estrutura terrena estável que, por assim dizer, abrigue esse seu poder somado de ação conjunta. A faculdade humana de fazer e manter promessas guarda um elemento da capacidade humana de construir o mundo. Assim como as promessas e acordos tratam do futuro e oferecem estabilidade no oceano de incertezas do porvir, onde o imprevisível pode irromper de todos os lados, da mesma forma as capacidades humanas de constituir, fundar e construir o mundo sempre remetem a nossos “sucessores” e à “posteridade” do que a nós mesmos e a nossa época. (...)

Vale ressaltar: a diferenciação que a autora faz entre liberação e liberdade. Liberação é a luta contra restrições à liberdade injustificadas, é dizer, proteger a propriedade, o direito de ir e vir ou a vida, por exemplo, contra os arbítrios das autoridades. A liberdade, no entanto, seria uma etapa posterior, que teria sido descoberta, modernamente, na luta pelos direitos de liberação durante a Revolução Americana.

Para além de ser uma luta, contra as restrições autoritárias do regime monárquico, a luta pela liberdade seria um fruto da redescoberta do espaço público. No exato momento em que os revolucionários americanos se reuniram em busca de sua liberação, eles se reconheceram em uma esfera pública na qual eles podiam se desvelar uns para os outros através do discurso e da ação. A partir do momento



dessa descoberta, a luta pela liberdade assumiu o papel de protagonista das lutas que culminaram nos documentos pré-federação e, por fim, na Constituição de 1787 (ARENDR, 2011, p.60-61).

#### **4 O PROBLEMA DO NASCIMENTO POLÍTICO DO DIREITO – SOBERANIA EM SCHMITT E A CRÍTICA DE ARENDT**

O paradoxo básico do decisionismo político de Carl Schmitt - o Estado de direito, em última análise, depende de um ato abissal de violência (imposição violenta), que se baseia em si mesmo; ou seja, toda a ordem positiva a qual tal ato se refere, para legitimar-se, é auto-referencialmente postulada pelo ato por si só - é que suas próprias polêmicas contra o formalismo liberal-democrático, inexoravelmente, são pegadas na armadilha formalista. Schmitt tem como alvo a base utilitário-iluminada da política em alguns pressupostos de normas neutro-universais de regras estratégicas que (deveriam) regular a interação do interesse individual (seja na forma de normativismo jurídico à la Kelsen, ou sob a forma de utilitarismo econômico). (ZIZEK, 1999, p. 18)

Antes de adentrar propriamente na teoria da soberania de Carl Schmitt, é importante ressaltar algo. Conforme já sugerido, anteriormente, no capítulo II, nossa utilização das teorias de Carl Schmitt tem um propósito que não é a ressurreição – ou fortalecimento – do ideário totalitário. Assim como Chantal Mouffe (2009, p. 57), acredita-se que “(...) Schmitt é um inimigo com o qual nós podemos aprender, porque podemos nos aproveitar de suas percepções. Usar tais percepções contra ele e usá-las para formular um melhor entendimento da democracia liberal, um que reconheça sua natureza paradoxal.”.

A formulação mais famosa de Carl Schmitt a respeito do soberano é aquela em que ele afirma (2012, p. 1): “Soberano é aquele que decide da exceção”. Tal expressão pode parecer à primeira vista paradoxal. Mas, olhando-a com mais atenção, percebe-se que ela coloca lado a lado dois momentos políticos fundamentais à existência do Direito, quais sejam o seu nascimento e a sua morte.

Para o autor alemão, a exceção é o momento no qual a própria ordem jurídica se encontra ameaçada em suas condições de existência normais. Em outras palavras, exceção é qualquer possibilidade da ordem jurídica, simplesmente, ruir, seja ela de origem bélica, econômica ou social. Estando ameaçada a ordem jurídica,



configura-se o momento da exceção (SCHMITT, 2012, p. 6). Por consequência, ao decidir sobre o momento em que a exceção existe, o soberano, em sentido inverso, decide também o momento em que ela não existe. É dizer, a normalidade da aplicação da ordem jurídica repousa na decisão do soberano que se baseia nas condições fáticas e políticas do próprio mundo externo. O Direito não pode existir alheio à política. Nas palavras de Schmitt (2012, p. 1):

Precisamente, uma filosofia da vida concreta não pode se escusar da análise da exceção e do caso extremo, mas, necessariamente, deve estar altamente interessada em tais temas. A exceção pode ser mais importante que a regra, não por efeito de uma romântica ironia do paradoxo, mas pela seriedade de um entendimento que adentre profundamente, além das claras generalizações que repetem a si próprias. A exceção é mais interessante que a regra. A regra não prova nada; a exceção prova tudo: ela confirma não apenas que a regra também existe, mas que essa é derivada da exceção. Na exceção o poder da vida real arrebenta com a casca do mecanismo que se tornou torpe pela repetição.

Desse modo, o soberano se encontra dentro e fora do ordenamento jurídico simultaneamente, pois ele decide sobre a exceção e, simultaneamente, sobre a normalidade. Tal fenômeno será chamado de o “*paradoxo da soberania*” por Giorgio Agamben (2005, p.19), explicado nos seguintes termos: “Isso significa que o paradoxo também pode ser formulado desse modo: “a lei está fora de si mesma”, ou: “eu, o soberano, que estou fora da lei, declaro que não há nada fora da lei””.

Referida constatação de Schmitt gera um enorme problema teórico para as teorias normativistas do Direito, as quais tendem a fundamentar a própria ordem jurídica em um plano exclusivamente normativo. Seja na norma hipotética fundamental em Kelsen (2009, p. 35) ou na crítica à teoria da soberania de Austin em Hart (HART, 2009)<sup>13</sup>. A norma por si só não tem o condão de explicar a existência da ordem jurídica que se encontra, a todo o momento, ameaçada e protegida pela realidade política. Mais do que isso, o próprio ordenamento jurídico contém as condições da sua suspensão, no intuito de evitar sua destruição, de modo que durante o período de exceção, o Direito não *deixa de existir*, sendo, unicamente,

<sup>13</sup> Ver, em especial, os cinco primeiros capítulos de HART, **O Conceito de Direito**. Ver, também, RAZ, **O Conceito de Sistema Jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.





suspensão. É de sumo interesse a descrição que Bernardo Ferreira (2009, p. 109) faz da importância do imprevisível no pensamento do autor alemão:

Dessa forma, em oposição à generalidade abstrata do dever-ser normativo, o ser da “vida real” em Schmitt se apresenta como algo que possui, por sua própria natureza, um caráter potencialmente excepcional, extraordinário. A “realidade concreta” é o terreno do imponderável e do contingente, daquilo que não obedece a nenhum critério racional de calculabilidade e dedutibilidade, não podendo ser delimitado e previsto com antecipação. Nesse sentido, é significativa a imagem que Schmitt nos propõe da exceção: ela é, segundo ele, “o não subsumível”, o que “perturba a unidade e a ordem do esquema racionalista”. Na exceção, a “vida real” mostra-se como algo que não pode ser contido dentro dos parâmetros de uma racionalidade normativa, mas que ao mesmo tempo precisa ser governada juridicamente. [...] A questão do “concreto” em Schmitt está associada à impossibilidade de fundar a vida comum sobre bases incontroversas e à afirmação da necessidade que a ordem reconheça seu próprio fundo de desordem.

A presença do imprevisível como característica marcante da natureza da existência da ordem jurídica, remete diretamente às questões propostas por Arendt em sua filosofia da ação. Ademais, não é difícil associar uma autora que enxerga, na liberdade e na ação, verdadeiros instrumentos para realizar “milagres” (ARENDR, 2000, p. 460) com um autor que tem, como uma de suas principais obras, uma “Teologia Política”.

No entanto, no que concerne à teoria da soberania, as divergências entre Arendt e Schmitt começam a surgir, mais fortemente, no momento de definir quem (quais) deve(m) ser o(s) sujeito(s) da soberania. É que na perspectiva schmittiana, inspirada em Hobbes, a soberania deverá ser possuída por um “quem”, que possua poder sobre todos os outros sujeitos. Ao passo que a teoria arendtiana do poder se fundamenta na pluralidade.

Para Arendt, o poder não existe enquanto propriedade de um só indivíduo. Na verdade, o poder só pode surgir do relacionamento e da organização de várias pessoas em torno de uma determinada estrutura de governo. Além disso, ao se dizer que determinada pessoa está no poder, por óbvio, o que se pretende dizer não é que a pessoa, *per se*, seja a portadora desse poder, mas que um grupo de pessoas atua em seu nome (ARENDR, 2012, p. 44).



Em seu “O que é a liberdade”, a autora faz uma crítica direta da perspectiva Rousseniana de soberania – dentre os teóricos modernos, ela vai considerar Carl Schmitt como um dos defensores mais capazes da noção de soberania. Arendt diz que Schmitt reconhece claramente que a raiz da soberania é a vontade: o soberano vai ser aquele que deseja e que comanda (ARENDR, 2000, p. 460). Para a autora, a liberdade proveniente da ação política é totalmente incompatível com a soberania da vontade, de tal modo que ambas, sequer, podem existir simultaneamente. Isso porque a soberania pressupõe uma predominância de uma vontade individualista, seja do soberano ou de um grupo, de modo que as promessas e laços relacionados ao futuro, essenciais ao momento da fundação política, perdem completamente o seu sentido.

Para que o homem seja soberano ou para que faça parte de um grupo soberano, é preciso que ele se entregue completamente ao absoluto de sua vontade ou que se entregue completamente ao absoluto de certa vontade geral de um grupo. Impossibilitando-se, portanto, a criação da condição mais básica para a liberdade, qual seja a pluralidade de agentes ligadas por laços de igualdade. Nas palavras de Arendt (2000, p. 455):

Sob condições humanas, as quais são determinadas pelo fato de que não o homem, mas os homens vivem na Terra, a liberdade e a soberania são tão pouco idênticas que não podem sequer existir simultaneamente. Onde os homens desejam ser soberano, como indivíduos ou como grupos organizados, devem se submeter à opressão da vontade, ser esta a vontade individual com a qual eu me tomo a mim mesmo, ou a "vontade geral" de um grupo organizado. Se os homens desejam ser livres, é, precisamente, a soberania que eles tem que renunciar.

Cria-se, portanto, uma situação paradoxal. Enquanto Schmitt expõe – assim como Arendt- a fragilidade da ordem jurídica e sua profunda ligação com o mundo da política, ele, também, estabelece a ideia de uma soberania da vontade que é capaz de suspender a ordem jurídica – e, nesse instante, se opõe absolutamente à Arendt.

Sendo a liberdade e o poder dela decorrentes opostos à soberania da vontade, torna-se premente compreender o papel que os dois primeiros ocupam no nascimento e na morte da ordem jurídica, momentos nos quais a soberania se revela



em plenitude. Dentro da teoria, de Arendt o que explicará os dois momentos da vida da ordem jurídica será o ciclo entre violência e poder.

Violência é a utilização de uma força para um enfim específico, ela tem um caráter instrumental, a proteção ou a destruição da ordem jurídica, por exemplo. O poder, entretanto, na linha do que já foi visto, é um fruto da pluralidade das convivências e não tem uma função instrumental. O poder justifica-se a si próprio, ele é autorreferente, a existência da polis é o próprio motivo para sua manutenção, o exercício da política busca somente dignificá-la, de modo que não há um fim, uma função instrumental, após o estabelecimento do poder.

Para a pensadora alemã, poder e violência são conceitos que se negam mutuamente, não podendo simplesmente coexistir – do mesmo que a liberdade e a soberania, conforme foi explicitado anteriormente. Em adendo, a violência, à diferença do poder, jamais terá um condão constitutivo, ela jamais estabelecerá seus próprios fundamentos de permanência, ela não consegue criar uma esfera pública na qual os homens possam conviver em igualdade, como faz o poder. *In verbis*:

Mudando, por um momento, para a linguagem conceitual: O poder é realmente parte da essência de todo governo, mas o mesmo não se dá com a violência. A violência é, por sua própria natureza, instrumental; como todos os meios, está sempre à procura de orientação e de justificativas pelo fim que busca. E aquilo que necessita de justificar-se através de algo mais não pode ser a essência de coisa alguma. [...] O poder encontra-se na mesma categoria; trata-se, como dizem, de “um fim em si mesmo”. (O que, naturalmente, não pretende negar que os governos usem determinadas políticas e empreguem o poder de que dispõem para alcançar objetivos determinados. Mas a estrutura do poder por si própria parece e permanece além de todos os objetivos, de maneira que o poder, longe de ser o meio para a consecução de um fim, é realmente a própria condição que possibilita a um grupo de pessoas pensar e agirem termos de meios e fim.). (ARENDR, 2012, p. 51)

Ao delinear a diferença entre poder e violência, por um lado, e soberania e liberdade, por outro, torna-se possível reinterpretar o fenômeno da exceção. Para tanto, basta perceber os momentos de nascimento e morte de uma ordem jurídica da liberdade como momentos de violência, soberania e, portanto inexistência do poder. O poder e a liberdade só existirão na ausência da atuação da violência e da soberania como instrumentos governamentais.



Tal afirmação criaria a condição para, por exemplo, reavaliar, criticamente, a legitimidade de ordens jurídicas que constantemente se utilizam da exceção para perpetuar sua existência. Ademais, a liberdade e o poder surgem como importantes instrumentos teóricos e práticos para a análise e desconstrução de ordenamentos jurídicos fundados na violência.

Do ponto de vista jurídico, permaneceria patente a impossibilidade de existência de uma ordem jurídica entendida de maneira completamente apartada do mundo da política. Para tanto, basta reconhecer que o momento prévio ao surgimento e o posterior à aniquilação do Direito são intrinsecamente ligados com questões relativas à violência, ao passo que os momentos de sua vida plena são fundados no poder e na pluralidade das existências políticas.

Em outras palavras, uma ordem jurídica despreocupada com as condições da liberdade e da manutenção do poder que o fundaram, é uma ordem jurídica fadada ao fracasso. Mais do que isso, o objeto kelseniano, a norma da teoria pura seria um objeto impossível, visto que um conteúdo exclusivamente jurídico seria absolutamente inexistente. Em uma simples metáfora, a política surge como raiz do Direito trazendo, portanto, as condições para seu nascimento e, posterior, existência – não é possível compreender os mecanismos vitais de uma árvore sem olhar, também, para suas raízes.

## 5 **CARL SCHMITT E HANNAH ARENDT – REPRESENTAÇÃO E SOBERANIA REINTERPRETADAS**

A situação do sistema parlamentar tornou-se hoje extremamente crítica, porque a evolução da moderna democracia de massas transformou a discussão pública, argumentativa numa simples formalidade vazia. Algumas normas do direito parlamentar atual, sobretudo, as determinações quanto à autonomia dos deputados e à abertura das sessões, surgem ao invés disso, como uma ornamentação inútil, supérflua e até patética, como se alguém pintasse chamas vermelhas nos aquecedores de um moderno sistema de aquecimento central para transmitir a ilusão de um fogo ardente. (SCHMITT, 1996, p. 8)

O processo que reduz a política, no Estado Constitucional, ao momento representativo parlamentar e as tentativas epistemológicas de separar o Direito da política são partes de um mesmo processo. Não é impossível fazer uma associação



entre a norma hipotética fundamental em sua relação com o sistema normativo e o papel exercido pelo poder constituinte diante do poder constituído.

Trata-se de um mesmo movimento. É dizer, a teoria do poder constituinte e do poder constituído possibilita é o fundamento primeiro de uma ciência jurídica completamente alijada das circunstâncias políticas de um ordenamento centrado na norma, nos limites estabelecidos pelo poder constituinte. Nesse sentido, após um estudo crítico das raízes políticas do Direito, cabe fazer um estudo sobre as posições de Arendt e Schmitt no que concerne ao sistema representativo.

Em uma de suas obras de maior importância e folego, a Teoria da Constituição publicada em 1928, Carl Schmitt desenvolve uma perspectiva da relação entre os indivíduos e o Estado que se fundamenta na oscilação entre dois princípios, ditos formais, quais sejam a representação e a identidade. Antes de explicá-los, vale ressaltar que, para o autor, o Estado nada mais é do que um momento da conjuntura política de um povo, seu *status*. Não se tratando, portanto, de um ente que é autônomo em relação à unidade do povo, mas, na verdade, de um ente que se estabelece e se constitui nas relações políticas que surgem naquela unidade (SCHMITT, 2011, p. 270).

O primeiro princípio – o da representação – se estabeleceria em uma relação indireta de reconhecimento entre as estruturas estatais e o povo como um todo – à semelhança do que foi esposado por Sieyès no “O que é o Terceiro Estado?”. O segundo – da identidade –, por sua vez, teria como marca uma relação direta de reconhecimento entre o povo e as estruturas estatais. Em outras palavras, na representação o cidadão veria suas opiniões e desejos refletidos através de representantes na estrutura estatal, enquanto na identidade o cidadão se perceberia como parte de uma unidade que compõe o Estado. Nas próprias palavras de Schmitt (2011, p. 270-271):

[E]l pueblo puede alcanzar y mantener de dos modos distintos la situación de la unidad política. Puede ser capaz de actuación política, ya en su realidad inmediata –por virtud de una homogeneidad fuerte y consciente a consecuencia de firmes fronteras naturales, o por cualesquiera otras razones -, y entonces es una unidad política con magnitud real – actual en su *identidad inmediata* – consigo misma. Este principio de la identidad del pueblo, existente en un momento dado, consigo mismo, como unidad política, se base en que no hay ningún Estado sin pueblo, y por ello, un pueblo ha de estar siempre realmente presente como magnitud efectiva. El



principio contrapuesto parte de la idea de que la unidad política del pueblo como tal nunca puede hallarse presente en identidad real, y por ello tiene que estar siempre representada personalmente por hombres.

Para o autor, nenhum Estado existente poderia se fundamentar exclusivamente em quaisquer dos dois conceitos. A composição da estrutura política dos Estados se classificaria em graus maiores ou menores de representação e identidade (SCHMITT, 2011, p. 282).

Outro aspecto interessante da teoria da identificação e da unidade, na teoria de Carl Schmitt, é a questão da representação no Estado Parlamentar. Isso porque segundo o autor, a representação verdadeira ocorre, unicamente, na esfera pública (SCHMITT, 2011, p. 274). Assim, para que o parlamento seja considerado representante legítimo da unidade nacional é necessário que suas decisões sejam tomadas publicamente, de tal modo que quando a atuação do parlamento abandona seu aspecto público, o mesmo perde sua prerrogativa “de ser o representante da unidade política do povo” (SCHMITT, 2011, p. 282).

Em sua visão de testemunha da queda da República de Weimar, no entanto, o parlamento das democracias de massas nada mais era do que um verniz de legitimidade para decisões tomadas na penumbra e todo o processo parlamentar um mero embuste, simples “chamas vermelhas [pintadas] nos aquecedores de um moderno sistema de aquecimento central para transmitir a ilusão de um fogo ardente” (SCHMITT, 1996, p. 8). De modo que o vínculo de identidade entre os povos nas democracias de massa e os parlamentos era absolutamente inexistente.

Para Arendt, a questão da representação surge como “uma decisão sobre a própria dignidade da esfera política em si” (ARENDR, 2011, p. 299). Sua análise do sistema parlamentar surge no contexto da avaliação dos resultados da revolução americana, a qual para ela não conseguiu cumprir todos os seus objetivos. Isso porque, muito embora tenha estabelecido uma Constituição capaz de garantir os direitos de liberação contra restrições autoritárias, ela foi incapaz de gerar o ambiente de liberdade presente no momento revolucionário. O que, para a autora, em longo prazo, seria responsável pela própria decadência do espírito republicano nos Estados Unidos. Afirmar Arendt (2011, p. 345-346):





Em termos das instituições atuais, é no Parlamento e no Congresso, onde ele se move entre seus pares, que se materializa a vida política de um membro do governo representativo, não importa quanto tempo possa passar em campanha, tentando angariar votos e ouvir o eleitorado. O ponto central da questão não é apenas que isso não passa de uma óbvia imitação barata de diálogo no governo partidário moderno, no qual o eleitor só pode consentir ou recusar ratificar uma escolha que (à exceção das primárias americanas) é feita sem ele, e nem mesmo consiste nos flagrantes abusos, como a introdução na política de métodos próprios do comércio das elites, em que a relação entre representante e eleitor se transforma na relação entre vendedor e comprador. Mesmo que exista comunicação entre representante e eleitor, entre nação e Parlamento [...] essa comunicação nunca é entre iguais, mas entre os que pretendem governar e os que são governados.

A grande diferença, entretanto, entre as perspectivas de Hannah Arendt e Carl Schmitt é que para a primeira a solução é a constituição dos espaços de liberdade e de poder, nos quais os agentes possam provar a esfera pública e, a partir de então, integrarem-na, enquanto que para o segundo, como já sabemos, a solução se encontra na hipótese totalitária.

Voltando às ideias de unidade e identidade do povo, é importante asseverar que é por meio delas que surge o conceito do político na obra de Carl Schmitt. O político teria em seu âmbito próprio a diferenciação entre o amigo e o inimigo. Isso, por óbvio, não representaria o total alijamento desse conceito de outras distinções como a estética (feio e belo) ou a da moral (mau e bom), como exemplo (SCHMITT, 1992, p. 51-52). Ainda que outros critérios possam influenciar na escolha de quem serão os inimigos e os amigos – tais como a religiosidade – a autonomia dessa diferença é que possibilita sua existência como um conceito próprio.

O critério último para estabelecer a divisão política seria a possibilidade de guerra. Pois os amigos se configurariam como todos aqueles que, em uma possibilidade de conflito, estariam aliados para combater um mal comum. Por outro lado, o inimigo sempre seria aquela ameaça externa, o estrangeiro, que representaria o possível ocaso da unidade constituída (SCHMITT, 1992, p. 60).

O critério do amigo e inimigo poderia ser associado com a questão da língua como um instrumento de concretização política. No melhor estilo da tradição grega, poderíamos dizer que amigo seria todo aquele capaz de falar a mesma língua e debater na *ágora* (ágora), enquanto inimigos seriam os bárbaros cuja existência,



alheia ao mundo comum dos gregos e de sua língua, representaria uma eterna ameaça de extinção.

No que concerne ao pluralismo e a homogeneização da unidade, é importante esclarecer que o estabelecimento de uma unidade política contraposta a outras não significa, necessariamente, a superação das individualidades em detrimento de uma totalidade do político. O ponto principal reside no fato de que, não obstante todas as divergências internas que possa haver entre os membros de uma mesma unidade, no caso de uma guerra, eles estariam dispostos a lutar na defesa de sua identidade. Caso a ligação entre os membros dessa coletividade não seja tão poderosa a ponto de deflagrar uma luta em defesa da unidade, não haverá de que se falar em político. Nas palavras do próprio autor (1992, p. 65):

A palavra “soberania” tem aqui um bom sentido, da mesma forma que “unidade”. Isto não significa, de modo algum, que toda individualidade do ser de cada pessoa pertencente a uma unidade política teria de ser determinada e comandada pelo político, ou que um sistema centralista deveria destruir toda e qualquer outra organização ou corporação. [...] Seja como for: como consequência da orientação segundo o possível caso extremo da luta efetiva contra um inimigo efetivo, a unidade política, necessariamente, ou é a unidade decisiva para o agrupamento amigo-inimigo, e nesse sentido (não em algum sentido absolutista) soberana, ou ela simplesmente inexistente.

Tal perspectiva homogeneizadora do processo político parece, à primeira vista, absolutamente incompatível com a perspectiva arendtiana de política. De fato, a própria autora parece bem refratária a essa concepção de política, como ela própria demonstra nas *Origens do Totalitarismo*. Arendt atesta que (2011, p. 258):

Do ponto de vista político, o nacionalismo tribal insiste sempre em que está rodeado por “um mundo de inimigos”, “um contra todos”, e que há uma diferença fundamental entre esse povo e todos os outros. Afirma que o povo é único, individual, incompatível com todos os outros, e nega teoricamente a própria possibilidade de uma humanidade comum, muito antes de ser usado para destruir a humanidade de bem.

Contudo, dois fatores acabam por compatibilizar essa visão da política concentrada em uma unidade primária, que não pode ser considerada a própria humanidade.



Em primeiro plano, a despeito da ambivalência de Arendt no que concerne ao Estado-nação, o reconhecimento empírico de que os direitos humanos dependiam diretamente dos direitos do cidadão de um determinado Estado para serem reconhecidos homologa, indiretamente, a visão de amigo/inimigo schmittiana. É dizer, os sujeitos devem constituir alguma unidade política específica para terem seus direitos reconhecidos, de modo que a própria política – dependente, em primeiro plano, desses direitos básicos – não existe fora das unidades políticas (ARENDR, 2012, p. 258).

Em segundo plano, a própria natureza da esfera pública que exige uma profunda ligação de igualdade entre os seus sujeitos constitutivos não permite, *a priori*, a existência de uma humanidade política. O exercício da liberdade não prescinde de uma identificação entre os vários sujeitos que compõe a unidade política. Essa característica, talvez, aproxime tanto Arendt de Schmitt porque ambos beberam diretamente de fontes gregas para fundamentar suas teorias. O agonismo do indivíduo que age e discursa é fundamentado na existência de uma unidade de iguais. Explica Arendt (2011, p. 344):

A liberdade, em todos os lugares onde existiu como realidade concreta sempre teve limites espaciais. Isso fica muito claro em relação à maior e mais elementar de todas as liberdades negativas, a liberdade de movimento; as fronteiras do território nacional ou os muros da cidade-estado abrangiam e protegiam um espaço dentro do qual os homens podiam se mover livremente. Os tratados e garantias internacionais oferecem uma ampliação dessa liberdade territorialmente delimitada aos cidadãos fora do país, mas, mesmo sob condições modernas, continua evidente a coincidência entre liberdade e espaço limitado. O que vale para a liberdade de movimento vale também, em larga medida, para a liberdade em geral. A liberdade em sentido positivo só é possível entre iguais, e a própria igualdade não é de maneira nenhuma um princípio de validade universal, sendo, ela também, aplicável apenas com limitações e até dentro de certos limites espaciais (...)

O que mais essa aproximação dos pensamentos de Carl Schmitt e Hannah Arendt deixa patente é o fato de que as ordens jurídicas e os espaços públicos gozam de uma especial peculiaridade que nos permite pensar a política em termos de político e políticas. O potencial antagonismo das diferentes unidades possibilita que cada uma delas goze de uma identidade única, atribuída pelas plurais contribuições de seus vários agentes. Inviabilizando assim a existência de um objeto



único no que concerne ao fenômeno jurídico intrinsecamente ligado a cada uma das unidades e criando, por consequência, variados fenômenos que exigirão diferentes ferramentas para serem compreendidos.

A partir disso, percebe-se a relevância do conceito de Nomos, já esposado por Heráclito na filosofia pré-socrática e cujo valor, compartilhado por Schmitt e Arendt, é extremamente relevante para o escopo de fazer um recorte epistemológico político do Direito. Diz Heráclito (2000, p. 92): “μάχεσθαι χρητὸνδῆμον ὑπὲρτοῦνόμουδκωσπερτείχεος” (O povo deve lutar pelo nomos como por uma muralha).

## 6 HANNAH ARENDT, CARL SCHMITT E O NOMOS<sup>14</sup> DA POLIS

Aquele que se torna senhor de uma cidade acostumada a viver em liberdade e não a reduzir à ruína, deve esperar por ser destruído por ela: pois sempre se abrigam nas rebeliões dessas cidades o nome da liberdade e suas antigas leis, coisas de que nunca se esquecem, nem pelo longo transcurso do tempo, nem por benefícios; e por mais que se faça ou provenha, caso seus habitantes não se desunam ou se dissipem, não se esquecerão daquele nome [da liberdade] e nem daquelas leis, de modo que, subitamente, a cada incidente recorrerão a eles; da mesma maneira que fez Pisa após cem anos servindo os florentinos. (...) [N]as repúblicas há maior ódio, mais desejo de vingança, não deixam, e nem poderiam deixar, repousar a memória da antiga liberdade; de modo que a via mais segura é aniquilá-las ou habitá-las. (MACHIAVELLI, 2011, p. 26)

Ao escrever o quinto capítulo daquela que viria a ser sua obra mais conhecida, Machiavelli estabelece uma interessante ligação, cujo significado está fortemente relacionado com o objeto de nosso estudo. É que, para o autor florentino, o amor pela liberdade e o amor pelas próprias (e antigas) leis estariam intrinsecamente ligados. Ou seja, um povo que uma vez conhecesse da liberdade e que tivesse suas próprias leis, em outras palavras, que vivesse em uma república,

<sup>14</sup> Apesar de Arendt utilizar “lei”, em inglês “law”, como uma tradução do vocábulo nomos, em sua obra, existe uma preocupação em delinear o sentido dessa tradução para as línguas modernas. Dessa forma, para evitar confusões e até mesmo uma absoluta contradição com as críticas de Schmitt que serão descritas a frente, evitaremos usar um vocábulo pelo outro. Para uma perspectiva geral do sentido da palavra nomos e sua tradução, ver ARENDT, Hannah. *A Promessa da Política*, 2009, pp. 243-251. Para o original, ver ARENDT, Hannah. **The Human Condition**, 1998. p. 194.



jamais as esqueceria. Essa teria sido a razão que, por exemplo, motivou a revolta de Pisa mesmo após cem anos de dominação florentina. Essa associação entre a liberdade e as leis (ou costumes) é a chave para compreender o sentido que Arendt e Schmitt dão a palavra nomos. O homem livre e a república, quando dominados, não lutam apenas por sua liberdade, mas também por seu ordenamento jurídico, pois é somente por meio e dentro do **seu** ordenamento jurídico que a **sua** liberdade pode existir.

É a necessidade de um espaço comum e de condições instrumentais para o exercício da liberdade que inspira Hannah Arendt a elaborar sua teoria sobre o nomos. Analisando a origem da *polis*, suas funções e relações no mundo grego, ela demonstra que os homens em busca da liberdade – em referência a discussão já feita sobre revolução americana - precisariam de uma estrutura que, por um lado, abrigasse sua existência enquanto entes públicos e, que, por outro lado, garantisse a perenidade de suas palavras e de seus feitos. Naquele novo espaço, os homens poderiam interagir e buscar o não esquecimento.

Contudo, vale ressaltar, que o conceito de *polis* não se confunde com aquele do espaço **físico** de existência da cidade, assim, a *polis* não seria a cidade-estado, não seria Atenas ou Esparta, mas o mundo comum e, portanto, **político** que se constituiria entre aqueles cidadãos. Carl Schmitt, por sua vez, como já foi visto, defende que o Estado nada mais é do que a situação de um povo (SCHMITT, 2011, p. 270). Nesse sentido, as palavras da própria autora (2010, p. 248):

A rigor, a polis não é a cidade-estado na sua localização física; é a organização da comunidade que resulta do agir e falar em conjunto, e o seu verdadeiro espaço situa-se entre as pessoas que vivem juntas com tal propósito, não importa onde estejam. “Onde quer que vá serás uma polis”: essas famosas palavras não só vieram a ser o lema da colonização grega, mas exprimiram a convicção de que a ação e o discurso criam um espaço entre os participantes capaz de situar-se adequadamente em quase qualquer tempo e lugar. Trata-se do espaço da aparência, no mais amplo sentido da palavra, ou seja, o espaço no qual apareço aos outros e os outros a mim; onde os homens existem não meramente como as outras coisas vivas ou inanimadas, mas fazem explicitamente seu aparecimento.

Por outro lado, a mera estruturação e o desejo de constituir um espaço comum não seriam suficientes para garantir o sucesso desta empresa. A *polis* precisaria tanto de uma proteção material – muralhas – quanto de uma proteção



estrutural – suas regras de convivência política, o nomos (ARENDT, 2010, p. 243). Nesse momento, emerge, com todo seu vigor, a importância do nomos – e, conseqüentemente, sua ambigüidade linguística. Isso porque no grego a palavra nomos tinha um significado duplo, ultrapassando aquele da nossa palavra “lei”, significando tanto uma limitação aos próprios atos dos cidadãos quanto o espaço de existência da polis. Assim, “[a] lei [nomos] é uma muralha instituída e erigida (...) dentro da qual se cria a esfera política real onde os homens circulam livremente (ARENDT, 2009, p. 243)”.

Desse modo, o nomos surgiria tanto como uma pré-condição à existência da polis quanto como uma condição de sustentação de sua permanência. Isso porque ele permitia que os homens conhecessem os limites de sua atuação tanto de um ponto de vista político, quanto de um ponto de vista territorial. Além disso, enquanto os bárbaros estavam sujeitos ao poder de seu rei, os cidadãos atenienses estavam sujeitos as suas leis, que os tornavam iguais e livres (ARENDT, 2009, p. 244). Nas palavras da autora (2009, p. 231):

Para o modo grego de pensar, a liberdade tinha, portanto, raízes num lugar, ao qual estava ligada e pelo qual era delimitada, um espaço de liberdade cujas fronteiras coincidiam com os muros da cidade, da polis ou, mais exatamente, de sua ágora.

Ademais, as ações por sua natureza imprevisível e incontrolável teriam a necessidade de um espaço de estabilidade no qual não se perdessem em uma infinidade de caminhos e caíssem no esquecimento histórico. Em outras palavras, os cidadãos precisariam estar preservados de um mundo em que a liberdade, no sentido arendtiano, simplesmente não existia (ARENDT, 2010, p. 247).

O espaço que se opõe ao domínio público, no qual inexistem relações políticas e liberdade, é chamado por Arendt de deserto (2009, p. 253) e, em sua essência e de maneira radicalizada, reproduz-se no fenômeno do totalitarismo (2012, p. 277), representando a ameaça constante à liberdade.

Assim, a fundação do nomos em cada unidade política, depende das necessidades e das contribuições dos agentes que a compõe. É dizer, não existe um modelo de nomos universal que possa ser aplicado sobre qualquer terreno, o nomos surge como um trabalho de artífice. Assim como a muralha da polis para ser





eficiente exige a compreensão das características geográficas da cidade que ela irá proteger, um nomos realmente eficiente está preocupado com os perigos oferecidos por cada unidade com sua devida esfera pública. É certo que algumas vezes os problemas apresentados para as unidades possam ser iguais, no entanto, na maior parte das vezes, tendo em vista a imprevisibilidade decorrente da própria natureza da política.

Daí a relevância do, já citado, fragmento de Heráclito (“o povo deve lutar pelo nomos como por uma muralha”), a própria palavra nomos viria do grego *nemein* – distribuir, possuir (o que foi distribuído), habitar – e, portanto, a aproximação entre muralhas e as leis, no sentido do nomos, estaria clara (ARENDDT, 2010, p. 77, nota 62).

No que concerne a Schmitt, sua teoria a respeito do nomos está ligada à tentativa de explicar o contexto do Direito Internacional na Europa pós-segunda guerra<sup>15</sup>, tal intento se dá por meio de seu livro “O Nomos da Terra”<sup>16</sup>. Trata-se, além disso, mais uma vez, de criticar o conceito normativista de Direito.

De maneira muito semelhante à interpretação de Hannah Arendt, Carl Schmitt aproxima o conceito de nomos àquele de espaço territorial. Para tanto, o autor procura evitar a tradução da palavra grega através do vocábulo “lei”. Tal posição se justificaria pela carregada tradição que a palavra “lei” traria consigo, em adendo, a própria caracterização do vocábulo “lei” como um “dever ser” oposto a um “ser”, a qual se incompatibilizaria com a natureza territorial do termo (SCHMITT, 2011, p. 58).

Avançando em sua explanação, Schmitt, critica a perspectiva moderna de lei, cuja aparência é meramente positivista, ligada ao que ele chama de “Estado

<sup>15</sup> A esse propósito, preferimos deixar claro que, no presente trabalho, não trataremos diretamente das questões de direito internacional envolvidas nessa obra magistral, declinando tal labor para próxima oportunidade.

<sup>16</sup> Justificando sua tentativa de reutilizar o conceito, Schmitt escreve: “Se, não obstante tudo isso [a má utilização do termo pelos eruditos europeus], eu emprego novamente o termo nomos no seu sentido original, não o faço no intuito de reviver artificialmente mitos sepultados ou para evocar sombras vazias. O termo nomos é por nós utilizado porque tem a propriedade de preservar cognições que surgem da problemática mundial atual contra um enredo legal-positivista, em particular do perigo de ser confundido com termos e conceitos pertencentes a cultura jurídica do Estado do século XIX.” [Tradução Livre]. (SCHMITT, 2011, p. 57).



Burocrático”, de modo que o conceito mais **substancial** de nomos não poderia se identificar de maneira nenhuma com a “lei” **abstrata**. Nomes representaria a divisão territorial, política, social e religiosa que caracterizaria determinado ordenamento jurídico, seu sentido ultrapassaria, em muito, aquele das “leis” abstratas modernas<sup>17</sup>. Nas palavras do próprio autor (SCHMITT, 2011, p. 58):

Nomos, contrariamente [à lei], vem de *nemein*, uma palavra que significa tanto “dividir” quanto “pastar” [Weiden]. O nomos é, portanto, a forma imediata na qual se percebe visivelmente o ordenamento político e social de um povo, a primeira medição e divisão do pasto, vale dizer a ocupação de terra e o ordenamento concreto que dessa divisão deriva [...] Nomos é a medida que distribuí o terreno e o solo da terra colocando-o em um determinado ordenamento político, social e religioso. Medida, ordenamento e forma constituem aqui uma concreta unidade espacial. Na ocupação de uma terra, na fundação de uma cidade ou de uma colônia se faz visível o nomos com o qual uma tribo, um grupo ou um povo se faz sedentário, em outras palavras, se coloca historicamente e demarca uma parte da terra como campo de força de um ordenamento. (...) Em particular, o nomos pode ser definido como uma muralha, dado que também o muro se baseia sobre localização sagrada.

Contudo, defende o autor que, durante o próprio período helênico, o sentido da palavra nomos foi se corrompendo por obra dos sofistas, a tal ponto que passou a poder ser associado com o sentido positivista e moderno da palavra “lei”. Tal modificação se justificaria pelo interesse dos sofistas de transformar o nomos em “mera disposição ou preceito” (SCHMITT, 2011, p. 66). Do ponto de vista histórico, a necessidade de uma nova compreensão da palavra nomos estava ligada a decadência da polis e a ascensão do culto dos portadores do poder político.

Desse modo, fica clara a semelhança entre os sentidos atribuídos à palavra nomos pelos dois autores alemães. Muito embora Schmitt se concentre prioritariamente nos sentidos territorial e político, a interpretação que Hannah Arendt faz da sociedade helênica e do seu sentido de liberdade na esfera do nomos é totalmente compatível, tendo em vista que, segundo a própria Arendt, a existência da liberdade exige um espaço protegido, um espaço próprio, que tem um aspecto territorial, jurídico e político.

<sup>17</sup> Para a leitura completa da crítica de Schmitt ao pensamento positivista e sua incapacidade de traduzir o conceito de nomos, sugerimos a leitura completa do quarto capítulo do livro. SCHMITT, Carl. **II Nomos della Terra**. 2011. p. 54 - 71



Esse ponto de ligação, mais do que todos os outros apontados, permite perceber que a existência da política, da liberdade, da ação e do poder têm como um pré-requisito fundamental a existência de uma ordem jurídica, mais do que isso, uma ordem jurídica, política, sociológica e territorialmente que seja limitadora e fundadora da liberdade em um determinado sentido para uma determinada unidade.

## 7 CONCLUSÃO

“E Polo: - Toda vez que descrevo uma cidade, digo alguma coisa de Veneza.

[Khan] - Quando te pergunto sobre outras cidades, desejo te ouvir falando delas. E de Veneza, quando te pergunto por Veneza.

[Polo] - Para distinguir as qualidades das outras, devo partir de uma primeira cidade que permanece implícita. Para mim é Veneza.

[Khan] - Deverias, então, começar cada relato das tuas viagens desde a tua partida, descrevendo Veneza assim como ela é, plenamente, sem omitir nada daquilo que recordes dela.” (CALVINO, *Le Città Invisibili*. Milano: Oscar Mondadori, 2012. p. 86)

A proposta do presente trabalho não é - e nem poderia ser - estabelecer conclusões definitivas no que concerne à possibilidade uma crítica conjunta de Hannah Arendt e Carl Schmitt ao modelo normativista da ciência jurídica. O que se pretendeu aqui foi realizar uma análise provocativa dos próprios limites de tal modelo os quais, em nossa visão, se tornam patentes ao serem cotejados com os conceitos chaves dos autores utilizados.

Assim como o jovem Marco Polo não podia olhar para as outras cidades sem olhar um pouco para sua cidade natal, Veneza. As contribuições de Arendt e Schmitt evidenciam a impossibilidade de uma análise jurídica que prescindia do contexto político de formação e sustentação do ordenamento objeto de estudo. No entanto, para fins explicativos, parece-nos produtivo extrair algumas conclusões pontuais do texto.

Em primeiro lugar, o pensamento de Schmitt e Arendt pretendem se opor às tradicionais teorias normativistas do direito e da política. Tanto o normativismo de um Kelsen que centraliza o fenômeno do Direito em uma norma pura e distante do mundo quanto uma visão que restrinja a política ao palco dos congressos e



parlamentos parecem não ser suficientes para explicar o fenômeno jurídico e o fenômeno político à vista dos dois autores.

É a própria oposição dos dois autores a esses modelos normativistas que justificará a tentativa de criar pontes entre os abismos que os separam. Nesse sentido, tanto as diferenças ideológicas, bibliográficas e biográficas são deixadas de lado em nome de uma tentativa de contribuição à crítica do normativismo. Deixando-se claro, entretanto, que a utilização de Schmitt é inspirada pelo desejo de aprender com ele para utilizar seus conceitos contra ele mesmo – ou contra sua tentativa de estabelecer um Estado total.

Em seu intento de demonstrar a fecundidade do plano político, Hannah Arendt se utiliza de um conceito de ação e liberdade presente na própria condição humana. É dizer, em sua opinião, os homens podem a qualquer momento desde que se reconheçam como iguais e busquem a constituição de sua liberdade fundar uma ordem baseada em um poder plural. Os próprios parlamentos voltados para si mesmos e para uma classe de políticos não são suficientes para esgotar a capacidade humana de constituir o novo e a liberdade. A ação, capacidade inerentemente humana é a causa maior do imprevisível e do eternamente novo.

Schmitt, ao basear-se na teoria do estado de exceção – que é o momento no qual a existência da ordem jurídica se encontra ameaçada -, demonstra que as próprias condições genealógicas, de aniquilamento e de manutenção do Direito residem em uma vontade política que se encontra simultaneamente dentro e fora do ordenamento. Ademais, é seu objetivo demonstrar a fragilidade das teorias formais de constituição do fenômeno jurídico, pois, em sua opinião elas são incapazes de lidar com a questão da exceção.

Nessa toada, o autor postula sua teoria do soberano como aquele que é capaz de decidir da exceção. É nesse momento que Hannah Arendt parece discordar. Arendt é uma profunda crítica das teorias da soberania, principalmente, em seu viés subjetivista. A tentativa de criar uma vontade única responsável – seja ela partida de um ou de vários indivíduos – por comandar uma pluralidade de agentes, não lhe parece compatível com a ideia de liberdade.

É a teoria da violência em oposição ao poder que vai explicar a situação da exceção aos olhos de Arendt. Enquanto o poder é uma construção plural fundada



em um desejo de exercer a liberdade e, portanto, sem nenhum fundamento instrumental, a violência é a pura força exercida sempre com um fim. Desse modo, o espaço para violência é aquele que surge antes e depois da fundação da liberdade.

Essa associação entre o momento do “soberano” e o momento de “normalidade” com a violência e o poder, permite uma análise acurada dos ordenamentos jurídicos, avaliando sua legitimidade por meio da utilização que os mesmos fazem da exceção e se, efetivamente, em seus limites, a liberdade se concretiza em algum momento.

Adiante, a questão da representação foi objeto de análise, utilizando-se, por um lado, das críticas de Schmitt à incapacidade do poder representativo de efetivamente manter-se ligado ao povo que ele pretende representar e, por outro, das de Hannah Arendt a incapacidade do mesmo poder de proporcionar a dimensão de existência política aos habitantes de sua circunscrição.

A dualidade amigo/inimigo presente na obra de Schmitt foi utilizada para demonstrar as limitações presentes na própria teoria liberal de Arendt que não consegue prescindir do fenômeno da unidade para garantir a liberdade e o exercício de direitos. Decorrência disso é a peculiaridade inerente a cada ordem jurídica e política que vai ensejar instrumentos particulares para compreender seu funcionamento – construindo-se mais uma crítica as possibilidades de uma teoria normativista. É essa discussão que vai ensejar o surgimento do debate sobre o nomos, último capítulo do trabalho.

O conceito de nomos, presente no pensamento ocidental desde Heráclito, vai ser mais um ponto de ligação entre as teorias de Schmitt e Arendt. A segunda vai se focar no aspecto genealógico do nomos que vai surgir com as muralhas destinadas à proteção da polis, do espaço público de convivência entre os homens. Ressaltando que o nomos surge como um trabalho de artífice para perenizar a liberdade.

Schmitt, por sua vez, ressaltará a especificidade inerente ao conceito de nomos, o qual pretende, sempre, se referir a um espaço geográfico, temporal e político específico em oposição a um conceito abstrato e normativista de Direito.



Ambos os autores, ao analisar o conceito de nomos, parecem ressaltar a importância de uma análise localizada do fenômeno jurídico, com ferramentas próprias para a compreensão de cada espaço. Mesmo o fenômeno da liberdade não pode ser analisado abstraindo-se as condições de poder ou violência a que cada povo está sujeito no decorrer de sua história. Um direito da liberdade não é aquele que a consagra como uma palavra em uma carta magna. Um direito da liberdade é aquele que, também, cria as condições de possibilidade para ser livre e, por consequência, discursar e agir entre os iguais.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: Il Potere Sovrano e la Nuda Vita**. Torino: Giulio Einaudi, 2005.
- AGAMBEN, Giorgio. **Quel Che Resta di Auschwitz**. 12<sup>a</sup> reimp. Italia: Bollati, 2012.
- AGAMBEN, Giorgio. **Un Giurista Davanti a se Stesso**. Italia: Neri Pozza, 2011.
- ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- BORGES, Jorge Luis. **Ficciones**. 3. ed. España: Debolsillo Contemporánea, 2012.
- ARENDT, Hannah. **A Vida do Espírito**. Trad. Cesar Augusto R. de Almeida, Antônio Abranches e Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: 2008.
- ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ARENDT, Hannah. **Eichmann in Jerusalem: a report on the banality of evil**. United States of America: Penguin Books, 2006.
- ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Editora Perspectiva, 1997.
- ARENDT, Hannah. **Essays in Understanding: 1930-1954**. Edited by Jeremy Kohn. New York: Harcourt, Brace & CO, 2005.
- ARENDT, Hannah. **On Violence**. United States of America: Harcourt, 2012.
- ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. Trad. de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- ARENDT, Hannah. **The Portable Hannah Arendt**. United States: Penguin Classics, 2000.
- EMDEN, Christian J. Carl Schmitt, Hannah Arendt, and the Limits of Liberalism. In: **Telos Spring**, 2008, vol. 2008, no. 142.
- FERREIRA, Bernardo. **O Risco do Político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2009.





- FREUD, Sigmund. The Future of an Illusion. In: **The Freud Reader**. Edited by Peter Gay. 1. ed. Great Britain: Vintage, 1995.
- HERÁCLITO. In: **Os Pré-Socráticos: vida e obra**. Org. José Cavalcante de Souza. São Paulo: Editora Nova Cultura, 2000.
- KATEB, George. Political Action: Its nature and advantages. In: **The Cambridge Companion to Hannah Arendt**. Org. Dana Villa. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p.1
- MOUFFE, Chantal. **The Democratic Paradox**. London: Verso, 2009.
- SCHMITT, Carl. **A Crise da Democracia Parlamentar**. Trad. Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.
- SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Trad. Alvaro L. M. Valls. Petrópolis: Editora Vozes, 1992.
- SCHMITT, Carl. O Führer Protege o Direito. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SCHMITT, Carl. **Political Theology**. Trad. George Schwab. United States of America: Chicago University Press, 2012.
- SCHMITT, Carl. Stato, Movimento, Popolo. In: **Un Giurista Davanti a se Stesso**. Org. Giorgio Agamben. Italia: Neri Pozza, 2011.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2011.
- SIEYÈS, Emmanuel J. **Qu'est-ce que le Tiers état ?** France: Édition du Bouche, 2002.
- SLUGA, Hans. The Pluralism of the Political: From Carl Schmitt to Hannah Arendt. In: **Telos Spring**, 2008, vol. 2008, no. 142.
- ZIZEK, Slavoj. Carl Schmitt in the Age of Post-Politics. In: **The Challenge of Carl Schmitt**. Org. Chantal Mouffe. London: Verso, 1999.



# INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E HUMANA DA NORMA: UM RECLAMO HISTÓRICO<sup>1</sup>

CONSTITUTIONAL AND HUMAN  
INTERPRETATION OF THE NORM: A HISTORICAL RECLAIM

*André Ferreira Polycarpo Gomes<sup>2</sup>*

## Resumo

O presente artigo propõe a apresentar, ainda que de forma breve, o pensamento decorrente da transição da colonização e independência para a constitucionalização e democratização dos países da América Latina. Objetivou-se contextualizar historicamente, o sentimento de domínio e manipulação do poder do Estado a favor da minoria economicamente privilegiada, sob o foco constitucional. Bem como analisar o movimento Positivismo Filosófico, como forma de questionar a eficácia real da aplicação desse, devido o amplo emprego na América Latina. Buscou-se contemplar a atividade hermenêutica, em seus aspectos de argumentação e fundamentação das decisões e atos. A metodologia adotada utilizou da pesquisa bibliográfica com referência doutrinária, em livros, revistas e pesquisa *on line*. Concluiu-se que os povos dos países da América do Sul, sofreram com a morte física e cultural, em busca de condições dignas e sustentáveis de desenvolvimento social e reconhecimento da diversidade étnica, ao lutar pela independência e democratização. Observou-se que há necessidade de se romper com o movimento positivista, pois no sistema jurídico da América Latina não se aplica a positividade das normas constitucionais com mesma ênfase que se aplica as normas infraconstitucionais. Isso desencadeou grande preocupação com a interpretação jurídica da Lei para a ciência do Direito, pois é fato que nos países da América Latina devem-se incluir os princípios legais, aqui considerando o ser humano em sua totalidade, natural, social, cultural, juntamente com suas emoções construídas ao longo de sua própria história, a fim de alcançar a almejada vontade da Lei como bem público tutelado.

**Palavras-chaves:** América Latina; Independência; Democracia; Constituição; Hermenêutica.

<sup>1</sup> Artigo recebido em 15/05/2014, pareceres submetidos em 05/06/2014 e 08/06/2014 e aprovação comunicada em 23/07/2014.

<sup>2</sup> Idealizador e atual Coordenador do Departamento de Desenvolvimento Integral de Atividades Jurídicas Argumentativas (DDIA-JA). Sócio do escritório de Direito Doné, Ferreira & Polycarpo em Belo Horizonte. Licenciado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Especialização Lato Sensu em Direito Processual e Material do Trabalho pela Universidade de Itaúna, Minas Gerais. Aluno do Curso de Doutorado em Direito Contratual da Universidade de Buenos Aires, Argentina. E-mail: <andre.dfpadv@gmail.com>.



## Abstract

This article proposes to present, albeit briefly, the thought derived from the transition from colonization to independence and constitutionalization and democratization of Latin America. Aimed to historically contextualize the feeling of mastery and manipulation of state power in favor of the economically privileged minority under a constitutional focus. And also analyze the Philosophical Positivism movement as a means to question the real efficacy of this application, due to the ample employment in Latin America. We attempted to include the hermeneutic activity in its aspects of argumentation and reasoning of decisions and actions. The methodology used was bibliographical, with doctrinal reference books, journals and online research. It was concluded that the people of South American countries, suffered with the physical and cultural death, in search of decent and sustainable conditions for social development and recognition of ethnic diversity, in the fight for independence and democratization. It was observed that there is a need to break with the positivist movement, because in the Latin American legal system does not apply the positivity of constitutional norms with the same emphasis as ordinary law rules. This triggered a major concern about the legal interpretation of the Law in the legal sciences, as is the fact that in Latin American countries one must take in account legal principles, here considering human beings as a natural, social, and cultural whole, along with their emotions built up over their own history, in order to achieve the desired will of Law as legally protected.

**Keywords:** Latin America; Independence; Democracy; Constitution; Hermeneutics.

## 1 INTRODUÇÃO

Tem-se como indiscutível que a transição da independência da América Latina, em geral, foi sucedida por vários atos de tirania e tomada de poderes em favor de uma minoria – normalmente eram as elites econômicas – muitas vezes ao custo das vidas daqueles que se opunham à referida minoria.

Assim ocorreu na colonização da América do Sul, na qual os “povos da terra” foram despojados de sua cultura em sua totalidade, onde os colonizadores impuseram uma nova cultura, incluindo a filosofia, as expressões econômicas e comerciais, tais como a moeda, as leis, a política e outros.

Nesse sentido, o povo latino só pode, ao longo dos séculos, se manifestar contra a tirania que sempre proporcionou a tomada do Estado, do governo e do poder de uma nação, conforme os interesses da minoria. A exemplo, os golpes militares foram responsáveis pela morte de milhares de pessoas em toda América do Sul.



Por um lado, tornou-se necessária a valorização das chamadas revoluções ou rebeliões populares. Nesse contexto, entendem os estudiosos das ciências sociais, em geral, que são as revoluções de fundamental importância para o desenvolvimento do Estado como um todo, especialmente da democracia contra a tirania e, conseqüentemente, o desenvolvimento dos direitos humanos por si mesmo.

Por outro lado, é reconhecido que os movimentos revolucionários são prescindidos por uma expressão artística e cultural que impulsiona, por assim dizer, a revolução em si. Razão pela qual não é possível separar as expressões culturais das ciências sociais, posto que elas sejam uma espécie do gênero manifestação da vontade popular.

Dito isso, é importante citar o movimento ao qual se consagra como Positivismo Filosófico ou Jurídico, pois a expressão positivista, não somente está enraizada nas expressões científicas contemporâneas, ao menos em sua maioria, como também é responsável pela fragmentação das ciências e conseqüentes especializações, num método científico de observação dos acontecimentos, muito específico. Sem embargo, tal pensamento foi observado na cultura europeia, mas imposta a implementação na cultura sul americana.

Nessa seara, o Estado Constitucional Democrático de Direito tem sido questionado em toda América do Sul, posto que a concessão da soberania, em seu aspecto positivo, não tem alcançado o ideal da cultura latina, muito por não considerar as expressões culturais dos nativos e por depreciar a diversidade que compõem os países latinos.

Ocorre que frente ao conflito cultural, filosófico, político e jurídico os países sul americanos têm promovido, durante as três últimas décadas, e impulsionados pelos movimentos de “expansão democrática”, substanciais alterações em suas constituições ou com a promulgação de novos textos constitucionais.

Deve-se considerar, ainda que, especialmente nos Estados positivistas, acreditam que no texto da Lei contém o próprio conceito de justiça e sendo a Lei escrita é necessário questionar o olhar constitucional a que se interpretam tais Leis, sobretudo quando da atividade hermenêutica / interpretativa em seus aspectos de argumentação e fundamentação das decisões e atos.



## 2 DESENVOLVIMENTO DA AUTONOMIA DA AMÉRICA DO SUL

É cogente mencionar que a história político-jurídica da América Latina é resultante da imposição cultural do processo de colonização, onde os povos indígenas sofreram processo sistemático de “inclusão/exclusão social”. Não obstante, o povo nativo já possuía uma vasta diversidade cultural que envolvia, entre outros fatores, um sistema de normas e hierarquia de comando em benefício do seu povo, embora não sendo discutido que tal processo se tornou possível, não por convencimento, mas pelo uso da força (PUIG, 2010, p 74-90; FAJARDO, 2006, p. 537-567).

Assim, durante o processo de “descolonização” da América Latina, e conseguinte independência de seus Estados Nação – do povo - a cultura político-jurídica não foi objeto de grandes mudanças, uma vez que ainda sobrevive sistema de exclusão, discriminação e alienação sociocultural. Em alguns casos, como a nação brasileira, argentina, chilena, mesmo depois da independência, o povo tem sofrido de usurpação do poder de uma forma ainda mais agressiva (SOUZA, 1999, p. 208).

Como bem trata o tema, Wolkmer (2011, p. 146), assevera que as instituições latino-americanas, assim como as suas culturas jurídicas, se derivam da tradição europeia, mesmo o ideal emancipador dos movimentos de independência foi importado da França, Inglaterra e Estados Unidos da América.

A importação da cultura e imposição da mesma ocorreu em grande parte dos países da América do Sul, a partir da década de oitenta. Com o sentimento de transição democrática têm sido promulgadas novas Constituições ou promovido fundamentais reformas constitucionais, ainda que se considere a diversidade étnica e cultural do povo (WOLKMER, 2011, p. 146).

Esse movimento é fruto da colonização do processo de independência, das ditaduras, das guerras mundiais e de todos os atos desumanos gerados pelas Revoluções Industrial e Francesa, do pensamento científico ocidental positivo e suas reflexões, dentre outras (MELO, 2009, p. 140-141).

Em tal momento é considerado como expressão comum nas “novas constituições latinas” a valorização dos direitos humanos, a positivação



constitucional e a ampliação da Carta de Direitos protegidos pela Constituição. Começou, assim, o questionamento de um novo constitucionalismo latino americano (MELO, 2009, p. 140-141).

Já na década dos anos noventa, especialmente em seu final, é consagrado o constitucionalismo latino americano, pelo reconhecimento do Estado Constitucional, Social e Democrático do Direito, como expressão da valorização da força normativa da Constituição, em superação a concepção semântica que a entende somente como documento predominantemente político e programático, ou seja, solicita a sua aplicação imediata e direta (MELO, 2009, p. 140-141).

Assim sendo, atente-se que na atualidade, mais precisamente nas últimas décadas, período de expansão democrática, surge o movimento reconhecido por muitos como sendo uma nova fase política e constitucional na América Latina. Essa etapa busca estabelecer a estreita ligação da nova democratização, a constitucionalização dos sistemas jurídicos.

Os sistemas jurídicos introduzem, nas legislações editadas ou elaboradas a essa época, ampla lista de direitos fundamentais e o compromisso com o desenvolvimento de forma idônea e palpável de garantias e aspectos de justiça no texto constitucional, tendo por orientação a tutela dos Direitos Fundamentais e Humanos (MELO, 2009, p. 141).

Entre as tendências e inovações apontam-se as recentes Constituições latinas americanas. Elas têm por fundamento o reconhecimento do pluralismo que direciona para uma reapropriação do Estado Constitucional, revendo crítica e criativamente suas promessas não cumpridas e premissas não levadas em consideração pelas longas décadas de exercício e aplicação das Constituições anteriores.

Nessa proposição, o já reconhecido doutrinador Böhmer citado por Berensztein *et al* (2006, p. 7), em sua exposição sobre o “novo constitucionalismo latino americano”, leciona: “o ocidente passou pela transição do discurso moral pré-moderno para moderno. O discurso moderno considera que o povo tinha concebido a soberania a uma pessoa, alcançou êxito, mas não alcança mais”.





Dessa forma, a América Latina tem uma civilização mais complexa que tomou consciência que não são governados pelas leis e nem pelos legisladores. Já não se aceita mais a ideia de que o povo sul americano é governado por uma sociedade maior ou mesmo por Deus.

Tem-se reconhecido este povo como indivíduos e expressões coletivas independentes. Não é mais necessário ou possível impor pela força aquele governante a que os povos latinos americanos não reconhecem por sua vontade legítima. O povo latino, assim, exige que sejam convencidos.

É assim, enquanto indivíduo autónomo, soberano de si, que o povo reclama por um convencimento onde devem reconhecer algumas regras, onde a razão compreende na busca não somente do que é, mas também na observação do que não é. Não sendo mais suficiente a imposição de crenças ou valorização de feitos descontextualizados da cultura e do momento histórico da nação (BÖHMER, apud Berensztein *et al*, 2006, p. 7).

Aqui é fundamental expor a definição de democracia, acrescentada pelo já citado Böhmer (2006), a qual vem experimentando o povo da América Latina, pelas últimas décadas:

Este é o tipo ideal de democracia radical, da democracia à maneira jacobina, a que se expande junto com o império napoleônico. Dentro dos diversos tipos em que se apresenta a democracia constitucional, este sistema tem muito de democrático e pouco de constitucional. De fato, a interpretação das normas constitucionais é também jurisdição do legislativo. Tanto é assim que a Europa continental teve que aguardar a conclusão da Segunda Guerra Mundial, para ser o protagonista dos piores massacres da história, para aumentar, embora ligeiramente, a necessidade de um órgão constitucional que controla a interpretação da maioria: os tribunais constitucionais, e mesmo mais tarde ainda, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Observa-se que a tendência latino-americana consiste em garantir a operacionalidade dos direitos e as garantias que suas constituições estabelecem, onde a eficiência se encontra numa concepção normativa e realista da Constituição. No novo espírito constitucional latino-americano, os direitos são medidas de valorização e qualificação de eficácia, visando uma hierarquia clara de princípios, normas e sua aplicabilidade direta e atual.



Tendo em vista tais pontos, Baldi (2011) destaca que são três ciclos que o levaram a pensar sobre o "novo constitucionalismo" ou, como alguns preferem, a repensar o constitucionalismo. Considera, ainda, que para o novo, necessariamente tem que haver um constitucionalismo anterior, o que muitos duvidam da sua existência na América Latina. De toda forma, tal movimento objetivou a sucessão de três grandes mudanças constitucionais.

## 2.1 Mudanças Constitucionais

Para Baldi (2011), as mudanças constitucionais se encontram em três períodos distintos. O primeiro aconteceu entre 1982 a 1988 quando se estabeleceu o Constitucionalismo multicultural, referindo-se as primeiras discussões sobre a insuficiência do velho modelo. Essas mudanças também foram aludidas, por alguns doutrinadores, como sendo a divisão entre primeira, segunda e terceira dimensão ou geração, agregando o conceito de diversidade cultural.

O segundo momento ocorreu entre 1988 a 2005, o qual ficou definido como reconhecimento efetivo das sociedades multiétnicas e dos Estados Multiculturais Unidos. A exemplo da Constituição da Venezuela (1999) e da Constituição da Argentina (1994). Este momento é chamado, comumente, de "o constitucionalismo multicultural" (BALDI, 2011).

Por fim, considera-se como sendo o último ciclo de desenvolvimento do novo constitucionalismo latino americano, a emersão do referido Constitucionalismo Multinacional, em 2006. Esse, por sua vez aceita ou amplia o reconhecimento e a proteção dos direitos dos povos indígenas, como ilustra as Constituições do Equador e da Bolívia (BALDI, 2011).

Vale mencionar que a partir do constitucionalismo clássico europeu, as constituições latino-americanas tendem a avançar, especialmente, no que se refere à efetividade e aplicação do reconhecimento ao pluralismo, à expressão multiétnica, à inclusão social e participação política, bem como, a proteção ambiental, formando uma estrutura que objetiva o desenvolvimento sustentável – equilíbrio do uso dos recursos naturais e econômicos –, a valorização da diversidade histórico-cultural etc. (MELO 2009, p. 141).



Neste diapasão Grijalva (2008, p. 50-51) leciona acerca da análise da formação do dito Novo Constitucionalismo Multinacional, o qual teve início na América Latina:

O constitucionalismo multinacional ou deve ser um novo tipo de constitucionalismo baseado nas relações interculturais igualitárias que redefinem e reinterpretam os direitos constitucionais e reestruturam a institucionalidade proveniente do Estado Nacional. O estado multinacional não é ou não deveria ser reduzido a uma Constituição que inclui um reconhecimento puramente culturalista, [...], mas um sistema de fóruns de deliberação intercultural genuinamente democrática.

Com muita propriedade, Grijalva (2008, p. 49-62) ao considerar tais teorias sobre o novo constitucionalismo latino-americano assevera que ele deve ser fundamentalmente dialógico, concreto e garantido. Esse imperativo exige a comunicação e deliberação permanentes entre a cultura.

Exige também a busca de soluções específicas e em tempo para situações individuais e coletivas. Em seguida, as soluções devem surgir a partir de deliberação, tendo em vista a garantia de expressões livres de vontade, do reconhecimento dos valores constitucionais institucionalizados na aceitação dos Direitos Humanos.

Tem-se que nessa perspectiva, o Estado Democrático de Direito não é mais um modelo abstrato, todavia é reconhecido como um paradigma da administração, que tenta para o planejamento e promoção da vida social. Sendo essa premissa esboçada, em forma e conteúdo pela força normativa da Constituição, em defesa dos direitos humanos, dos direitos fundamentais, na promoção da justiça social e da ordem econômica (MELO, 2009, p. 142).

Nesse sentido, em uma espécie de pluralismo democrático surge precisamente nos vários preâmbulos das Constituições latinas; bem como em suas disposições específicas sobre a organização dos Estados, premissas de ordem econômica e social. No entanto, não foram esquecidos os direitos e deveres dos cidadãos, o que há ampliado a noção tanto de sujeitos como de direitos tutelados.

Essa visão considera uma concepção mais ampla de cidadania, como uma redefinição do espaço público, que enfatiza a relação entre o Estado e os cidadãos.



Em tal ponto se legitima a intervenção pública na economia em oposição ao modelo de privatização neoliberal (MELO, 2009, p. 145).

Por fim, assumindo uma posição marxista a qual valoriza os processos sociais, é saudável considerar as “Lutas Históricas”, objetivando compreender o direito como eixo epistêmico de articulação dos processos sociais e do chamado *empowerment*, conforme enfatiza Galhardo (2008, p. 312).

### 3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PENSAMENTO POSITIVO

Como tenho dito em meus trabalhos apresentados na douta Universidade de Buenos Aires (UBA), deve-se inicialmente mencionar que o pensamento positivista tem como marco as Revoluções Industrial e Francesa (século XVIII). Este foi um momento identificado por muitos como responsável pelo desenvolvimento dos paradigmas modernos.

Por conseguinte, nesse contexto, é conveniente citar Auguste Comte (1798-1857) aceito pela maioria como sendo o fundador do pensamento positivista, ao expressar que o espírito positivo consiste como um todo em visualizar para antecipar, passa pela observação do que é com o intuito de estabelecer o que será.

Ainda segundo a teoria de Comte (1978, p. 7), o estado positivo é caracterizado por subordinação da imaginação e da argumentação das ciências, as quais deveriam se limitar a um exclusivo grupo de fenômenos. Nesta perspectiva, deve-se aplicar o mesmo método em todos os ramos da ciência ou da investigação.

Para o referido pensador, a dinâmica social se encontra abaixo de sua estática na ordem de subordinação, isso porque o progresso provém da ordem e promovem os elementos permanentes comuns de qualquer sociedade, como religião, família, propriedade, linguagem [...].

Já na expressão do positivismo, no âmbito jurídico, deve-se aludir, ainda que brevemente, a passagem de Kelsen (1999) pela Universidade de Buenos Aires, a convite do notável Carlos Cossi, cuja história mereceu incontáveis páginas pelos mais nobres professores doutrinadores jurídicos.



Na ocasião, em 1949, Hans Kelsen é recebido na Argentina por Carlos Cossio para realizar conferências acadêmicas, nelas sucederam severas críticas de Cossio a Teoria Pura do Direito formulada por Kelsen. A grande insatisfação de Cossio com a Teoria Pura de Kelsen, em resumo, é o fato de que o ponto central do Direito seria a conduta humana para esse doutrinador, já para aquele o ponto central seria a norma propriamente dita.

Tal divergência causou várias restrições para ambos os autores, o que se percebe em algumas publicações dos mesmos e pode ser verificada por meio das diversas obras sobre o assunto (WOKMER, 2011, p. 146).

Já sobre o modelo positivo do pensar, vale mencionar a passagem do texto do nobre mestre Böhmer (2010, p. 21-22):

O formalismo de pensar que a lei é um texto puro e positivismo ideológico ordenando a execução e cumprimento da lei, sem interpretação não convida ao diálogo. Eles tentam impor a pura vontade daqueles que acreditam ter a autoridade para fazê-lo. E contra essa imposição só há apenas submissão ou resistência, nenhum diálogo. A felicidade de Laprida é a de haver encontrado seu lugar na narrativa do destino sul-americano: a morte violenta. Laprida agora faz parte da infinita sucessão de mortes e de vinganças. Ele e os outros (os vitoriosos bárbaros: os gaúchos), e não é ninguém. Como sair da tragédia? Como termina a sucessão infinita de mortes? Como nascem os procedimentos do direito para fazer morrer a tragédia?

Cumprir ainda mencionar que as três últimas constituições promulgadas na América Latina (Venezuela, Equador e Bolívia) são resultantes do trabalho de consecutivas Assembleias Nacionais Constituintes com participação popular.

Neste campo faz-se fundamental verificar a aplicação de uma hermenêutica jurídica da Constituição, sob a ótica de um olhar democrático humano.

#### **4 HERMENÊUTICA HUMANO LEGAL: UM CASO CONSTITUCIONAL**

Nessa conjuntura tem-se que a atuação dos movimentos sociais, especialmente em sua expressão jurídica, atua contra o *status quo ante*, enquanto esse parece ser injusto ao movimento, no sentido de que a lei o discrimina ou/e prejudica seus representantes (MALFATTI, 2011, p. 217-228).



Assim é que determinada classe social, setor, grupo de pressão visa ao reconhecimento e construção de novos direitos que permitam a satisfação ou benefício das necessidades concretas e dignidade suficiente para a vida em sociedade. Em sua expressão prática jurídica o que se busca não é a positividade de novos direitos, mas sim a efetividade dos direitos já garantidos nos textos constitucionais, mas que tem suas aplicações negadas ou não garantidas (COSTA, 2001, p. 498).

Acontece que a organização do Estado também mudou, rejeitando o paradigma tripartite do pensador Montesquieu ao incluir uma participação comunitária e instrumentos de responsabilidade social, ou seja, "a participação da sociedade civil nas discussões e práticas políticas e função da imprensa" que excede o limite dos três poderes, criando o dito Poder Cidadão, Constituição da Venezuela, ou Controle Social, na Bolívia, ou mesmo o Quinto Poder no Equador. O que contribuiu substancialmente para o desenvolvimento e compreensão da legitimidade, transparência e democratização dos atos de governo (MONTESQUIEU, 1994; ROBL FILHO, 2013, p. 25).

Além disso, nos ensinamentos de Atienza (1997, p. 35) acrescenta-se: "uma decisão pode entender-se justificada de três maneiras: apelar para a autoridade; ao procedimento ou ao conteúdo, ou por uma combinação destes três elementos".

Dessa forma, tendo em vista o desenvolvimento da descolonização dos países latino-americanos, a influência e força que tem exercido o pensamento positivo hodiernamente, cabe investigar o método interpretativo suficiente para a consagração dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, da constitucionalização do Estado e, até mesmo o bem comum, atualmente reconhecido como responsabilidade social.

Nesse sentido, Rosa (2003, p. 93) acredita que, se o mundo é a linguagem, o Direito é linguagem e, sendo essa ambígua e vazia, impossível é a construção de um discurso unívoco. De modo que a mesma, a linguagem, não é independente do próprio processo de compreensão. O ator jurídico faz parte do mundo, do mesmo modo que o próprio direito, e esse mundo se realiza através da linguagem e da comunicação.





Nesse ponto importa mencionar que o vocábulo comunicação se originou a partir do termo *communis*, do Latim, que significa fazer o comum: “a comunicação uni a comunidade, por meio da troca de informações” (PAULO FILHO, 1987, p. 85); que de certo deve ser interpretada tanto por quem distribui como por quem recebe a informação.

Dito isto, é importante frisar que a comunicação na visão sociológica é o instrumento que possibilita e determina a interação social, é o feito que proporciona a convivência em união entre os seres humanos (PAULO FILHO, 1987, p. 85-86).

Assim, tem-se que a limitação da amplitude das palavras é uma preocupação atual tanto no Direito como em outros fatos sociais e nas mais variáveis facetas da cultura, tal como ilustra o nobre escritor Borges (2011, p. 189) ao citar em sua obra *El Golem*: “(como afirma o grego no Crátilo) o nome é arquétipo da coisa e nas letras da rosa está a rosa e todo o Nilo na palavra Nilo”.

Da mesma forma, tal feito se expressou na filosofia, a exemplo de Santo Agostinho e Wittgenstein (1967, § 1, p. 9) onde, entre todos os desencontros de razões filosóficas no tema, os dois estavam de acordo quanto à ideia de que os sinais são mortos por si só, sendo que para Wittgenstein o que lhes concede vida é o uso.

Para Adorno (2005, p. 28) um dos principais representantes da Teoria Crítica, ao tratar sobre as revoluções as quais tem promovido a estrutura humana do Direito, explica: “a necessidade de dar voz ao sofrimento é condição de toda verdade”.

Já, sobre as características das regras e sua aplicação, o citado autor Atienza (2000, p. 124) assim conclui:

[...] as regras constituem as concreções relativas às circunstâncias genéricas que constituem suas condições de aplicação, derivadas do equilíbrio entre os princípios relevantes nestas circunstâncias. Estas concreções formadas pelas regras pretendem ser conclusivas e excluir como base para a adoção de um curso de ação, a deliberação de seu destinatário sobre o saldo de razões aplicáveis ao caso. Esta pretensão, no entanto, resulta em ocasiões falida: quando o resultado da aplicação da regra resulta inaceitável à luz dos princípios do sistema que determinam a justificativa e o alcance da regra em si.



Cumpra-se citar mais um ensinamento do citado doutrinador Böhmer (2008, p. 239):

[...] A prática do direito envolve uma teia de discursos, expectativas, surpresas, informações assimétricas, comportamentos estratégicos, interpretações generosas ou banais que vão construindo uma linguagem suficientemente inteligível para construir discussões ambíguas o suficiente para manter as discussões abertas a novos argumentos e atores.

Segundo Atienza (1997, p. 37-48) a argumentação presume quatro elementos mínimos, são eles:

1) uma linguagem que se argumenta é um produto linguístico, e um argumento é um produto linguístico que se incorpora em um conjunto de sentenças; 2) uma conclusão, isto é, o ponto final da argumentação ou o enunciado com o qual se encerra o argumento; 3) uma ou mais premissas, isto é, o ponto de partida da argumentação ou os enunciados que se compõem o argumento; 4) uma relação entre as premissas e conclusão.

Já acerca da concepção dialética ou pragmática da argumentação jurídica Atienza (1997, p. 37-48) afirma que:

A argumentação como um tipo de ação - ou de interação - linguística. A argumentação é um ato de linguagem complexo que ocorre em determinadas situações; em geral, pode-se dizer que, no contexto de um diálogo (com outro e consigo mesmo), quando aparece uma dúvida ou é posta em questão um enunciado (de caráter teórico, prático, etc.) e se concorda que o problema há de se resolver por meios linguísticos (portanto, sem recorrer à Força física e a outros tipos de pressões externas ao discurso) [...].

Com o mesmo olhar, Reale (2005, p. 289) acredita que interpretar uma Lei tem por pré-requisito a compreensão da plenitude de seu foco ou fins sociais, buscando limitar o conteúdo e o significado de cada um dos seus dispositivos.

Já Oliveira (2003, p. 35), ao considerar os conceitos de *Raws*, compreende que a problemática dos pensamentos intransigentes consiste em impedir o surgimento de um consenso que viabilize a coexistência pacífica dos interesses advindos da diversidade.

Enquanto, para Dworkin (2003, p. 60) a interpretação é o ato de tentar compreender alguma coisa, que pode ser uma afirmação, um gesto, um texto, um



poema ou mesmo uma pintura; sendo que tal compreensão ocorre de uma maneira particular e especial. Para ele a interpretação é sempre intencional e atribui significados com base em seus supostos motivos, ligados à intenção e as preocupações do orador, por isso, deve-se considerar a figura do magistrado quando da prestação jurisdicional, uma vez que a interpretação em todas as suas formas, é em seu próprio fim uma explicação intencional.

Sobre o ato do juiz, Atienza (2000, p. 20) explica:

[...]o juiz realiza uma ponderação entre os princípios, cujo resultado é precisamente uma regra. Por isso, faz todo o sentido dizer que os princípios não determinam diretamente uma solução (isto é, sem a mediação das regras) [...]. A distinção entre regras e princípios só faz sentido em nível da análise em primeira fase, mas não uma vez que estabelecidos todos os fatores, ou seja, à luz de todos os elementos que pertencem ao caso, que se tratam, pois então a ponderação entre princípios deve haver dado lugar a uma regra.

O que arrisco dizer que, o primeiro novo princípio que emerge da vontade latino-americana, como uma expressão da referida regra de solução de conflitos entre princípios, quiçá, para intuir uma expressão gráfica para tal princípio, seria dizer o "Princípio da Interpretação Humana frente à Regra Positiva". O que se justifica a partir de Rabinovich (2013, p. 156):

Nossa época se caracteriza pelo declínio dos fundamentos e critérios universais. Mas, mesmo assim, para além de todas as diferenças socioculturais e filosóficas entre os povos, parece ser a necessidade e a expectativa da dignidade humana entre todas as civilizações. Por exemplo, a Declaração Universal do Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO, 1997) e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Biomedicina conferem a noção de dignidade humana um ponto central. E a Declaração Universal de 1948 proclama em seu preâmbulo a dignidade inerente a todos os membros da família humana.

Neste contexto, é necessário e construtivo considerar alguns outros ensinamentos do professor Böhmer (2008, p. 236), quando em sua obra destaca a importância da teoria do juiz Hand:

A possibilidade da existência da liberdade depende, segundo Hand de certas capacidades dos seres humanos. A capacidade de manter convicções sem se converterem em certezas imutáveis, a capacidade de se colocar no lugar de alguém que nunca vai ser a capacidade de equilibrar



pontos de vista, incluindo o próprio e poder de ser capaz de identificar o peso de suas diferentes convicções. Em termos protagônicos, a capacidade de exercer o pudor e a justiça, habilidades que definem a política desde o nascimento da democracia, nem leis, há vinte e cinco séculos atrás. Sem estas capacidades, diz o juiz, nenhuma constituição, nenhuma lei, nenhum tribunal pode gerar práticas sociais consistentes com a esperança de construir uma sociedade livre.

Neste momento tem nascido o atual espírito constitucional da América Latina, onde, na primeira vez que se exige a aplicação de normas constitucionais e princípios constitucionais, para então, passar para a discussão sobre as leis locais infraconstitucionais, mas sempre com o foco da proteção e motivação constitucional.

Assim bem nos ensina o já citado autor Atienza (2011, p. 9-10):

O constitucionalismo, como é conhecido, é tanto um fenômeno como uma concepção de Direito. Como fenômeno, é caracterizado por uma série de mudanças que estão tendo lugar em nossos Direitos e mudaram sua fisionomia; o mais importante deles - desencadear outros - é o reconhecimento da força que vincula as Constituições, as quais, por outro lado, contêm uma grande e espessa declaração de direitos na forma de princípios e juízos de valor [...]. O interesse pelo constitucionalismo (enquanto concepção ou talvez, melhor, transpondo de qualquer concepção de Direito) não é, portanto, uma questão de moda. Eu diria que é uma necessidade para qualquer jurista do nosso tempo, e independentemente de haver ou não um filósofo teórico ou legal no sentido acadêmico do termo[...]. Todos os homens são filósofos, ou seja, ainda mais de uma filosofia como uma atividade intelectual própria dos filósofos profissionais, há também uma "filosofia espontânea" própria de todo o mundo e já é encontrada na linguagem, o senso comum [...]. (In prefácio).

Assim, os países da América do Sul vêm exigindo a aplicação das normas constitucionais de imediato para conduzir as leis de uma nação, não havendo interpretação legítima e válida se não pela luz das regras e princípios das Constituições latinas em seus respectivos territórios.

## 5 CONCLUSÃO

Historicamente, a humanidade sentiu em sua carne os resultados de um "pacto social" em que pelo largo dos séculos se evidenciou o domínio e manipulação do poder do Estado a favor da minoria privilegiada. Na América Latina, este sentimento pode ser percebido desde sua colonização até os dias atuais com a busca da democracia constitucional.



Por tudo o que aparece no olhar histórico dos caminhos da independência e da democratização dos países da América do Sul é necessário considerar que, sob a grande continuidade de pensamento, de um espírito ou de uma mentalidade coletiva é necessária, na atualidade, compreender a incidência das interrupções.

Nesse ponto, é que parece emergir o sentimento de sofrimento nos países do sul de se ter assegurados e realizados os direitos já consagrados com a morte de seu povo, física e cultural, as quais visaram e visam a garantir a raça humana condições dignas e sustentáveis de desenvolvimento social, na melhor expressão da democracia e reconhecimento da diversidade.

Emerge de tal sentimento a busca pela ruptura do pensamento positivo, especialmente sua aplicação legal, pois está acontecendo o despertar da consciência, que no sistema jurídico da América Latina não se aplica a dita positividade das normas constitucionais, tal qual se aplicam as normas infraconstitucionais.

Ocorre que os textos constitucionais e seus princípios refletem as garantias mínimas fundamentais ou das quais é um resultado da "tragédia humana" e, portanto, estão sujeitos a acordos internacionais que visam restringir as Constituições em reconhecimento dos Direitos Humanos.

Nesse contexto, é que a dogmática jurídica está particularmente preocupada com a interpretação da lei, visando não só o resultado em si, mas considerando a atividade de interpretação, tão fundamental para a ciência do Direito e que, por muitas vezes, são suficientes para garantir a eficácia do direito humano reconhecido.

Assim, procura-se ampliar a perspectiva do significado da Lei, Política e Cultura em memória de sua estreita relação. Pensamentos que impulsionam e clamam por novos processos de produção e valoração de conhecimentos válidos, científicos e não científicos e as novas relações entre diferentes tipos de conhecimento. Acontece que o povo integrante da América Latina comparte do mesmo sofrimento histórico de injustiças, discriminação e desigualdades causadas pelo capitalismo e pelo o colonialismo que tem perturbado as Constituições dessas nações.



Desta forma, quando da atividade da Hermenêutica Jurídica ou interpretação da lei, a qual inclui os princípios legais, nos países da América Latina, deve-se considerar o ente Humano, aqui composto por ele mesmo e pela externalização de seus atos, ou seja, ele e os ambientes (natural, social, cultural e, por que não os internos, como as emoções construídas pela sua história?) para que se alcance a almejada vontade da lei como sendo o bem público tutelado.

Agora, como resposta para a insatisfação o povo Latino Americano com seus sistemas de normas e sua aplicação livre de racionalidade e que despreza a diversidade existente nesta região, as pessoas criaram uma esquiva para a aplicação da lei, o que pode ser reconhecido pelo chamado "jeitinho Brasileiro", no Brasil, ou "gauchada" na Argentina, como diz Böhmer (2010).

## REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor. **Dialéctica negativa**. Madrid: Akal, 2005.
- ATIENZA, Manuel. **Derecho y argumentación**. Colombia, Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 1997.
- ATIENZA, Manuel. **Ilícitos atípicos**. Espanha-Madri: Editora Trotta, 2000.
- ATIENZA, Manuel. In: CRUZ, Bárbara et al. **Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo**: um conjunto de perspectivas. Prólogo. Portugal-Coimbra: Almedida, 2011.
- BALDI, César Augusto. Novo Constitucionalismo Latino-Americano. **Jornal Estado de Direito**. 32. ed. Disponível em: <<http://www.estadodedireito.com.br/2011/11/08/novo-constitucionalismo-latino-americano/>>. Acesso em: 07 mar. 2014.
- BÖHMER, Martín. **División de poderes a la argentina, democracia en las formas, monarquía en el fondo**. In: BERENZSTEIN, Sergio. et al (compiladores). El país que queremos. Principios, estrategia y agenda para alcanzar una Argentina mejor. Buenos Aires: Grupo Editorial, 2006. Contribuciones de los especialistas: BERENZSTEIN, Sergio.; LARRETA, Horacio Rodríguez.; STURZENEGGER, Federico.
- BÖHMER, Martín. On the Other Hand: comentário a Balkin y Levinson. Buenos Aires: **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**. Año 9, n. 1, Júlio, 2008.
- BÖHMER, Martín; MOGUILLANSKY, Rodolfo; RIMOLDI, Rogelio (compiladores). **Por qué el mal?** Buenos Aires: Temas Grupo Editorial Teseo, 2010.
- BORGES, Jorge Luis. **Obra Poética**. Buenos Aires: Sudamericana, 2011.
- COMTE, A. **Curso de filosofia positiva**. Seleção de textos de GIANNOTTI, J. A. Trad. de GIANNOTTI, J. A; LEMOS, M. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os pensadores).





- COSTA, Pietro. **Civitas**: Storia della cittadinanza in Europa. v. 4. L'età dei totalitarismi e della democrazia. Roma-Bari: Laterza, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FAJARDO, Raquel Yrigoyen. **Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino**. In: BERRAONDO, Mikel (coord.). Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.
- GALLARDO, H. **Teoría Crítica**: matriz y posibilidad de derechos humanos. Murcia: David Sánchez Rubio, 2008.
- GRIJALVA, Agustín. **El Estado Plurinacional e Intercultural en La Constitución Ecuatoriana del 2008**. In: Ecuador Debate 75. Quito-Ecuador, Dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.ecuadordebate.com/wp-content/uploads/2010/06/Ecuador-debate-75.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2014.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MALFATTI, Silvino Antonio. Os movimentos sociais em Alain Touraine. **Revista Estudos Filosóficos**, n. 6. DFIME, UFSJ, São João Del Rei, p. 217-228. 2011. Disponível em: <<http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos>>. Acesso em: 09 mar. 2014.
- MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, pluralismo e transição democrática na América Latina. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Ministério da Justiça. n. 4 (jul./dez. 2010). Brasília: Semestral. 1. ed. p. 140-141. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:revista:2009;000861344>> Revista anistia política e justiça de transição. --</a>. Acesso em: 08 mar. 2014.
- MONTESQUIEU, Charles de Decondant, Baron de. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- PAULO FILHO, P. **A revolução da palavra**: uma visão do homo loquens. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Siciliano, 1987.
- PUIG, Salvador Martí. **The emergence of indigenous movements in Latin America and their impact on the Latin American Political scene**: interpretative tools at the local and Global levels. Latin American Perspectives, Issue 175. v. 37, n. 6, November, 2010.
- RABINOVICH-BEKMAN, Ricardo David. **¿Cómo se hicieron los derechos humanos?** Un viaje por la historia de los principales derechos de las personas. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2013.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça**: estado democrático de direito e accountability. São Paulo: Saraiva, 2013.



ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003.

SOUSA, Santos Boaventura. **La globalización del derecho:** los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Santafé de Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1999.

WITTGENSTEIN, L. **Ricerche filosofiche.** Torino: Einaudi, 1967.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. In: **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDCConst.** Curitiba-PR: ABDCConst, 2011.



# A POSSIBILIDADE DA UNIÃO ENTRE CASAIS DO MESMO SEXO FRENTE OS LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA AUTONOMIA PRIVADA DO INDIVÍDUO<sup>1</sup>

THE POSSIBILITY OF UNION BETWEEN SAME-SEX COUPLES AND THE LIMITS OF STATE INTERVENTION ON PRIVATE INDIVIDUAL AUTONOMY

*Camila C. O. Dumas<sup>2</sup>*

*Isabella Bana<sup>3</sup>*

## Resumo

O presente trabalho tem como escopo abordar os fundamentos de legitimação do casamento entre pessoas do mesmo sexo, sob a ótica jurídica e principiológica, devidamente correlacionados aos direitos da personalidade e ao limite da intervenção do Estado, ora aplicação da autonomia privada do ser humano. Assim sendo, foram realizadas pesquisas jurídicas e sociais através de consulta a jurisprudências, doutrinas e leis. Portanto, o respectivo estudo constatou na debilidade do legislador em não prever expressamente a liberdade de orientação sexual, bem como as uniões homoafetivas; Contudo, também verificou a incidência de uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade, ora princípio da dignidade da pessoa humana, capaz de legitimar e contemplar os direitos desta minoria – casais homossexuais.

**Palavras-chave:** Autonomia privada; Casal homoafetivo; Dignidade da pessoa humana; Casamento; Legalização.

## Abstract

This work tries to address the fundamentals of legitimation of marriage between same sex partners under the legal and principled perspective, properly correlating personality rights and the limits of state intervention, applied to the

<sup>1</sup> Artigo recebido em 15/05/2014, pareceres submetidos em 30/05/2014 e 25/06/2014 e aprovação comunicada em 23/07/2014.

<sup>2</sup> Advogada. Pós-graduada em direito do trabalho e previdenciário pela UNESP. Mestranda em Direitos da Personalidade no Centro Universitário de Maringá (UniCESUMAR). E-mail: <camiladumas@live.com>

<sup>3</sup> Advogada. Pós-graduada em direito previdenciário pelo IDCC. Mestranda em Direitos da Personalidade no Centro Universitário de Maringá (UniCESUMAR). E-mail: <isabellabana2@hotmail.com>



private autonomy of the human being. Thus, the study conducts legal and social surveys by consulting the jurisprudence, doctrines and laws. Therefore, the study found a weakness in the law, which does not expressly provide for the freedom of sexual orientation, as well as homosexual unions. However, we also found the incidence of a general clause of protection of personal rights, now the principle of human dignity, capable of legitimizing and contemplate the rights of this minority person - gay couples.

**Keywords:** Private Autonomy; Homoafetivocouple; Dignity of the human person; marriage; Legalization.

## 1 INTRODUÇÃO

Preliminarmente, cumpre enfatizar que a homossexualidade é bastante antiga, equiparando-se à idade da heterossexualidade, ou seja, tanto a primeira quanto a segunda consistem em realidades presentes em qualquer civilização, não se admitindo o tratamento desigual e de exceção proporcionado a qualquer destes gêneros, em especial aos homossexuais.

No Brasil, embora pertencente à laicização religiosa, sem qualquer religião oficial, o contexto histórico evidencia enorme incitação ao preconceito em face da homossexualidade originada da religião, obstruindo o reconhecimento, bem como a legitimação dos direitos e deveres desta minoria.

Neste ínterim, o tema sexualidade ainda origina grandes discussões em decorrência da história e da cultura da sociedade brasileira, principalmente quando se remete à legitimação do casamento entre pessoas do mesmo sexo no âmbito legal.

Para tanto, o presente trabalho buscará compreender a temática da homossexualidade, mais especificamente os argumentos pertinentes à união homoafetiva orbitados no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, este artigo científico subdivide-se em 03 (três) capítulos, que visam explanar de forma acentuada a temática: o primeiro capítulo – liberdade sexual e autonomia privada – objetiva analisar o elo existente entre essas duas fontes do direito, haja vista que a autonomia privada é base propulsora ao exercício da liberdade sexual e, conseqüentemente, ambas originam o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do homem; o segundo, por sua vez, abarca os principais fundamentos jurídicos, ora normas e princípios constitucionais, capazes de



embasar a legitimação e a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo; e, por fim, o terceiro capítulo procura estabelecer os limites de atuação do Estado no âmbito dos interesses privados, ora liberdade sexual, de cada indivíduo.

Em suma, o estudo abordará a legitimação do casamento homoafetivo, com observância às normas e princípios inseridos na Constituição Federal de 1988, tendo em vista a omissão do legislador, utilizando, desta forma, a dignidade humana e a autonomia privada na concretização e na garantia dos direitos.

## **2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS; LIBERDADE, AUTONOMIA PRIVADA E IGUALDADE**

Os direitos humanos perfazem um caminho histórico, bem longo. “O entendimento atual de dignidade humana possui origens religiosas e filosóficas que remontam a muitos séculos, sendo talvez quase tão antigo quanto o anterior”. (BARROSO, 2013)

A relação entre o conceito de dignidade e direitos humanos, apenas passam a estar interligados no final do século XVIII. (BARROSO, 2013)

Pérez Luño (1995 citado por Sarlet, 2007) chama de antecedentes dos direitos fundamentais, os documentos que, de alguma forma, colaboraram para a elaboração das primeiras ideias dos direitos humanos presentes nas declarações do século XVIII, talvez o principal documento a ser referenciado seja a Magna Charta Libertum, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra.

De maneira quase unânime, é aceito pela doutrina majoritária que, os direitos humanos surgem, ou, são enfocados com mais ênfase a partir do Século XVIII, nesse sentido aos olhos de Paulo Bonavides, a Revolução Francesa, que fixou direitos civis e políticos para que gradativamente fossem alcançados os princípios universais do lema “liberdade, igualdade e fraternidade” (Liberté, Egalité, Fraternité), fora a grande precursora dos direitos fundamentais caracterizados através da posição de resistência ou de oposição frente ao Estado. (BONAVIDES, 2005)

Plenamente justificável diante do momento histórico que estávamos vivendo. “A burguesia acordava o povo, que então despertou para a consciência de suas liberdades políticas”. (BONAVIDES, 1993)



O século XVIII foi marcado por grandes revoluções e rupturas de paradigmas históricos. Primeiro houve a promulgação das Constituições do chamado Estado de Direito e, ao mesmo tempo, em que a Revolução da burguesia, decretou os códigos da Sociedade Civil. Outro não foi, portanto, o Estado da separação de poderes e das Declarações de Direitos, que entrou para a história sob a denominação de Estado Liberal. (BONAVIDES, 1993)

A ideia que o homem é um ser dotado de direitos inato, é uma ideia essencialmente iluminista, que teve no constitucionalismo sua expressão mais eloquente. (SALDANHA, 1997)

A preocupação com as garantidas individuais tem sua marca no Estado Liberal, e essa doutrina liberal dos direitos humanos se consolida da seguinte forma:

Nas relações entre Estado e indivíduo avalia a Constituição, que limitava os governantes em prol da liberdade individual dos governados, enquanto, no campo privado, o Código Civil desempenhava o papel de constituição da sociedade civil, juridicizando as relações entre particulares de acordo com regras gerais, supostamente imutáveis, porque fundadas nos postulados do nacionalismo jusnaturalistas. (SARMENTO, 2004)

Na lógica do Estado liberal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia da liberdade individual.

No âmbito do direito público vigorava a os direitos fundamentais, limitando de forma rígida a atuação do Estado, ao passo que no direito privado, o princípio fundante era o da autonomia da vontade. (SARMENTO, 2004)

De forma mais concreta, a declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1948, consagra o direito à liberdade em seu art. 4º: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudicar outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites senão os que garantem aos demais membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei”.

José Afonso da Silva (1999, p. 236) ensina que “o conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”.





A possibilidade da união entre casais do mesmo sexo...

Para Kant, a liberdade é a expressada na autonomia da vontade de cada ser:

Uma pessoa autônoma é um indivíduo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir na direção desta deliberação. Respeitar a autonomia é valorizar a consideração sobre as opiniões e escolhas, evitando, da mesma forma, a obstrução de suas ações, a menos que elas sejam claramente prejudiciais para outras pessoas. Demonstrar falta de respeito para com um agente autônomo é desconsiderar seus julgamentos, negar ao indivíduo a liberdade de agir com base em seus julgamentos, ou omitir informações necessárias para que possa ser feito um julgamento, quando não há razões convincentes para fazer isto. (GOLDIM, 2004)

O ser humano tem a necessidade de realizar suas escolhas pessoais essa possibilidade de se autodeterminar, é que garante que seja livre. Para que se garanta a dignidade humana é necessário que se permita a autonomia individual, expressa na liberdade de escolha de cada indivíduo.

Dentre essas liberdades necessárias para que se possibilite a autodeterminação do indivíduo, está a liberdade sexual. Destacamos os ensinamentos de Maria Berenice Dias:

Indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual. (DIAS, 2002, p. 85-86)

Ser livre não é apenas não estar detido em uma prisão, ser livre é ter de fato a liberdade, inclusive para determinar sua sexualidade, e continua a ilustre mestre:

Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração, que compreende os direitos decorrentes da natureza humana, tomados não individualmente, mas genericamente, solidariamente. A realização integral da humanidade abrange todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana e inclui o direito do ser humano de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. É um direito de todos e de cada um, a ser garantido a cada indivíduo por todos os indivíduos. É um direito de solidariedade, sem o qual a condição humana não se realiza, não se integraliza. (DIAS, 2002, p. 85-86)

Kamii coloca a autonomia em uma perspectiva de vida em grupo. Para esta autora, que é filiada à corrente piagetiana, a autonomia significa o indivíduo ser



governado por si próprio. É o contrário de heteronomia, que significa ser governado pelos outros. A autonomia significa levar em consideração os fatores relevantes para decidir agir da melhor forma para todos. Não pode haver moralidade quando se considera apenas o próprio ponto de vista. (KAMII, 1985, p. 103-108)

A autonomia privada é um dos princípios fundamentais do sistema de Direito Privado, em um reconhecimento da existência de um âmbito particular de atuação do sujeito, com eficácia normativa. É parte do princípio de autodeterminação dos homens, é manifestação da subjetividade, o princípio dos tempos modernos que reconhece a liberdade individual e a autonomia do agir, segundo Hegel, que foi quem pela primeira vez a ele se referiu. Para esse filósofo, a subjetividade era a marca dos tempos modernos, em torno do que se desenvolveram os sistemas de Direito que tinham, naquela época, o indivíduo como eixo central — hoje a pessoa humana. (NETO, 1999, p. 25-30)

A autonomia do cidadão pode ser representada por esse agrupamento de direitos, os quais os indivíduos podem gozar como resultado de seu *status* como membros "livres e iguais" da sociedade. (HELD, 2009)

A Constituição prevê no artigo 5º, inciso I - o princípio da igualdade: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, sendo que o inc. IV do art. 2º estabelece como objetivo fundamental do Estado a promoção do bem de todos sem preconceitos de sexo, ou seja, veda qualquer discriminação sexual.

Poder orientar-se sexualmente é um direito de personalidade, pois esta escolha está intimamente ligada a liberdade individual, liberdade sexual, que se manifesta na autodeterminação do sujeito.

Orientação sexual é a identidade pessoal com alguém do mesmo sexo, do oposto, de ambos ou de nenhum sexo. A identificação da orientação sexual está condicionada à identificação do sexo da pessoa escolhida, em relação à pessoa que escolhe, e tal escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado. Como bem leciona Maria Berenice Dias:

Se alguém dirige seu interesse sexual a outra pessoa, ou seja, opta por outrem para manter um vínculo afetivo, está exercendo sua liberdade. O fato de direcionar sua atenção a uma pessoa do mesmo ou de distinto sexo que o seu não pode ser alvo de tratamento discriminatório, pois tal decorreria exclusivamente do sexo da pessoa que faz a escolha e que



dispõe da liberdade de optar. O tratamento diferenciado por alguém orientar-se em direção a um ou outro sexo - nada sofrendo se tender a vincular-se a pessoa do sexo oposto ao seu ou recebendo o repúdio social por dirigir seu desejo a pessoa do mesmo sexo - evidencia uma clara discriminação à própria pessoa em função de sua identidade sexual. (DIAS, 2000, p. 7-13)

Como bem pontuou a autora, dirigir o interesse sexual é uma forma de exercer a liberdade. O presente trabalho, tem a pretensão de possibilitar um entendimento acerca da questão envolvendo a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo, postas as premissas básicas acerca da liberdade, autonomia privada e igualdade, passaremos agora a estudar acerca da (im)possibilidade de legitimação dessa união.

### 3 EMBASAMENTO JURÍDICO FAVORÁVEL À LEGITIMAÇÃO DO CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO NO BRASIL

Muito se tem debatido, no contexto social atual, sobre a questão da homossexualidade (termo corretamente empregado devido ao fato de que a orientação sexual não se trata de doença, mas sim de outra forma de ser), principalmente no que tange à aceitação judicial e, conseqüentemente, seus reflexos da união civil de casais homoafetivos:

**O legislador, com medo da reprovação de seu eleitorado, prefere não aprovar leis que, concedam direitos às minorias alvo da discriminação.** Assim, restam as uniões homossexuais marginalizadas e excluídas do sistema jurídico. No entanto, a ausência de lei não significa inexistência de direito. **Tal omissão não quer dizer que são relações que não merecem a tutela jurídica.**

**É no âmbito do Judiciário que, batizadas com o nome de uniões homoafetivas, as uniões de pessoas do mesmo sexo começaram a encontrar reconhecimento.** Com isso as barreiras do preconceito vêm, ao poucos, arrefecendo e cedendo lugar a que os vínculos afetivos sejam compreendidos sem que se interrogue a identidade dos parceiros. Vencer o preconceito é uma luta árdua, que sendo travada diuturnamente, e que, aos poucos, de batalha em batalha, tem se mostrado exitosa numa guerra desumana. (DIAS, 2010, p. 193) (grifou-se)

O enfoque jurídico acerca do assunto requer menção à importantes conquistas da sociedade brasileira em prol dos direitos de uma minoria, como o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e da Arguição de



Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, que reconheceram a união estável homoafetiva e a equipararam à heterossexual, bem como a recente ação, na data de 14 de maio de 2013, operada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da Resolução n. 175, ratificando expressamente o reconhecimento extrajudicial das relações homoafetivas no país e proibindo qualquer ato de recusa das autoridades competentes, mais especificamente dos cartórios, em relação às celebrações de casamentos civis de casais homoafetivos ou de sua conversão de união estável para casamento. (BANDEIRA, 2014)

Tal contribuição possibilitou a uniformização da interpretação e do entendimento acerca do tema no âmbito das corregedorias dos Tribunais de Justiça, amenizando a enorme disparidade de tratamento em desfavor desta minoria, ora homossexuais, vez que haviam divergências entre Estados brasileiros quanto à realização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Neste sentido e devidamente acalorada pelos progressos supra, a união civil de casais homoafetivos encontra-se permeada de embasamentos jurídicos favoráveis, capazes de retificar a antiga visão depreciativa, consolidada pela própria sociedade, da condição homossexual, sem se esquivar, contudo, da anomalia advinda da ausência de previsão legal, importante passo para o fim de “idas e vindas”, “acolhimentos e rejeições” do Poder Judiciário. (BARROSO, 2014)

Frisa-se que a Constituição Federal vigente, expressamente no artigo 226, §§3º e 4º<sup>4</sup>, dispõe acerca das entidades familiares reconhecidas, havendo como exemplos as relações afetivas fora do casamento, as formadas por um dos pais e sua prole, pelos avós e os netos, apenas por irmãos e a união estável entre homem e mulher.

Diante disso, faz-se considerável apontamento ao dispositivo supra no sentido de que este não considera esgotadas todas as formas de convívio merecedoras de proteção, pois tal artigo de lei deve ser visualizado pelos operadores do Direito e

---

<sup>4</sup> **Art. 226** - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

**§ 3º** - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

**§ 4º** - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.



pela própria sociedade civil como cláusula geral de inclusão, com fulcro no princípio do pluralismo familiar, abarcando indiscutivelmente o casamento entre pessoas do mesmo sexo em razão da incidência dos requisitos necessários de qualquer entidade familiar, ora afeto, estabilidade e ostensividade. (DIAS, 2010, p. 193)

Em análise pormenorizada, o respeitável doutrinador Paulo Lôbo salienta:

No caput do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. **Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família.** A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. [...]. **Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa.** As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade. (LÔBO, 2002, p. 87-107) (grifou-se)

Denota-se, assim, que o artigo 226 da Constituição Federal, ainda que não discorra expressamente da união homoafetiva, considera outros modelos de agregação familiar, todos merecedores de tutela legal e pertencentes a direitos e obrigações, recaíndo num rol meramente exemplificativo.

Ademais, atrelado a esta abrangência do Texto Constitucional, deve-se aplicar os princípios fundamentais provenientes do Estado Democrático de Direito, embora as uniões homoafetivas ainda não gozem de legislação própria.

Neste íterim, o ordenamento jurídico brasileiro possibilita análise perfeitamente favorável ao casamento homoafetivo, totalmente embasada nos princípios constitucionais, quais sejam: igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica, bem como na cláusula aberta de entidades familiares da Constituição Federal de 1988 anteriormente enfatizada. (DIAS, 2010, p. 194)



O jurista Luís Roberto Barroso preconiza sobre esta correlação positiva existente entre as uniões homoafetivas e os princípios constitucionais:

**Em meio a esses princípios e direitos fundamentais encontram-se alguns que são decisivos para o enquadramento ético e jurídico da questão aqui enfrentada. Em primeiro lugar, o mandamento magno da igualdade**, a virtude soberana, manifestado em inúmeras disposições constitucionais. Ao lado dele, o princípio da liberdade, que se colhe nos princípios da livre-iniciativa (cuja dimensão, relembre-se, não é apenas a de liberdade econômica) e da legalidade, bem como em referências expressas em todo o texto constitucional. Acrescenta-se, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, que ilumina o núcleo essencial dos direitos fundamentais e do qual se irradiam, também, na esfera privada, os direitos da personalidade, tanto na sua versão de integridade física como moral. E, por fim, o princípio da segurança jurídica, que procura dar ao Direito previsibilidade e estabilidade, bem como proteção à confiança legítima dos indivíduos. (BARROSO, 2007, p. 671-672) (grifou-se)

Além da igualdade, sem hierarquização, e da inserção de outras entidades familiares, o princípio da liberdade de escolha e, conseqüentemente, da autonomia privada do indivíduo também fazem presentes no presente estudo, pois, amparado pelos dispositivos constitucionais, em especial o artigo 5º, *caput*<sup>5</sup>, e interligado ao direito à sexualidade, o ser humano detém liberdade de escolher e de constituir a família que melhor satisfaça à sua realização existencial, importantíssima no desenvolvimento da personalidade do homem, não podendo o legislador definir taxativamente qual a melhor e mais adequada.

Outro importante preceito fundamental refere-se à igualdade, com disposição no artigo 3º, incisos I e IV<sup>6</sup> e reafirmação no artigo 5º da Constituição Federal, que compreende na não diferenciação de tratamento trazida pela legislação a indivíduos e situações completamente idênticas, isto é, “[...] – devem atribuir sentido e alcance às leis, de modo a evitar que produzem, concretamente, efeitos inequalitários”. (BARROSO, 2007, p. 674)

<sup>5</sup> **Art. 5º** - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>6</sup> **Art. 3º** - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.





Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, a doutrinadora Fernanda Cantali faz importante reflexão:

A dignidade da pessoa humana é valor fundante que serve de alicerce à ordem jurídica democrática. [...].  
E mais, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado um princípio matriz, do qual irradiam todos os direitos fundamentais do ser humano. (CANTALI, 2009, p. 86-88)

Isto significa que o princípio acima se encontra intimamente ligado à proteção da pessoa humana, vez que possibilita um sistema geral de tutela da personalidade, bem como proteção a alguns direitos expressos e próprios da personalidade, como a vida, igualdade, liberdade, integridade física e psíquica, honra, imagem, intimidade e outros. (SZANIAWSKI, 2005, p. 137)

O princípio da segurança jurídica, por sua vez, “[...] constitui um elemento importante para a paz de espírito e para a paz social” (BARROSO, 2007, p. 682), ou seja, tal preceito visa à tutela das relações jurídicas no sentido de assegurar o primado da Constituição Federal e demais normas, eliminando, assim, qualquer quadro de incerteza quanto aos enquadramentos.

Insta salientar, ainda, que a aplicação dos princípios constitucionais vislumbrados acrescida com a integração da ordem jurídica possibilita à interpretação favorável ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, fazendo emergir a necessidade de norma específica a fim de se evitar divergências na aplicação do direito, ora exercício da jurisdição, já que o reconhecimento da união estável homoafetiva deve ser considerada o “ponta pé” inicial para a legalização.

Assim, em face da grave omissão do legislador frente a esta temática, deve o legislador socorrer-se de outros mecanismos eficazes, capazes de proporcionar a solução justa, como os princípios constitucionais, a analogia, os princípios gerais do direito, os costumes; Logo, o Poder Judiciário, ao deparar-se com o pedido de habilitação para o casamento ou de conversão de união estável em casamento, não pode se negar a “dar o direito” sob a fundamentação de inexistência de lei, tendo em vista que os embasamentos aqui utilizados remontam à concretização plena da respectiva união.



Outro fator determinante, capaz de incitar ainda mais à proteção jurídica das uniões de pessoas do mesmo sexo, consiste no conceito de família trazido pela Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06), pois “[...]. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, acabou por cunhar um novo conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros.” (DIAS, 2010, p. 203), pouco importando a orientação sexual, abarcando todas as situações de configuração da violência doméstica e familiar.

Desta forma, a nova definição contida na Lei Maria da Penha traz a compreensão de que a heterossexualidade não deve ser vislumbrada como condição para o casamento.

Portanto, a realidade brasileira demonstra que o agrupamento familiar não se resume apenas e tão somente a casais heterossexuais, equiparando às uniões homoafetivas o *status* de família ainda que ausente de sustentação própria, ora a omissão do legislador quanto ao tema em evidência merece revisão, pois, ante às considerações acima, não se deve considerar qualquer justificativa favorável ao banimento do amor entre pessoas iguais no ordenamento jurídico brasileiro.

#### **4 LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ESCOLHA SEXUAL**

Como bem coloca Flávio Tartuce (2007), “a família é a célula mater da sociedade”. Apesar de a frase ter sido utilizada para se referir à herança do período militar ditatorial, ela ainda não saiu de moda e se enquadra muito bem no contexto atual, até porque o art. 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988 dispõe que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado.

A família é a base da sociedade em que vivemos. E essa família, o conceito de família desse ser. A família, na forma como a conhecemos hoje, é uma instituição social básica, fundamental para a formação do indivíduo. (ARAUJO, 2002, p. 3-11)

Há muito a família deixou de ser considerada apenas as pessoas ligadas por parentesco de consanguinidade, e passou-se a considerar família, como uma instituição afetiva, que pode ser inclusive, individualizada.



Esses grupos familiares em que a sociedade tem se dividido, demonstram a concepção pessoal que cada qual possui acerca de do conceito de família, sendo portanto, uma definição subjetiva e individual, baseada principalmente em sentimentos, crenças e valores de cada.

A família é instituto tão importante em nosso ordenamento que o próprio legislador se preocupou em garantir tutela a esse grupo.

O artigo 1.513 do Código Civil de 2002, em vigor prevê “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Trata-se da consagração do princípio da liberdade ou da não intervenção na ótica do Direito de Família.

Por certo que o princípio da liberdade em apreço nas relações familiares, é o mais claro exercício da autonomia privada. Quando os indivíduos escolhem as pessoas com as quais querem se relacionar, estão senão se autodeterminando.

Três são os mais importantes princípios constitucionais regentes das relações familiares: o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e o da igualdade. (LÔBO, 1999, p. 99-109)

O princípio da dignidade humana pode ser entendido como estruturante e conformador dos demais nas relações familiares. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, tem como um dos fundamentos da organização social e política do país, e da própria família (artigo 226, § 7º). Na família patriarcal, a cidadania apenas era vislumbrada na pessoa do chefe, detentor de direitos que não eram conferidos aos demais membros da família, assim a dignidade humana não podia ser a mesma. O espaço privado familiar era vedado à intervenção pública, tolerando-se a subjugação e os abusos contra os mais fracos. No faz em que nos encontramos, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social. Concretizar esse princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular e resistente. No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição é taxativa, configurando seu específico *bill of rights*, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe, “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à



liberdade e à convivência familiar e comunitária”, além de colocá-la “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigmas.

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral. (LÔBO, 1999, p. 99-109)

Ao passo que o princípio da igualdade, relaciona-se à paridade de direitos entre os cônjuges ou companheiros e entre os filhos. Por certo que essas diferenças existem dentro do próprio grupo familiar não podem ser afastadas. Evidente, que a mulher é diferente do homem, contudo, na qualidade de pessoa humana os direitos independem de gêneros.

Algumas teorias buscaram explicar a origem do Estado, que, de acordo com Fachin (2011), possui diferentes conceituações. Dalmo Dallari, por exemplo, afirmou que o Estado é baseado na ideia da força e na noção de sua natureza jurídica, ou seja, na noção de que só se torna componente do Estado aquilo que é integrado à ordem jurídica<sup>9</sup> estatal. A noção de força fez com que Bourdieu definisse o Estado como institucionalização do poder, que Marx Weber conceituasse como monopólio da força, e que Heller afirmasse que a definição de Estado é a unidade de dominação. (DALLARI, 2000)

Além das definições do que é o Estado, há teorias que descrevem o surgimento dele, como a teoria da origem familiar, cujo principal defensor foi Aristóteles, que defende que a família é a base para o surgimento do Estado. (FACCHIN, 2011)

Há, ainda, a afirmação kantiana de que a liberdade, a igualdade e a autonomia privada necessitam de um Estado baseado na formação democrática da vontade geral para serem concretizados. (MARTINS, 1994)



Em sua obra “Levando os direitos a sério” (1977), Dworkin (2007) aponta e, ao mesmo tempo, critica um dos argumentos que poderia legitimar a criação de leis que interferissem na esfera individual.

Basicamente, o ponto levantado é que as sociedades modernas são guiadas por uma série de princípios morais. (DWORKIN, 2007, p. 45) Alguns destes são meramente individuais e não poderiam, portanto, ser impostos aos demais. Outros, por outro lado, são aceitos e adotados pela maioria da população, o que acaba por criar, conseqüentemente, um sentimento de dependência em relação a tais preceitos. (DWORKIN, 2002 [1977])

Contudo o próprio Dworkin (1977), desconstituí este argumento no decorrer de sua obra. Vale ressaltar que a importância das liberdades individuais já era discutida ainda no século XIX. John Stuart Mill, por exemplo, em seu livro “OnLiberty”,

[...] apresentou pela primeira vez a ideia de que o direito penal não podia punir certos atos só por serem atos que a sociedade desaprovava e queria reprimir; e que a fronteira além da qual a força do Estado não tinha direito de avançar era a que separava os atos que “afetam os outros”, isto é, os que prejudicam a terceiros, atos esses que a lei estava de fato autorizada a reprimir, dos atos que “afetam seu autor”, os quais, visto que não diziam respeito a ninguém a não ser seu autor, não interessavam ao Estado ou à sociedade e, portanto, representavam um território em que o próprio direito penal era um transgressor. (KELLY, 2010)

É exatamente o que ocorre com o caso dos homossexuais, que tem seus direitos humanos violados, pois na maioria das vezes é posto ao revés das questões religiosas.

Conforme já exposto nos capítulos anteriores, os direitos que envolvem a questão da homossexualidade é muito particular, sendo assim, não entendemos como possível que o Estado intervenha nessa questão tão individual que é a orientação sexual de um indivíduo.

Não se pode permitir em última análise que o Estado imponha com quem se deve ou não se deve relacionar-se intimamente, esta escolha é tão pessoal quanto escolher a cor da roupa que se quer vestir.



Poderia o Estado determinar que todo sábado todos os cidadãos de um país fossem obrigados a usar roupa na cor vermelha. Tal ideia parece um absurdo, mas se pensarmos nesse tipo de imposição pessoal o mesmo absurdo deve ser considerado, ao se permitir que o Estado determine as pessoas com quais se deve ou não se deve relacionar-se.

A homossexualidade não pode ser entendida como um fato fora dos padrões. É imprescindível para que se assegurem os direitos da autonomia privada, igualdade e liberdade, que todas as identidades e formas de experiência de vida sejam tratadas como equivalentes.

A luta homossexual não é a luta pelo convencimento da maioria quanto ao valor de uma minoria, mas a luta pelo pluralismo e pelo reconhecimento da diversidade. (LOPES, 2005)

As pessoas de um modo geral e os grupos religiosos tradicionais têm todo o direito de desaprovar a homossexualidade, e de expressarem sua desaprovação.

Agora, o que é inconcebível em um Estado Democrático de Direito é que se violem direitos humanos, apenas por desaprovarem seus comportamentos. O Estado deve garantir a liberdade das pessoas de buscarem seu próprio bem, da sua própria maneira, desde que não impeçam ninguém de fazer o mesmo. (MILL, 1974)

## 5 CONCLUSÃO

Diante dos apontamentos supra apresentados, tem-se a concluir que, embora permeado por princípios constitucionais, ora dignidade humana e liberdade de orientação sexual fundado na autonomia privada do indivíduo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo deve ser legalizado pelo Direito Brasileiro.

Ademais, faz-se mister o fato de que o Estado brasileiro não pode impor com quem se deve ou não relacionar intimamente e, conseqüentemente, não deve intervir na vida privada de cada um, vez que a Constituição Federal de 1988 assegura a liberdade, a igualdade, a dignidade e a autonomia privada.





Neste sentido, conclui-se que o casamento homoafetivo deve ser tutelado em qualquer situação, ainda que sob o silêncio da lei infraconstitucional, fazendo jus, portanto, ao seu reconhecimento como entidade familiar.

Em suma, compete ao legislador abster-se de tal omissão covarde com o escopo de primar pela promoção do bem estar de todos os cidadãos, em especial desta minoria, e de desestimular o enraizado preconceito, haja vista que a aplicação analógica de algumas normas jurídicas, bem como dos princípios fundamentais já incitam tal reconhecimento e, conseqüentemente, a efetivação de direitos e deveres.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Maria de Fátima. Violência e abuso sexual na família. **Psicol. estud**, v. 7, n. 2, p. 3-11, 2002.

BANDEIRA, Regina. **Resolução que disciplina a atuação dos cartórios no casamento gay entra em vigor nesta quinta-feira**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24686-resolucao-que-disciplina-a-atuacao-dos-cartorios-no-casamento-gay-entra-em-vigor-amanha>>. Acesso em: 05 maio 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**. n. 16. mai./jun./jul./ago. de 2007. Salvador. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/diferentes\\_iguais\\_lrbarroso.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf)>. Acesso em: 05 maio 2014.

BARROSO. Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DALLARI, D. A. **Elementos de Teorias Geral do Estado**. 21. ed. São Paulo, 2000.

DIAS, Maria Berenice. Liberdade sexual e direitos humanos. In: **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e cidadania**. IBDFAM/OAB-MG, Belo Horizonte. 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.



- DIAS, Maria Berenice. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. **Revista brasileira de direito de família**, n. 4, p. 7-13, 2000.
- DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, 2002 [1977].
- FACCHIN, A. **Breve História dos Direitos Humanos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011.
- GOLDIM, José Roberto. **Princípio do respeito à pessoa ou da autonomia**, v. 14, n. 3, 2004.
- HELD, David et al. Cidadania e autonomia. **Perspectivas: Revista de Ciências Sociais**, v. 22, n. 1, 2009.
- KAMII, C. **A criança e o número**. Campinas: Papirus, 1985:103,108.
- KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes** e Outros Escritos. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo, SP: Martin Claret, 2005.
- KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99-109, 1999.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerusclausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 87-107.
- LOPES, J. R. L. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. **Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 2, n. 2, 2005.
- MARTINS, A. M. **Contratualismo**. 1994. Disponível em: <<http://www.ifl.pt/private/admin/ficheiros/uploads/4e5a7f050e30f8d591575b5317671f72.pdf>> Acesso em: 12 maio 2014.
- MILL, J. S. **On Liberty**. Nova York: Meridian, 1974.
- MORAES, Rodrigo Ienaccode; PIRES, Rodrigo Esteves Santos. Transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová: religião, ética e discurso jurídico-penal. **Revista Jurídica Unijus**, Uberaba, v. 8, p. 87-97, 2005.
- NETO, Amaral; DOS SANTOS, Francisco. Autonomia privada. **Revista CEJ**, v. 3, n. 9, p. 25-30, 1999.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense. 1983 e GOYARD FABRE. Paris. PUF, 1997.
- SARMENTO. Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo, Malheiros, 1999.



A possibilidade da união entre casais do mesmo sexo...

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. **Jus Navigandi, Teresina**, ano, v. 10, 2007.



Leonardo Pedro Ramirez Cunha;  
Ligia Nogueira Lopes e  
Linda Luiza Johnlei Wu

# LAICIDADE DO ESTADO E A OSTENTAÇÃO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS<sup>1</sup>

SECULAR STATE AND THE OSTENTAION OF RELIGIOUS SYMBOLS

*Leonardo Pedro Ramirez Cunha<sup>2</sup>*

*Ligia Nogueira Lopes<sup>3</sup>*

*Linda Luiza Johnlei Wu<sup>4</sup>*

## Resumo

O presente trabalho objetiva uma análise crítica quanto à laicidade do Estado. O estudo tem o intuito de questionar sobre a presença e ostentação de símbolos religiosos em repartições públicas mesmo diante da afirmação de que vivemos em um Estado laico. Verifica-se, no entanto a presença de tais símbolos fere a laicidade do Estado que preconiza que ele é impedido de manter relações diretas com alguma convicção religiosa, devendo apenas assegurar a liberdade religiosa, ante a um princípio constitucional de suma importância em um Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Estado laico; liberdade religiosa; símbolos.

## Abstract

The aim of this paper is a critical analysis of the secularity of the State. This study discusses the presence of religious symbols in public offices, contrary to the affirmation that we live in a secular State. The presence of those symbols violates the constitutional principle of secularity of the State, which stipulates that the State

<sup>1</sup> Artigo recebido em 15/05/2014, pareceres submetidos em 08/06/2014 e 25/06/2014 e aprovação comunicada em 23/07/2014.

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Direito no Centro Unificado de Educação Barretos - Faculdade Barretos. E-mail: <leonardopr Cunha@hotmail.com>.

<sup>3</sup> Advogada atuante na área de Direito Ambiental, Possui graduação em Direito pelo Centro Unificado de Educação Barretos- Faculdade Barretos. E-mail: <ligia\_lopes04@hotmail.com>.

<sup>4</sup> Advogada, Professora de Direito Constitucional e Direito Consumidor no Centro Unificado de Educação Barretos- Faculdade Barretos, Professora convidada da Universidade Estadual de Minas Gerais, campus Frutal/MG, no Curso de Pós Graduação em Gestão Ambiental, Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho- UNESP. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho- UNESP. E-mail: <lindaluizawu@hotmail.com>.



may keep direct relations with any religion, it must only protect the freedom of belief, faced with a constitutional principle of great importance in a democratic state of law.

**Keywords:** secular State; religious; freedom; symbols.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde o início das civilizações foram apresentadas formas de pensar diversas, em vários sentidos, sendo o religioso um deles.

Com a evolução dessas civilizações tornou-se necessário para o controle da sociedade a criação de um ente que protegesse a todos. Este ente chamado Estado, que detinha o poder, inclusive inicialmente sobre a religião.

Depois de inúmeros acontecimentos históricos notou-se a necessidade de se distanciar da religião para que não houvesse nenhum favorecimento a determinada religião, fator conhecido como laicidade do Estado. Assim buscando a igualdade entre todas e ao mesmo tempo a proteção e amplitude da liberdade de religião de cada indivíduo da sociedade.

Ocorre que atualmente a laicidade do Estado é cada vez mais questionada, mediante a garantia da liberdade religiosa.

As minorias começaram a tomar ciência dos seus direitos e lutar para tal fim no sentido prático, sendo o principal deles a garantia de um Estado Laico não apenas na letra da lei, mas também de fato e de direito.

Trata-se de um tema muito controverso, portanto, vemos a necessidade de discorrer acerca de sua problemática, uma vez que a sociedade como um todo, inclusive as minorias estão sendo maculadas pela frequente intervenção religiosa na criação de leis, bem como na exteriorização de símbolos e apologias a uma fé.

Olvidando desta forma, a laicidade estatal, quando os próprios poderes são quem deveria respeitar o princípio constitucional da imparcialidade da administração pública, bem como dos juízes, e legisladores em todos os âmbitos do Estado Democrático de Direito.

O Estado, portanto, deveria se abster de proferir decisões embasadas na fé, e nunca esquecer o fato de que as leis e a criação delas devem abranger também as minorias.



Por conseguinte, insta salientar, que auferir ao Estado Democrático de Direito, expressão religiosa dentro dos poderes estatais, causa danos a minoria não católico-cristã, as quais sofrem injustiças pela própria justiça.

As minorias devem ter os mesmos direitos que a maioria, conforme princípio da igualdade, preconizado na Carta Magna, em seu artigo 5º, cláusula pétrea, a qual só pode ser modificada através de novo poder constituinte originário, demonstrando tal importância para as garantias individuais.

## 2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO LAICO

Laico, do latim *laicus*, é o mesmo que leigo, em oposição ao religioso, no sentido de secular.

Para compreensão do conceito de Estado Laico, devem ser observados três sistemas quanto à relação Estado-Igreja: a confusão, a união e a separação.

A união é caracterizada pela total mistura dos dois institutos, onde o Estado é considerado como fenômeno religioso, podendo haver ou não hostilidade em relação às outras religiões. Já a confusão, são as igrejas reconhecidas pelo Estado, no entanto, com certos privilégios que as outras não têm. Por fim, a separação, que reconhece as liberdades de cultos, porém, deixa de intervir em seu funcionamento, nem tampouco mantém relações diretas que se confundem com os poderes estatais.

No Brasil o sistema adotado é o da separação, desde o Decreto 119-A, de 07 de janeiro de 1890, o Brasil é um Estado Laico, também conhecido como leigo, secular. Atualmente, tal princípio é consagrado no artigo 19, inciso I da Constituição Federal atual, *in verbis*:

Art. 19 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;





Em contrapartida, há também o Estado Confessional, o qual sanciona diretrizes morais com base em certa religião, favorecendo-a, incluindo no ensino sua pauta, transferindo-lhe recursos financeiros.

Importante destacar ainda, que há Estados Teocráticos, onde há a predominância do poder da religião sobre o político, ao contrário do Confessional, que embora adote uma religião oficial o poder político predomina, ainda, sobre o poder religioso.

O Estado Laico é um dos pilares da democracia, sendo adotado pela maioria dos estados democráticos ocidentais contemporâneos. Também foi a primeira organização institucional que garantiu as liberdades religiosas.

A laicidade, [...] antes de ser um princípio exclusivo do Direito de Religião, é um autêntico princípio constitucional que transcende tal ramo do direito e se projeta sobre todo o sistema jurídico, além de estar compreendido em outros conteúdos normativos expressados em suas diferentes áreas. (HUACO, 2008, p. 40)

A Declaração Universal da laicidade do século XXI, em seu artigo 4º, situa um conceito sobre a laicidade, *in verbis*:

Artigo 4. Definimos a laicidade como a harmonização, em diversas conjunturas sócio-históricas e geopolíticas, dos três princípios já indicados: respeito à liberdade de consciência e à sua prática individual e coletiva; autonomia da política e da sociedade civil com relação às normas religiosas e filosóficas particulares; nenhuma discriminação direta ou indireta contra os seres humanos.

Tal princípio fundamental do Estado de Direito, é levado em conta por duas direções: na primeira direção ele protege as diversas religiões da intervenção abusiva do Estado nas suas questões particulares, a sua organização, a forma de seleção de membros, etc.

A outra vertente aduz em síntese, que o Brasil tem um dever constitucional de se abster de manter relação direta com a religião, protegendo o Estado de influências religiosas, impedindo assim qualquer confusão entre os poderes.

Nesse sentido Elza Galdino aduz que, “o Estado deve manter-se absolutamente neutro. Isso implica no fato de ele não poder discriminar entre as



diversas igrejas e templos existentes, quer para beneficiá-los, quer para prejudicá-los.” (BASTOS; MEYER-PFLUG apud GALDINO, 2006, p. 87)

Portanto, em qualquer das esferas dos poderes públicos, suas autarquias, órgãos administrativos, estão proibidos de embarçar-se com o funcionamento e organização religiosa.

Há também outros elementos essenciais para a constituição de um Estado realmente laico: a) a separação orgânica e de funções entre as religiões e o Estado; b) o fundamento secular nos princípios e valores primordiais do Estado e, c) a inspiração secular das normas legais estatais e políticas públicas.

A) A separação orgânica e de funções entre as religiões e o Estado quer dizer que cada esfera da estrutura jurisdicional é autônoma, portanto, as decisões de tribunais religiosos não são consultadas nem recorridas em tribunais seculares, cada um tem sua própria competência.

Portanto, em qualquer das esferas dos poderes públicos, suas autarquias, órgãos administrativos, estão proibidos de embarçar-se com o funcionamento e organização religiosa. Nesse sentido, não podendo ter gastos com a promoção direta ou indireta, de alguma crença, apenas para a liberdade religiosa como um todo.

B) No fundamento secular nos princípios e valores primordiais do Estado, tende-se que o Estado não se baseia em virtudes religiosas para exercer suas funções, fundamentando a soberania popular e respeitando os valores mínimos da sociedade moderna, como a dignidade da pessoa humana e seus direitos.

“O Estado não busca a salvação das almas, mas sim, a máxima expansão das liberdades humanas em um âmbito de ordem pública protegida, ainda que às vezes o exercício de tais liberdades seja contrário aos padrões éticos das religiões”. (HUACO, 2008, p. 43)

C) a inspiração secular das normas legais estatais e políticas públicas, em breve síntese, espera-se que as normas legais e as políticas públicas não tirem base em dogmas, convicções religiosas ou crenças, não se apoiando em argumentos religiosos nem tampouco favorecendo interesse eclesiásticos.



Enquanto a neutralidade ou imparcialidade valorativa frente às diferentes cosmovisões ideológicas, filosóficas e religiosas existem na sociedade, devemos frisar que a neutralidade não é a ausência de valores e nem a indiferença, mas sim é a imparcialidade ou a igualdade de tratamento. Neste aspecto a laicidade vincula-se com o princípio da igualdade, pois, constatando-se a existência do pluralismo, reconhece-se que não cabe ao Estado determinar qual sistema de crença é verdadeiro ou mais verdadeiro que o outro, nem decidir qual é o mais “positivo” ou conveniente para a sociedade. (HUACO, 2008, p. 44)

Insta também salientar, que laicidade e laicismo são diferentes. O laicismo, “propõe a hostilidade ou a indiferença perante o fenômeno religioso coletivo”, (HUACO, 2008, p. 43) portanto, laicismo é a supressão da religião do Estado. Diferente da laicidade, que busca por seus meios legais garantir as liberdades religiosas e resguardando princípios da igualdade em face de todos.

### 3 RELIGIÃO E LIBERDADE RELIGIOSA

Antes de falar sobre a liberdade religiosa, é importante discorrer sobre o que seriam as religiões e o que seria liberdade no sentido constitucional.

A expressão religião originasse da palavra latina *religio*, que significava originalmente como um temor supersticioso.

Por causa da grande influência do cristianismo na cultural ocidental, sempre se vinculou a religião com a busca do homem da divindade, do sobrenatural.

No entanto Émile Durkeim (apud OLIVEIRA, 2010, p. 41) aponta que “existem grandes religiões em que a ideia de deuses e espíritos está ausente, nas quais pelo menos, ela desempenha tão-só um papel secundário e apagado. É o caso do budismo”. Ou seja, não é requisito para ser considerada uma religião a crença em um ser superior, ou em algum espírito.

Nesse sentido Émile Durkeim aduz:

Chegamos, pois, à seguinte definição: uma religião é um sistema solidário de crenças e práticas relativas a coisas sagradas, isto é, separadas, proibidas, crenças e práticas que reúnem numa mesma comunidade moral, chamada igreja, todos aqueles que a elas aderem. O segundo elemento que participa assim de nossa definição não é menos essencial que o primeiro, pois, ao mostrar que a ideia de religião é inseparável da ideia de igreja, ele faz pressentir que a religião deve ser uma coisa eminentemente coletiva. (DURKEIM apud OLIVEIRA, 2010, p. 41)



Liberdade significa “a faculdade ou o poder que a pessoa tem de adotar a conduta que bem lhe parecer, sem que deva obediência a outrem”, (CAETANO apud CARVALHO, 2005, p. 425) ou seja, o Estado está impedido de controlar os administrados nas matérias que não estão sujeitas a tal.

Em síntese, a liberdade religiosa consagra-se como um corolário da liberdade de consciência – a tutelar juridicamente qualquer opção que o indivíduo tome em matéria religiosa, mesmo a rejeição (a crença é apenas uma das alternativas possíveis que se colocam ao sujeito). (WEIGARTNER NETO, 2007, p. 79)

Consistindo assim a liberdade em toda ausência de coação ilegítima, imoral e ilegal para a sociedade, inclusive para o administrador.

Conforme, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, artigo 4º: “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

Quanto à liberdade religiosa, que se encontra atualmente consagrada na Carta Magna de 1988, em seu artigo quinto, incisos VI, VII, VIII, dentre outros incisos, *in verbis*:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;  
VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;  
VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Sua premissa tem natureza jurídica de direito fundamental universal, sendo, portanto, enquadrada como *cláusula pétrea*, pois o ser humano é naturalmente predisposto a ser um ser religioso.

Segundo Alexandre de Moraes, “esta defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a ideia de tolerância religiosa e a proibição do Estado em



impor ao foro íntimo do crente em uma religião oficial”. (CANOTILHO apud MORAES, 2009, p. 47)

O direito à liberdade religiosa é dividido em: liberdade de consciência; liberdade de religião em si; e a liberdade de culto.

A liberdade de consciência é a mais ampla, tendo em vista que protege o foro individual, o pensamento interno. Importante ressaltar ainda, que a liberdade de consciência religiosa se estenda ao direito de não acreditar ou não professar qualquer fé, portanto respeitando também agnosticismo e o ateísmo.

Quanto à liberdade religiosa *stricto sensu* já possui uma dimensão social e perante o Estado, compreendendo o direito de escolha, ou de aderir a uma crença, religião ou filosofia de vida. Aqui demonstra o direito em face ao Estado, não podendo ele impor qualquer religião, nem tampouco legislar sobre tal.

Já a liberdade de culto é o resultado da exteriorização de certa convicção religiosa, por meio de suas liturgias, cultos, ritos, cerimônias, não havendo qualquer afronta ante ao Estado ao fazê-lo, tanto em público ou em particular.

Conforme Celso Ribeiro Bastos:

A liberdade religiosa e de consciência é um direito público subjetivo, e como tal a sua proteção é exigível frente ao Estado. Assim sendo, fica vedado qualquer tipo de discriminação, ou tratamento jurídico diverso, dedicado ao cidadão, tendo como fundamento apenas a sua convicção ideológica, política ou religiosa. A esse respeito muito bem escreve o mestre Jorge Miranda: A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou proporcionar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família e de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. (BASTOS; MEYER-PFLUG apud GALDINO, 2006, p. 34)

São respeitadas ainda pelo Direito, as decorrências ocasionadas pela liberdade religiosa, como é o exemplo do reconhecimento do casamento religioso para efeitos cíveis, conforme art. 226, § 2º da Constituição Federal.

Ademais, é resguardado o direito da escusa de consciência que consiste no direito de não prestar o serviço militar obrigatório ou qualquer outra obrigação legal a todos imposta por motivo de crença religiosa, filosófica ou política, facultando-lhe a



prestação de serviço social alternativo, sob pena de perda dos direitos políticos, conforme art. 5º, VIII.

No entanto, assim como todos os direitos humanos, a liberdade religiosa não é um direito absoluto, está sempre sujeita aos bons costumes e a ordem pública.

O exercício da liberdade religiosa encontra-se assegurado também na legislação infraconstitucional, como no Código Penal, que institui em seu artigo 208, o crime contra o sentimento religioso, qual seja: “Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso”. O crime é apenado com detenção de um mês a um ano, ou multa. E ainda se for usado emprego de violência a pena é aumentada de um terço.

#### 4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Tal princípio está consagrado na Constituição Federal de 1988 e no Direito internacional, demonstrando a importância dele perante os administrados e os administradores da *res publica*.

Atualmente tal princípio encontra-se preconizado de maneira mais abrangente no caput, do artigo 5º da Constituição Federal, fazendo se valer pelos demais incisos, subsequentes:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

O Direito internacional também o protege, demonstrando assim o caráter excepcional desse princípio.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948 relata em seu preâmbulo:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;





Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do homem;

Ainda versa sobre o assunto, em seu artigo sétimo, aduzindo que, todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Conforme Aristóteles, a igualdade significa tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida da sua desigualdade, sendo este o conteúdo da igualdade buscado pela Justiça e pelo Estado.

Ou seja, nem todo tratamento desigual é considerado inconstitucional, somente será considerado se aumentar a desigualdade já existente, assim, é possível o tratamento desigual se a Constituição Federal estabelecer, tendo em vista o controle de convencionalidade, e também quando presente um pressuposto lógico e racional que justifique o tratamento.

Conforme Alexandre de Moraes:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. (MORAES, 2009, p. 37)

Há duas espécies de igualdade: a material e a formal.

A igualdade formal aduz em síntese que todos são iguais perante a lei. Já a igualdade material busca a efetividade dos direitos para chegar a uma igualdade econômica e social efetiva.

Através de vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, busca-se tal igualdade.



Importante destacar que o princípio da igualdade é de suma importância para uma liberdade religiosa de fato. Nesse sentido:

Há que se ressaltar que a liberdade religiosa, bem como a liberdade de organização religiosa, encontram-se diretamente relacionadas com o princípio da igualdade. É dizer, não é permitido ao Estado fazer qualquer diferenciação entre qualquer organização religiosa, pois o contrário o preceito constitucional perderia o seu efeito por completo. (BASTOS; MEYER-PFLUG apud GALDINO, 2006, p. 27)

“Assim sendo, fica vedado qualquer tipo de discriminação, ou tratamento jurídico diverso, dedicado ao cidadão tendo como fundamento apenas a sua convicção ideológica, política e religiosa”. (BASTOS; MEYER-PFLUG apud GALDINO, 2006, p. 21)

Para uma igualdade real entre as religiões, o Estado não deve emitir qualquer valor quando a validade, ou verdade de certa religião, pois somente assim teria uma livre formação da opinião das pessoas quanto as crenças e descrenças, desfrutando elas uma igualdade perante a população em geral.

Essa garantia encontra-se preconizada no art. 5º, XLI do Texto Constitucional de 1988, que aduz que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, e no caso o próprio Estado deverá estar sujeito a tal punição se incidir sobre essa diferenciação ou discriminação.

## **5 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Os estabelecimentos estatais são locais públicos, pertencentes à personalidade jurídica do Estado, portanto devem estar em consonância com os princípios da administração pública.

Dois princípios são pertinentes para o tema: o princípio da impessoalidade e o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade é resguardado pelo art. 5º, II da Constituição Federal, e relata que, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.



Segundo Di Pietro, “[...] a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende da lei”. (DI PIETRO, 2005, p. 68)

Quanto ao princípio da impessoalidade, é aquele que indica que a administração pública deve manter-se em uma posição neutra em relação aos administradores, sendo proibidos de estabelecer qualquer discriminação, senão legal. A impessoalidade como princípio encontra-se relacionada com o princípio da isonomia, vez que os administradores deveram servir a todos, de maneira igual, sem distinções de qualquer natureza.

Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. (MELLO, 2011, p. 117)

A administração pública tem por fim o interesse público, e por tal razão, tudo o que é feito pelos administradores é em função do Estado e não em nome próprio, devendo portanto, deixar de exteriorizar a sua fé.

## 6 SÍMBOLOS

A simbologia está presente na humanidade desde a sua existência, por exemplo, na pré-história através da escrita rupestre, o homem pré-histórico expunha suas conquistas e ataques a animais, para futura adoração e para demonstrar seu poder ao derrotá-los.

A palavra símbolo tem origem como *syμβάλλειν*, que significa lançar com, que pode ser traduzido como expor algo reunindo realidades, como por exemplo, a realidade da cruz.

De início, símbolo era um sinal de reconhecimento: um objeto dividido em duas partes, cujo ajuste e conforto permitiam aos portadores de cada uma das partes se reconhecerem. O símbolo é, pois, a expressão de um conceito de equivalência. Assim, para se atingir o mito, que se expressa por



símbolos, é preciso fazer uma equivalência, uma 'con-junção', uma 're-união', porque, se o signo é sempre menor do que o conceito que representa, o símbolo representa sempre mais do que seu significado evidente e imediato. (DUARTE apud GALDINO, 2006, p. 31)

Inclusive, há símbolos nacionais legalizados, pois tais símbolos fazem parte da característica do Estado. O artigo 13, § 1º e § 2º, da Constituição Federal demonstra em um rol taxativo os símbolos da República Federativa do Brasil, quais sejam: a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais, porém os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão ter símbolos próprios.

Já os símbolos religiosos são ideais religiosos demonstrados através de uma forma, de um objeto, que é unido em torno de uma ideologia comum entre seus seguidores.

Nesse sentido:

Jung afirmava que um símbolo religioso pertence à linguagem das religiões. São símbolos envoltos em dogmas e rituais fortemente organizados. Designam conteúdos dogmáticos e fenômeno religiosos. As principais figuras simbólicas de uma religião constituem sempre a expressão da atitude moral e espiritual específica que lhe são inerentes. A percepção de uma figura religiosa pelos sentidos, apoia a transferência da libido para o símbolo. (ARAUJO apud GALDINO, 2006, p. 34)

É através desses símbolos que o inconsciente se manifesta de inúmeras maneiras, através da oração, do culto, da liturgia etc.

Sua principal finalidade é caracterizar, identificar, representar, e no mesmo diapasão, diferenciar-se das demais instituições religiosas. Através destes símbolos é possível coligar-se com seu semelhante em seu âmbito religioso, pois tais símbolos estão presentes em colares, pulseiras, camisas etc.

Dentre os principais símbolos monoteístas os que mais se destacam são a cruz e o crucifixo.

A cruz é o símbolo que ficou conhecido após a morte de Jesus, o grande mártir da religião cristã, e sob a sua exposição até mesmo expedições comerciais foram principiadas.

Já o crucifixo é representado por uma cruz, e no meio dela a imagem de Jesus Cristo, durante a sua crucificação.



No entanto, como o país é imenso e a diversidade reina, e nessa diversidade encontra-se a pluralidade religiosa, inúmeras culturas não cultuam tais símbolos provenientes da Igreja Católica, não idolatrando a imagem da cruz, tampouco imagem de santos.

Como por exemplo, para os católicos a cruz significa vitória, ressurreição, já para os evangélicos representar dor, sofrimento vivido por seu messias, bem como para os evangélicos idolatria é pecado.

A maioria das religiões e filosofias têm seus símbolos, e em face da liberdade religiosa, todos têm o direito de cultuá-los e crer neles.

## **7 A CAREAÇÃO DA QUESTÃO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**

Foram apresentados Pedidos de Providências ao Conselho Nacional de Justiça para que se determine aos tribunais a retiradas de crucifixos dos plenários alegando de que a aposição de símbolos fere o art. 19, inciso I da CF/88.

Diante desses pedidos, os quais tinham praticamente o mesmo objetivo, ou seja, a retirada de crucifixos fixados no plenário se decidiu em sentido oposto ao do Tribunal do Rio Grande do Sul.

O Pedido de Providência 1344, julgado juntamente com seus apensos, foi apresentado por Daniel Sottomaio Pereira, presidente da Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos – ATEA.

O Conselho Nacional de Justiça indeferiu o pedido, e aduz que:

Manter um crucifixo numa sala de audiências públicas de Tribunal de Justiça não torna o Estado – ou o Poder Judiciário – clerical, nem viola o preceito constitucional invocado (CF, art. 19, inciso I), porque a exposição de tal símbolo não ofende o interesse público primário (a sociedade), ao contrário, preserva-o, garantindo interesses individuais culturalmente solidificados e amparados na ordem constitucional, como é o caso deste costume, que representa as tradições de nossa sociedade. Por outro lado, não há, data vênia, no ordenamento jurídico pátrio, qualquer proibição para o uso de qualquer símbolo religioso em qualquer ambiente de Órgão do Poder Judiciário, sendo da tradição brasileira a ostentação eventual, sem que, com isso, se observe repúdio da sociedade, que consagra um costume ou comportamento como aceitável. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. (Pedido de providência 1344. Rel. Cons. Oscar Argollo. Brasília, 21 de junho de 2007)



Portanto, observa-se que o Conselho Nacional de Justiça aponta o costume e a cultura como fato ensejador para a manutenção da cruz nos Tribunais.

Contudo, conforme mencionado alhures, a administração pública, diferentemente do particular, necessariamente terá sua conduta pautada em lei, impondo assim, que apenas faça aquilo que a lei o permite, assim, não se poderia justificar a manutenção dos símbolos religiosos, em razão de ausência de qualquer proibição legal, já que em virtude do princípio da legalidade, não é dado tal possibilidade.

## **8 A CAREAÇÃO DA QUESTÃO PELA JUSTIÇA FEDERAL**

O Ministério Público Federal propôs uma ação civil pública, por meio da qual pretendia a condenação da União em obrigação de fazer consubstanciada na retirada de todos os símbolos religiosos (crucifixos, imagens, entre outros) ostentados nos locais proeminentes, de ampla visibilidade e de atendimento ao público nos prédios da União no Estado de São Paulo.

Relata o representante do Ministério Público Federal que o crucifixo representa desrespeito aos princípios: da laicidade do Estado, da liberdade de crença, da isonomia, bem como os princípios da administração pública, da imparcialidade do Poder Judiciário e o da impessoalidade.

Houve pedido de liminar, indeferido pelo Juízo, afirmando que faz parte da cultura do país os símbolos e para os que professarem outra religião ou não professarem nenhuma de nada representa o símbolo.

Por fim, afirma que o preâmbulo da Constituição Federal não tem força normativa, no entanto, nele se define as intenções da Lei Maior, proclamando princípios, objetivos e finalidades das questões do governo e da sociedade, e o legislador constituinte, ao invocar a proteção de Deus, demonstrou respeito ao Justo para conceber uma sociedade justa e solidária.

Durante o tramitar do processo foi deferida a inclusão da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LIBERDADE RELIGIOSA E CIDADANIA – ABLIRC na qualidade de assistente simples do autor.





Após a oitiva de testemunhas, foi aberto o prazo para apresentação de memoriais os quais foram devidamente apresentados e ao final a ação foi julgada improcedente pelo Juízo da 3ª Vara Federal de São Paulo sobre os mesmos argumentos que indeferiram o pedido de liminar.

Em face da sentença proferida o Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação, o qual atualmente encontra-se pendente de apreciação junto Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

## **9 ARGUMENTOS DA MANUTENÇÃO/RETIRADA DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS**

### **9.1 O hipotético caráter não religioso do crucifixo**

Um dos principais argumentos favoráveis à ostentação dos símbolos é que o crucifixo não tem caráter religioso.

Nota-se, porém que é impossível ao olhar tal símbolo não associá-lo imediatamente ao cristianismo e suas vertentes, pois se encontra historicamente ligado à sua divindade encarnada, aquele que morreu na cruz por nossos pecados segundo a doutrina cristã apregoadada.

Nesse sentido, “a cruz é o símbolo de uma dada crença religiosa, e não só a expressão da cultura ocidental, de influência cristã”. (WEIGARTNER NETO, 2007, p. 274)

Em julgado onde se discutia a presença de tais símbolos em escolas públicas, segundo Daniel Sarmento, a Corte Constitucional Alemã se manifestou no seguinte entendimento:

A cruz representa, como desde sempre, um símbolo religioso específico do Cristianismo. Ela é exatamente seu símbolo por excelência. Para os fiéis cristãos, a cruz é, por isso, de modos diversos, objeto de reverência e de devoção. A decoração de uma construção ou de uma sala com uma cruz é entendida até hoje como alta confissão do proprietário para com a fé cristã. Para os não cristãos ou ateus, a cruz se torna, justamente em razão de seu significado, que o Cristianismo lhe deu e que teve durante a história, a expressão simbólica de determinadas convicções religiosas e o símbolo de sua propagação missionária. Seria uma profanação da cruz, contrária ao



auto-entendimento do Cristianismo e das igrejas cristãs, se se quisesse nela enxergar, como as decisões impugnadas, somente uma expressão da tradição ocidental ou como símbolo de culto sem específica referência religiosa. (BVerfGE 91, 1 (1995) apud SARMENTO, 2008, p. 195-196)

Assim, importante destacar que o crucifixo não é um mero adereço, mas sim um símbolo mundialmente conhecido como de determinada religião, com forte sentido religioso, e para uns como determinado significado e para outros como objetos de adoração e veneração.

Expô-la em um edifício público é reconhecer a espiritualidade cristã, que obviamente é diversa a ateia e as não cristãs, transmitindo assim uma mensagem nada neutra, vez que associa a prestação jurisdicional, no caso de tribunais, à religião majoritária.

## 9.2 Intolerâncias à liberdade dos cristãos

O argumento ora usado por Fernando Capez é que, “a retirada de símbolos já instalados, mesmo que em repartições públicas, leva à alteração de uma situação já consolidada em um país composto por uma quase totalidade de adeptos da fé cristã, e agride desnecessariamente os sentimentos de milhões de brasileiros, apenas para contentar a intolerância e a supremacia da vontade de um restrito grupo de pessoas”. (CAPEZ, 2009)

Intolerância é o oposto da tolerância que segundo a Declaração de Princípios sobre a Tolerância, aprovada pela Conferência Geral da UNESCO em 16 de novembro de 1995, que estabelece em seu artigo 1º, item 1.1:

A tolerância é o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. Não só é um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. A tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz.



Segundo Bobbio, a tolerância tem duas vertentes, a primeira em relação à liberdade e convivência de diversas crenças, e a outra com a convivência com as minorias (homossexuais, negros, deficientes), as quais não confundem entre si. (BOBBIO, 1992, p. 203-204)

Deste modo, intolerância é a não convivência entre diversas crenças e com as minorias.

De fato, ao ostentar tal símbolo está favorecendo certa religião e incitando intolerâncias contra a minoria de diferentes crenças ou até mesmo aos homossexuais, negros, e supremacia da maioria, e não a intolerância em relação aos cristãos como argumentado.

No entanto, conforme preconiza os princípios do nosso Estado, igualdade e liberdade de religião, dentre outros, não é justificativa válida à agressão de sentimentos dos brasileiros cristãos, pois todos merecem um tratamento igualitário ante ao Estado, não fazendo diferença se maioria ou minoria.

No caso em testilha a minoria está sendo agredida, pois ninguém deve ser obrigado a olhar para símbolos religiosos em locais que deveriam respeitar o princípio administrativo da impessoalidade e da legalidade.

A decisão por ter ou não uma crença é, assim, assunto do indivíduo, e não do Estado. O Estado não pode nem prescrever nem lhe proibir uma crença ou religião. Faz parte da liberdade de crença, porém, não somente a liberdade de ter uma crença, mas também a liberdade de viver e comportar-se segundo a própria convicção religiosa [...]. (MARMELESTEIN, 2008, p. 99)

Nota-se ainda que tais símbolos, via de regra, são mantidos em absoluto destaque, atrás e acima de cadeiras de Juízes em tribunais, de cadeiras de presidentes de órgãos colegiados e, até mesmo no Supremo Tribunal Federal, passando uma mensagem de país nada neutro associando a prestação jurisdicional à religião majoritária.

Assim, “o conflito não se pode resolver com base no princípio da maioria, pois o direito fundamental à liberdade religiosa protege de maneira especial as minorias”. (WEIGARTNER NETO, 2007, p. 277)



É certo que os não cristãos devem tolerar a expressão dos cristãos e também vice-versa, no entanto o que está a ser discutido é a conduta do Estado, e não dos indivíduos dessas religiões, vez que esse deve ser neutro em face a qualquer religião, tendo em vista que o princípio da laicidade versa sobre isso.

A liberdade religiosa dos cristãos não está abrangida com o direito de verem símbolos da sua fé publicamente apoiados pelo Estado, estando fora da proteção religiosa qualquer alusão a eles, visto que fere princípios constitucionais.

Nesse sentido, o julgamento da Corte Constitucional Alemã, no caso já citado, que a liberdade de religião, “não assegura nem ao indivíduo, nem às comunidades religiosas, o direito de os seus compromissos de fé apoiados pelo Estado. Pelo contrário, a liberdade de crença, [...] requer que o Estado se mantenha neutro em matérias de fé e religião”. (BVerfGE 91, 1 (1995) apud SARMENTO, 2008, p. 197)

Em relação aos magistrados e serventuários da Justiça, ambos possuem a mesma liberdade religiosa que os demais, entretanto, os espaços de uso comum ao público não lhes pertencem, mas sim ao Estado Brasileiro que está submetido aos princípios constitucionais. Afinal, não pode haver confusão entre as pessoas físicas que exercem o poder em seu nome.

### 9.3 Cultura e tradição

Há também a afirmação de que a presença dos crucifixos nos tribunais é tradicional, e vem da cultura do povo brasileiro, portanto, é incabível a sua retirada, posto que o nosso Estado resguarda a cultura e identidade dos povos.

Outrossim, afirma-se que:

Em um país que teve formação histórico-cultural cristã é natural a presença de símbolos religiosos em espaços públicos, sem qualquer ofensa à liberdade de crença, garantia constitucional, eis que para os agnósticos ou que professem crença diferenciada, aquele símbolo nada representa assemelhando-se a um quadro ou escultura, adereços decorativos. (Ação Civil Pública 2009.61.00.017604-0. Juíza Titular, Dra. MARIA LUCIA LENCASTRE URSAIA)



Ao argumentar que a sua presença em locais públicos é meramente por tradição ocidental, seria o mesmo que profanar os símbolos em relação à sua cristandade.

Ocorre que a afirmativa que o símbolo nada representa aos não cristãos está completamente errada.

Sob a ostentação dos referidos símbolos religiosos houve inúmeras injustiças contra os não católicos, por exemplo, na inquisição contra qualquer um que não proferisse a religião católica, nas cruzadas para a expansão da religião e consequentemente a tentativa de tomada da terra santa.

Inclusive era da cultura católica a escravidão que não somente ocorreu durante a colonização brasileira, mas é remontada a muito antes.

Nesse sentido sua Santidade, Paulo VI, dirigiu ao rei de Portugal a bula Dum Diversas, em que afirmou:

Nós lhe concedemos, por estes presentes documentos, com nossa Autoridade Apostólica, plena e livre permissão de invadir, buscar, capturar e subjugar os sarracenos e pagãos e quaisquer outros incrédulos e inimigos de Cristo, onde quer que estejam, como também seus reinos, ducados, condados, principados e outras propriedades... e reduzir suas pessoas à perpétua escravidão.

Nisso é baseado a tradição do brasileiro, que está inclusive assegurada pelas palavras do Santo Papa Paulo VI, e porque razão deveríamos negá-la?

Voltando então aos primórdios da humanidade onde a cultura sobrepõe a razão, o respeito, os Direitos Humanos, e a tolerância.

Como se não bastasse Hitler em sua doutrina na qual se embasou o nazismo, Mein Kampf aduz que:

Atacando a existência da cultura humana pela destruição do seu senhor, de acordo com a nossa filosofia, parece o pior dos crimes. Qualquer um que se atrever a por as mãos na imagem do Senhor comete sacrilégio contra o benevolente Criador em seu milagre e contribui para a expulsão do paraíso.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://ceticismo.net/comportamento/tipicos-erros-criacionistas/parte-02---etica-e-moralidade>>. Acesso em: 10 set. 2013.



Vê-se assim, que a era da cultura humana, conforme afirma Hitler, a manutenção da cruz durante a perseguição e morte de milhões, e sob a proteção da mesma o faziam, pois, qualquer um que atacasse a sua existência, ou seja, os descrentes ou de religião diversa a católica, cometia o pior dos crimes, sujeito deste modo a torturas, a prisão em campos de concentração.

Desse modo pessoas que conhecem tais acontecimentos históricos ao olhar para o crucifixo ligam imediatamente.

Ademais:

Indubitável que, durante séculos, as tradições cristãs sedimentaram fundamentos culturais gerais da sociedade, mas é possível separar tal herança dos conteúdos específicos da religião cristã ou de sua confissão (a incluir os atuais tiros e representações simbólicas) – uma confissão estatal com tais conteúdos, que submeta também a terceiros que entrem em contato com o Estado, afeta a liberdade religiosa. (WEIGARTNER NETO, 2007, p. 274)

O Estado tem o dever de buscar a Justiça Social, nenhum dos direitos constitucionais é absoluto, devendo a balança da Justiça ser utilizada, fazendo-se contar com a importância da cultura ou da integridade psicológica dos não católicos.

#### **9.4 A suposta fonte de inspiração**

Outro argumento ordinariamente usado é o da “fonte de inspiração” para os agentes públicos atuarem de maneira adequada.

Nesse sentido, Ives Gandra da Silva Martins Filho aduz:

No caso da magistratura, os valores cristãos se tornam ainda mais fortemente “fonte de inspiração” para as decisões, uma vez que “fazer justiça” é, de certo modo, usurpar um atributo divino. A justiça humana será tanto menos falha quanto mais se inspirar na Justiça Divina. (MARTINS FILHO, 2013)

Se a ostentação de tais símbolos for apenas para lembrar como a justiça humana é falha, há também inúmeros outros grandes absurdos da humanidade como, por exemplo, a morte de Joana D'arc na fogueira, a condenação de Galileu (por uma Igreja Católica), pois dizia que a Terra que girava em torno do Sol e não ao





contrário como apregoava a Igreja, bem como os absurdos causados durante a Idade Média (pela Igreja Medieval) e o nazismo.

Ocorre que, não se avistam nenhum dos símbolos para tais acontecimentos históricos em Tribunais.

Assim sendo, não há motivos para privilegiar uma injustiça particular (morte de Cristo), em face de inúmeras outras aberrações jurídicas.

O que não é observado também, é que certas religiões que apregoam e utilizam tal símbolo são contra outras religiões, bem como interferem no direito à cidadania sexual.

No momento em que a fonte de inspiração for advinda de um símbolo de uma determinada religião que é contra certos Direitos Humanos, como por exemplo, os reprodutivos e a liberdade sexual, tais direitos vão ser feridos. Portanto, verifica-se que na realidade a interpretação não deve ser outra senão, de que como não há lei que ampare a ostentação de tais símbolos nos órgãos públicos, a sua ostentação é ilegal, ao passo que fere vários preceitos constitucionais, pois está a se apoiar a maioria católico-cristã.

## 9.5 O laicismo

Em seu artigo sobre o tema, Fernando Capez afirma que atualmente há uma confusão entre Laico e Laicista, e que a tentativa de retirada dos símbolos religiosos prova isto, visto que o estado laico não se antepõe a símbolos de convicções religiosas.

Cita ainda um filósofo Frances Michel Villey, que afirma que:

Há uma clara e indesejável tendência nos sistemas jurídicos contemporâneos de conferirem à laicidade um conteúdo de antagonismo à religião, deturpando-a em puro laicismo, no qual a fé é desprezada e totalmente substituída pelo racionalismo profano. Nega-se a ressurreição de Cristo, bem como seus milagres relatados por testemunhas nos Evangelhos, porque tais fatos ofendem a razão mundana. Tudo o que não for possível demonstrar racionalmente, à luz da compreensão humana, não é científico, não é laico e, logo, se opõe ao Estado racional e moderno. (CAPEZ, 2009)



Relata ainda em seu texto que, “[...] a expressão laico não se opõe, nem repudia, mas antes, coexiste pacificamente com as religiões, sem molestá-las ou coibi-las”. (CAPEZ, 2009)

A afirmativa está correta, uma vez que o Estado brasileiro é laico e devido a tal princípio fundamental não pode opor-se, muito menos repudiar qualquer religião, posto que ele deve buscar cada vez mais uma maior igualdade religiosa e liberdade de crença.

Como já visto o laicismo se contrapõe a laicidade, o primeiro coibindo a liberdade religiosa e o seu exercício e o segundo busca a amplitude de direitos outros, inclusive no art. 19, inciso I, da Constituição Federal conhece a possibilidade de uma aliança entre o Estado e a Igreja, desde que respeitado os termos legais, e ainda houver interesse público.

Laicidade não se confunde com laicismo. Laicidade significa neutralidade religiosa por parte do Estado. Laicismo, uma atitude de intolerância e hostilidade estatal em relação às religiões. Portanto, a laicidade é uma marca da República Federativa do Brasil, e não o laicismo, mantendo-se o Estado Brasileiro em posição de neutralidade axiológica, mostrando-se indiferente ao conteúdo das ideias religiosas. (LENZA, 2013)

Nesse sentido, Daniel Sarmiento também estabelece que:

Estado Laico não significa Estado Ateu, pois o ateísmo não deixa de ser uma concepção religiosa. Na verdade, o Estado Laico é aquele que mantém uma postura de neutralidade e independência em relação a todas as concepções religiosas, em respeito ao pluralismo existente em sua sociedade. (SARMENTO, 2006. p. 308)

Tal posicionamento doutrinário, no sentido de não confundir Estado Ateu com Estado Laico, encontra-se demonstrado no Voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADPF 54 (sobre anencefalia).

Ao se exigir a retirada de tais símbolos de repartições públicas não torna o Brasil laicista, apenas o torna laico fora do papel, pois ao ostentar símbolos de uma determinada religião no Estado, está apontando qual religião é a certa perante o Estado, e nenhuma deve ser a certa, todas devem ser igualmente respeitadas.



Ademais, o Estado não impedirá as pessoas utilizarem de tais símbolos, ou o adorarem, pois eles estão protegidos tanto pela laicidade estatal como pela liberdade religiosa, apenas não demonstrará sua posição em repartições públicas aonde vão pessoas de toda e qualquer religião, portanto não há que se falar em laicismo.

O Estado brasileiro busca a amplitude da liberdade religiosa, não podendo manter nenhum tipo de vínculo, muito menos favorecer nenhuma das religiões presentes no nosso país, mesmo aquela que seja a religião majoritária.

## 9.6 Força do preâmbulo constitucional

Quanto ao Preâmbulo Constitucional, que invoca a proteção de Deus, e que está assim expresso:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (grifo nosso)

Relata a Juíza Federal na Ação Civil Pública sobre o tema dos símbolos religiosos em repartições públicas, que:

Inobstante o Preâmbulo da Constituição Federal não ter força normativa [...], o Preâmbulo de nossa Constituição Federal é definido como documento de intenções da Lei Maior, representando a proclamação de princípios que demonstra suas justificativas, objetivos e finalidades, servindo de fonte interpretativa para dissipar as obscuridades das questões práticas e de rumo para o governo e a sociedade. (Ação Civil Pública nº 2009.61.00.017604-0. Juíza Titular, Dra. MARIA LUCIA LENCASTRE URSAIA)

Ou seja, aduz que havendo obscuridade do governo e da sociedade cabe a interpretação do preâmbulo quanto a parte de “sob a proteção de Deus”, portanto é cabível a utilização dele para a manutenção dos símbolos em repartições públicas.



Aponta que, “desta forma, o legislador constituinte, invocando a proteção de Deus ao promulgar nossa Constituição Federal, demonstrou profundo respeito ao Justo para conceber a sociedade justa e solidária a que se propôs”. (Ação Civil Pública nº 2009.61.00.017604-0. Juíza Titular, Dra. MARIA LUCIA LENCASTRE URSAIA)

Ocorre que há discussões no que diz respeito ao valor jurídico do preâmbulo. Nas leis ordinárias, considera-se que o título e eventual preâmbulo não possuem força normativa.

Segundo Kildare, “os princípios consubstanciados no preâmbulo terão relevância jurídica se o texto normativo da Constituição exigir clarificação ou integração”. (CARVALHO, 2005, p. 353)

Canotilho, afirma ainda que haverá casos em que o preâmbulo não apresentara relevância jurídica, pois “as normas da Constituição consomem todas as afirmações nele contidas (com a vantagem de revelarem uma maior riqueza ideológica do que as fórmulas assépticas empregadas no texto preambular)”. (CANOTILHO apud CARVALHO, 2005, p. 353)

Todavia a constituição brasileira, além dos princípios inerentes a laicidade do Estado, traz o próprio princípio da laicidade, não havendo qualquer omissão, portanto incabível a interpretação preambular em favor da Proteção de um Deus, e não de toda a manifestação ou descrença religiosa.

Em todas as constituições estaduais a realidade da proteção se repetiu, com exceção da Constituição do Estado do Acre, que não continha a expressão em primeiro momento. Devido tal omissão o Partido Social Liberal buscou perante o Superior Tribunal Federal questioná-la.

O STF, declarou na ADI 2.076-AC, na qual foi relator o Ministro Carlos Velloso, sobre a questão que há irrelevância jurídica do preâmbulo, e assinalou que a invocação da “proteção de Deus” não é norma de reprodução obrigatória, não tendo força normativa.

Por todo exposto, podemos afirmar que o preâmbulo não tem relevância jurídica, não tem força normativa, não cria direitos ou obrigações, não tem força obrigatória, servindo apenas, como norte interpretativo das normas constitucionais. [...]. Conforme visto, o Brasil é um país leigo, laico ou não



confessional, lembrando que Estado Laico não significa Estado Ateu. (LENZA, 2013, p. 177)

Mesmo que a tese da plena eficácia do preâmbulo prevalecesse, a qual aduz haver a mesma eficácia jurídica das normas constitucionais, a interpretação normas constitucionais encontra-se limitada.

Assim, embora, em princípio, a interpretação constitucional caracterize um processo informal de mudança de sentido da Constituição, essa atividade encontra-se limites no programa da norma constitucional, insuscetível de alteração, pois se devem preservar os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da Constituição. (CANOTILHO apud CARVALHO, 2005, p. 254)

Portanto, deve-se interpretar a Carta Magna preservando os princípios estruturais básicos do país, ou seja, a laicidade estatal, a impessoalidade e a legalidade em que a administração pública está sujeita, a liberdade religiosa, a isonomia da população independente de crença, raça etc.

Na realidade a Assembleia Nacional Constituinte foi extremamente infeliz ao invocar a proteção divina, afinal excluiu o que nele não acredita, ou ainda os que acreditam em vários deuses entre outros, e agora querer-se utilizar tal expressão para justificar a manutenção dos símbolos, é um erro ainda maior, ou será que o Brasil é um país laico graças a Deus? Ou seja, laico apenas utopicamente, ferindo direitos fundamentais de envergadura ímpar a serem amparados pelo nosso Estado Democrático de Direito e conseqüentemente seu povo nacional.

## 10 CONCLUSÃO

O presente artigo procurou, de maneira sucinta, dialogar sobre a ostentação de símbolos religiosos em espaços públicos dentro de um Estado que se denomina laico, ou seja, que busca a separação e o impedimento de intervenção do Estado sobre a religião.

A laicidade busca proteger de maneira abrangente a liberdade religiosa e as suas vertentes, uma vez que, o Estado não tem preferência religiosa devendo manter-se neutro a toda e qualquer religião.



Num Estado laico, não se pode impor qualquer religião, nem mesmo de forma implícita, como o faz o Estado brasileiro, ostentando símbolos católicos, advindo desde o período romano.

Nota-se claramente que ao Estado não é concedido o direito de manter símbolos religiosos, sejam eles quais forem, em lugares ou ambientes públicos em respeito ao direito de igualdade, ao princípio da legalidade, da impessoalidade, entre outros.

Um Estado Democrático de Direito deve buscar por garantir também os direitos das minorias, afinal, ninguém se torna menos religioso, ou menos crente em sua fé, por respeitar os direitos, mas querer-se misturar direito e religião, ou ainda impor a crença de qualquer forma, isso sim ferirá os direitos e atentará contra a Justiça.

Afinal, se os cidadãos brasileiros vivem em uma realidade, onde a maioria da população brasileira é cristã-católica, mais acentuado é a necessidade do Estado se manter neutro diante das posições religiosas, buscando defender as minorias, sendo o primeiro a sair em defesa da harmonia que deve haver dentro das várias ideologias e religiões existentes dentro de seu território.

E, se o Estado é a reunião de pluralidade de etnias, crenças e culturas, representado pelo seu povo nacional, estaria pelas vias de ostentação de símbolos, excluindo por si só uma minoria não católica, mas, ao mesmo tempo um grande número de seus nacionais, o que não deveria fazê-lo.

A minoria não merece trato diferenciado, afinal, não ter seu símbolo ostentado na mesma repartição pública, já leva a um trato diferenciado.

Ademais, a liberdade de crença é de foro inviolável, não só de crença, mas, igualmente de consciência, portanto, intocável, onde nem mesmo o Estado tem o direito de interferir nem tampouco embaraçar mediante a simples exposições de símbolos.

No caso em testilha a minoria está sendo claramente agredida, vez que ninguém deve ser obrigado a olhar para símbolos religiosos em locais que deveriam respeitar o princípio administrativo da impessoalidade e da legalidade, e da liberdade religiosa.





Ao ostentar tal símbolo é certo de que se está favorecendo certa religião e incitando intolerância e supremacia da maioria.

Há ainda a exclusão de negatória de ordem religiosa, ante ao confronto visual de símbolos religiosos muitas vezes não coincidentes com aqueles de foro íntimo.

Nota-se claramente que o que busca aqui não é a intervenção do Estado em impedir a utilização de tais símbolos no âmbito privado e no exercício de seus cultos e liturgias, ambos protegidos constitucionalmente, mas sim buscar por todos os meios que todos exerçam sua fé de forma livre e harmônica, e para isso o Estado não pode pender para uma religião específica.

A laicidade do Estado busca caminhar juntamente com a liberdade religiosa e não se opor a ela.

O Estado exprimindo crença de seus agentes em espaços públicos fere a liberdade religiosa do indivíduo que busca os poderes estatais para a resolução de problemas com total isonomia e impessoalidade entre as partes, independente da religião.

## REFERÊNCIAS

- ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos Direitos dos Povos**. 11. ed. São Paulo: Ícone, 2006.
- ARAUJO, Aline Rocha Bieites de apud GALDINO, Elza. **Estado sem Deus: a obrigação da laicidade na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samanta Ribeiro. apud GALDINO, Elza. **Estado sem Deus: a obrigação da laicidade na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- CAETANO, Marcelo apud CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes apud MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CAPEZ, Fernando. Laicidade não significa hostilidade contra a fé. **Conjur**, 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-01/nao-religiao-oficial-nao-significa-hostil-crencas>>. Acesso em: 10 set. 2013.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.



- CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito: Geral e Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- DUARTE, Carlos apud GALDINO, Elza. **Estado sem Deus: a obrigação da laicidade na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- DURKEIM, Émile apud OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **A Proteção Constitucional e Internacional do Direito à Liberdade de Religião**. São Paulo: Verbatim, 2010.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Estado laico não é ateu**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/boletim da enfam/article/viewFile/1635/1629>>. Acesso em: 12 set. 2013.
- GALDINO, Elza. **Estado sem Deus: a obrigação da laicidade na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GASSEN, Valcir. A natureza histórica da instituição do direito de Propriedade. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- HUACO, Marco. A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). **Em defesa das Liberdades Laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MALHEIRO, Emerson Penha. **Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Academia, 2011.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- NASPOLINI, Samya Haydêe. Aspectos Históricos, políticos e legais da inquisição. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- NETO, Francisco Quintanilha Vêras. Direito Romano Clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **A Proteção Constitucional e Internacional do Direito à Liberdade de Religião**. São Paulo: Verbatim, 2010.
- PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Direito e sociedade no oriente antigo: Mesopotâmia e Egito. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SANTOS, Rogério Dutra dos. A institucionalização da dogmática jurídico-canônica medieval. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). **Em defesa das Liberdades Laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.



SOUZA, Raquel de. O Direito Grego antigo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.  
WEIGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.



# A NOVA DEFINIÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO E SUA RELEVÂNCIA NA CONSECUÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA<sup>1</sup>

THE NEW DEFINITION OF CONCENTRATION ACTS AND ITS  
RELEVANCE TO THE CONCRETION OF THE CONSTITUCIONAL  
PRINCIPLES OF FREE INITIATIVE AND FREE COMPETITION

*Eduardo Silveira Frade<sup>2</sup>*

*Hertha Urquiza Baracho<sup>3</sup>*

## Resumo

O presente estudo se propõe a discutir a nova definição dos atos de concentração, dada pela Lei 12.529/2011, e sua relevância para a consecução dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência. Assim, parte-se inicialmente de uma análise constitucional destes princípios, em seguida toma-se uma análise das novas noções de concentração dadas a partir da Lei 12.529/2011, demonstrando suas inovações para, por fim, discutir sua relevância para a livre concorrência e livre iniciativa. Para tanto, toma-se um enfoque interdisciplinar, adotando-se metodologia analítico-descritiva, bem como abordando-se conceitos essenciais à compreensão do tema.

**Palavras-chave:** Atos de concentração; livre iniciativa; livre concorrência; Lei 12.529/2011.

<sup>1</sup> Artigo recebido em 14/05/2014, pareceres submetidos em 26/05/2014 e 08/08/2014 e aprovação comunicada em 18/08/2014.

<sup>2</sup> Acadêmico de Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – Unipê. Graduando em Relações Internacionais pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Pesquisador do Projeto de Iniciação Científica: Constituição, propriedade, desenvolvimento e cidadania ambiental, desenvolvido sob a coordenação da professora Doutora Hertha Urquiza Baracho. Pesquisador voluntário do Projeto de Iniciação Científica: Terra e Sustentabilidade, sob a coordenação do professor Doutor José Ferreira de Andrade. E-mail: <eduardosfrade@hotmail.com>

<sup>3</sup> Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1993). Professora Associada III da Universidade Federal da Paraíba (aposentada). Atualmente é Professora Titular do UNIPÊ e Professora Colaboradora da UFPB, atuando principalmente nos seguintes temas: constituição, desenvolvimento, propriedade e meio ambiente.



## Abstract

This paper discusses the new definition of concentration acts, instituted by Law 12.529/2011, and its relevance to the concretion of the free initiative and free competition principles. The paper begins with a constitutional analysis of these principles, and follows with the study of the new notions of concentration acts, according to the Law 12.529/2011, pointing its innovations. In conclusion, the paper discusses its relevance to free competition and free initiative. The approach is based on an interdisciplinary focus and a descriptive-analytical methodology, as well as conceptualizing essential terms to the comprehension of the object of this paper.

**Keywords:** Concentration control; free initiative; free competition; Law 12.529/2011

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Brasileira, em seu artigo 170, atesta os princípios orientadores da Ordem Econômica nacional, sendo estes, pois, essenciais à manutenção do Estado, na medida em que consolidam as bases perante as quais se fundamenta o Estado pátrio, dando-lhe a segurança jurídica necessária para o desenvolvimento das relações jurídicas, que permeiam a vida em coletividade.

Entre os princípios adotados para à manutenção da Ordem Econômica nacional, encontram-se a livre iniciativa e a livre concorrência, sendo estes comumente analisados de modo atrelado, na medida em que a segunda busca distorcer a desigualdade porventura oriunda da ampla liberdade de iniciativa concedida aos cidadãos.

Destarte, visando tutelar os objetivos juridicamente elencados como fundamentais à Ordem Econômica, ou mesmo da própria República, o Estado nacional, por meio da Constituição Federal de 1988, autoriza que sejam defendidos os preceitos da livre iniciativa e livre concorrência.

Em razão da defesa destes fundamentos jurídicos foram editadas diversas legislações antitrustes, sendo a mais recente delas promulgada em 30 de novembro de 2011, a Lei 12.529, sucessora, pois, da Lei 8.884/1994.

À nova Lei antitruste coube, além de reestruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tratar sobre as condutas capazes de causar-lhe efeitos nocivos, aplicando-lhe sanções de ordem administrativa, amparadas no devido processo legal. Neste cerne, importante frisar, que tal dispositivo adota novas



significações aos atos de concentração econômica sujeitos à apreciação pelo Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), modificando, assim, os requisitos vigentes à Lei 8.884/1994.

O presente artigo tem, pois, o escopo de discutir a nova conceituação dos atos de concentração passíveis de serem analisados pelo Cade, analisando-a como meio de efetivação dos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, buscando assim atestar qual a relevância destas modificações para a tutela destes preceitos. Salienta-se que para tanto, fora utilizada como metodologia o método analítico, sendo o referencial bibliográfico a principal técnica de pesquisa utilizada.

## **2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA**

### **2.1 A evolução destes preceitos nas constituições brasileiras**

A liberdade de iniciativa fizera guarida nas Constituições brasileiras desde a época do Império, quando previa aquela Carta Magna:

Art. 179, XXIV: Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, a segurança, e saúde dos Cidadãos (BRASIL, Constituição, 1824)

Observa-se assim que a tutela da livre iniciativa tem, pois, berço na primeira das Cartas Magnas nacionais. Outrossim, tendo se perpetuado na Constituição que lhe sucedera, ou seja, na primeira das constituições republicanas, isto em 1889, senão vejamos:

Art. 72, § 24: É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial (BRASIL, Constituição, 1889)

A Constituição Federal de 1934, por sua vez, em seu artigo 115, tratou de delimitar a liberdade econômica, contudo, sem definir aquilo que se faria conhecido por liberdade de iniciativa, bem como não determinando a tutela da livre





concorrência. Em verdade apresentava somente delimitações genéricas dos institutos, sem, contudo, trazer-lhes a objetividade jurídica necessária a sua efetividade, conforme depreende-se:

Art. 115: A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. (BRASIL, Constituição, 1934)

Percebe-se, portanto, que existia neste período certa compreensão acerca da necessidade de tutela da livre iniciativa e da livre concorrência, contudo, nenhum destes apresentava-se, ainda, positivado, embora estivessem se demonstrado precipuamente compreendidos.

Somente em 1937, por meio da Constituição Polaca, é que a liberdade de iniciativa e a livre concorrência ganharam melhores contornos, uma vez que esta tratou em definir a “iniciativa individual” como “poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo”, bem como assegurou que a intervenção do Estado na economia dar-se-ia apenas para corrigir distorções, atuando de modo a estimular-lhe ou controlar-lhe. Assim preleciona o artigo 135 desta Carta Magna:

Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta. (BRASIL, Constituição, 1937)

Destarte, a Constituição de 1937 apresenta significações que serviriam de base para a determinação daquelas vindouras, na medida em que inaugurara a necessidade de delimitação da intervenção Estatal, uma vez que este deveria sim atuar no mercado, seja de maneira direta ou indireta, contudo, esta atuação devendo ser delimitada aos interesses da Nação, bem como objetivando “suprir as deficiências da iniciativa individual”.



Contudo, até a promulgação da Carta Magna de 1946, não se havia previsão expressa quanto à tutela da livre concorrência ou dos controles de abuso de poder. Desta sorte, ainda não haviam mecanismos efetivos de controle e reprimenda destes institutos. Neste sentido, destaca Fernando Herren Aguillar:

Até a Constituição de 1946 não houve previsão constitucional em relação à disciplina da concorrência ou ao abuso de poder econômico. Apenas se regulou a hipótese de monopolização pelo Estado de atividades econômicas no art. 116 da Carta Magna de 1934 e a proteção da economia popular, no artigo subsequente, e no art. 141 da CF de 1937. Somente com o art. 148 da Constituição de 1946 é que se dispôs que a “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico”. E especificava que, dentre essas formas, estavam as uniões ou agrupamentos de empresas que tivessem por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. (AGUILLAR, 2009, p. 259)

Percebe-se, portanto, o marco desta Constituição Federal na tutela da livre concorrência, em especial, na medida em que dispôs acerca da possibilidade de reprimenda do Estado, diante da constatação de abuso de poder.

Contudo, a referida Carta Magna não apresentou a definição de abusos de poder, impondo, pois, à legislação complementar e à doutrina o papel de determinar tal expressão.

Somente com a Constituição Federal de 1967, por meio de seu art. 157, posteriormente remunerado para 160 em razão da emanada nº 1 de 1969, que foram determinados como princípios regentes da ordem econômica, aqueles preceitos essenciais à sua manutenção. Senão vejamos:

Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:  
I - liberdade de iniciativa;  
II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;  
III - função social da propriedade;  
IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;  
V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e  
VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo. (BRASIL, Constituição, 1967)



Observa-se que, com este texto normativo, a liberdade de iniciativa passou à posição de princípio fundamental da ordem econômica, bem como a livre concorrência, embora ainda não assim compreendida, uma vez que o inciso V supracitado apresenta como princípio a repressão ao abuso de poder econômico.

Em verdade, a livre iniciativa e livre concorrência, especialmente a segunda, somente ganham maior significação e projeção com a Constituição Federal de 1988. Não obstante ela ter se realizado sob a influência de suas antecessoras, ela constitui um marco na defesa destes princípios, conforme se fará exposto.

## 2.2 A tutela da livre iniciativa e da livre concorrência na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 traz nova expressão à defesa da livre iniciativa e da livre concorrência, ressaltando, inclusive, a liberdade de iniciativa como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, ou seja, pondo-o como condição *si ne qua non* para a existência do Estado nacional, tal qual conhecemos. Neste sentido, cumpre esclarecer sua importância:

A consagração da liberdade de iniciativa, como primeira das bases da ordem econômica e social, significa que é através da atividade socialmente útil a que se dedicam livremente os indivíduos, segundo suas inclinações, que se procurará a realização da justiça social e, portanto, do bem-estar social. (FERREIRA FILHO, 1995, p. 3)

Assim como bem acentuou Ferreira Filho, tem-se o papel primordial da livre iniciativa enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito. Contudo, a livre iniciativa também fora determinada como fundamento da Ordem Econômica nacional. Neste sentido, pode-se dizer, em concordância com José Afonso da Silva, que fora determinado o capitalismo no Estado brasileiro, “pois a livre iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista” (SILVA, 1999, p. 742)

Ademais, acerca da importância da livre iniciativa destacam Araújo e Nunes Júnior:

Erigida à condição de fundamento da ordem econômica e simultaneamente princípio constitucional fundamental (CF, art. 1, IV), a livre iniciativa



constitua uma das mais importantes normas de nosso ordenamento jurídico constitucional. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 374)

Assim, conforme acentuam os autores, tem-se por patente o papel da defesa da livre iniciativa para o Estado brasileiro, ressaltando-se, assim, o papel primordial da defesa deste preceito constitucional como essencial à manutenção do Estado. Ademais, cumpre destacar também, o duplice grau de importância dado à este princípio, na medida em que se faz presente tanto na percepção da ordem econômica, como na perpetuação do próprio Estado, conforme demonstra o artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

Todavia, para que se possa conjecturar a livre iniciativa tal qual observada, há que se entenda-la em sentido amplo, como bem assevera André Ramos Tavares:

A livre-iniciativa de que fala a Constituição há de ser, realmente, entendida em seu sentido amplo, compreendendo não apenas a liberdade econômica, ou liberdade de desenvolvimento de empresa, mas englobando e assumindo todas as demais formas de organização econômicas, individuais ou coletivas, como a cooperativa (art. 5º, XVIII, e art. 174 §§3º e 4º), e a própria liberdade contratual e comercial. (TAVARES, 2011, p. 235).

Neste diapasão percebe-se, pois, que André Ramos Tavares em muito corrobora com o teor dado por Cristiane Derani à significação deste princípio, senão vejamos:

A liberdade de iniciativa econômica no mercado possui conteúdo ambíguo. Ela designa tanto a liberdade de empresa, como liberdade de acesso ao exercício de profissões (liberdade contratual). Subtende igualmente liberdade contratual, que permite ao agente econômico produzir, comprar, vender, fixar preço, quantidades em função de sua vontade, limitada pela reciprocidade contratual. (DERANI, 2000, p. 174)

No sentido dado por estes autores, em relação à liberdade contratual cumpre esclarecer e asseverar sua pluridimensionalidade, conforme apontados por Tavares:

A liberdade de contratar envolve: 1) faculdade de ser parte, em um contrato; 2) a faculdade de se escolher com quem realizar o contrato; 3) a faculdade de se escolher o tipo de negócio realizar; 4) a faculdade de fixar o conteúdo do contrato segundo as convicções e conveniências das partes; e, por fim, 5) o poder de acionar o Judiciário para fazer valer as disposições



contratuais (garantia estatal de efetividade do contrato por meio de coação). (TAVARES, 2011, p. 236).

Ademais, acerca da liberdade subjetiva inerente ao princípio da livre iniciativa, resume André Ramos Tavares:

Assim, sinteticamente, é possível estabelecer a liberdade de iniciativa no campo econômico como constituída pela liberdade de trabalho (incluídos o exercício das mais diversas profissões) e de empreender (incluído o risco do empreendimento: o que produzir, quanto produzir, qual o preço final), conjugada com a liberdade de associação, tendo como pressupostos o direito de propriedade, a liberdade de contratar e comercial. (TAVARES, 2011, p. 237)

Ato contínuo há que se destacar que a livre iniciativa é condição essencial para que seja lograda a livre concorrência, como bem observa Celso Ribeiro de Bastos:

Só pode existir livre concorrência onde há livre iniciativa. O inverso, no entanto, não é verdadeiro – pode existir livre iniciativa sem livre concorrência. Assim, a livre concorrência é algo que se agrega a livre iniciativa (BASTOS, 2000, p. 455)

Por esta razão percebe-se porque muitas vezes estes princípios constitucionais são empregados como sinônimos, todavia havendo que se convir que, em linhas gerais, não devem ser confundidos, na medida em que “a livre iniciativa correlaciona-se com a manutenção das possibilidades reais de acesso e exercício de atividade econômica pelos indivíduos, como garantia de sua liberdade econômica. A livre concorrência refere-se às possibilidades destes agentes de disputarem as preferências do consumidor no mercado de consumo”. (NUSDEO, 2002, p. 234)

A livre concorrência também encontra amparo constitucional, sendo classificado à ordem de um dos princípios regentes da ordem econômica, conforme classifica o artigo 170, *caput*, da Constituição Federal. Acerca do significado do vocábulo *concorrência*, leciona Carlos Barbieri Filho:

Concorrência é disputar, em condições de igualdade, cada espaço com objetivos lícitos e compatíveis com as aspirações nacionais. Consiste, no



setor econômico, na disputa entre todas as empresas para conseguir maior e melhor espaço no mercado. (BARBIERI FILHO, 1984, p. 119)

Compreende-se, portanto, a livre concorrência, na existência de um mercado sem entraves, em que seja possível aos atores da ordem econômica, notadamente às empresas, desenvolverem suas potencialidades e atividades, objetivando maiores espaços no mercado.

Ademais, a proteção da livre concorrência tem o escopo de trazer benefícios a diversos sujeitos atuantes na ordem econômica, pois “suas vantagens alcançam o consumidor, o fornecedor, o mercado e a sociedade”. (SANTIAGO, 2008, p. 30)

Em linhas gerais, percebe-se que, com a tutela deste princípio, os consumidores conseguem os produtos com o menor preço possível, os fornecedores conseguem ampla liberdade em empreender sua atividade econômica, o mercado alcança maior eficiência e a sociedade consegue alcançar maior igualdade<sup>4</sup>. Ademais, acerca desta multiplicidade de benefícios alcançados com a defesa da livre concorrência, leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

A livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a preço mais baixo. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração do poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada. (FERRAZ JÚNIOR, 1989)

Diante do exposto, cumpre ressaltar que o dever de interpretação conjunta do princípio da livre concorrência com os demais positivados no ordenamento pátrio, pois, em geral este serve como princípio meio para a consecução dos demais. Em razão da alta valoração semântica deste preceito, e da sua necessidade de interpretação conjunta aos demais princípios da ordem econômica expressos na Carta Magna de 1988, assevera Diego Bonfim:

O princípio da livre concorrência não deve ser interpretado em desacordo com o restante do ordenamento jurídico, sob pena de, em razão única da

<sup>4</sup> Neste ponto há que se destacar que a livre concorrência corrobora, pois, com a consecução dos valores objetivados no art. 5º da Constituição Federal de 1988.





carga semântica da expressão, se extrair um sentido absolutamente distorcido dos valores constitucionais por ele preservados. (BOMFIM, 2011, p. 173).

Neste diapasão, acerca da distinção entre livre iniciativa e livre concorrência, cumpre esclarecer que “o princípio da livre concorrência assume um caráter instrumental ao princípio da livre iniciativa, na medida em que constitui um dos elementos a balizar seu exercício” (NUSDEO, 2002, p. 237)

Neste ponto, destaca-se que o princípio da livre concorrência apresenta-se como princípio meio para a consecução da livre iniciativa e demais preceitos essenciais à justiça social, uma vez que somente com a presunção da livre concorrência é que a livre iniciativa poderia beneficiar toda a coletividade.

### 3 O PAPEL DO PROMOCIONAL DO ESTADO NO QUE TANGE À LIVRE CONCORRÊNCIA

A função promocional do Estado em relação à livre concorrência dá-se em duas vertentes: de maneira positiva ou negativa, conforme leciona Luciano Sotero Santiago:

A primeira, de *eficácia positiva*, autoriza a adoção pelo Estado de meios necessários para a concretização, efetivação e realização da livre concorrência, permitindo, inclusive, a intervenção estatal para obrigar o poder privado econômico a respeitar e promover a livre concorrência (...) A segunda, de *eficácia negativa*, coíbe e reprime os abusos praticados no mercado, proibindo a emanção de normas, atos, práticas comerciais, cláusulas contratuais, ou políticas econômicas, públicas ou privadas, que contrariem a livre iniciativa, sob pena de violação da Constituição. (SANTIAGO, 2008, p. 50)

Ademais, corrobora com o exposto André Ramos Tavares, asseverando o papel positivo do Estado na tutela da livre concorrência:

A livre concorrência, longe de exigir uma absoluta abstenção do Estado, está exatamente a impor uma intervenção (normativa e fiscalizadora) deste, no sentido de garantir que no mercado permaneça a liberdade geral, que poderia estar sendo tolhida pelo poder de algum agente econômico. (TAVARES, 2011, p. 258)



Observa-se, portanto, que os autores discorrem acerca da significação semântica dado ao art. 173, § 4º da Constituição Federal, que afirma categoricamente que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Salienta-se, todavia, que a Constituição Federal não atribui ilicitude ao exercício de poder econômico, posto que esta é condição, via de regra, decorrente do sucesso da empreitada comercial. A ilicitude reside no abuso de poder econômico, geralmente associado à dominação dos mercados.

Acerca da expressão “abuso de poder econômico” e sua significação, descreve Calixto Salomão Filho:

A expressão ‘abuso de poder econômico’ entendida como desvio de função do poder, sem dúvida significa uma conduta estratégica visando à obtenção de efeitos anticoncorrenciais (dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros). (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 416)

Assim, pode-se perceber doutrinariamente o teor objetivado pelo legislador pátrio ao buscar reprimir o abuso de poder econômico, uma vez que não fora positivada no texto constitucional a significação preterida.

A conceituação de dominação de mercados, contudo, não se permeia de definição positiva, uma vez que deve ser relativizada, conforme se depreende:

A participação no mercado, por si só, não é indício definitivo de dominação dos mercados. Sua avaliação depende fundamentalmente da estrutura específica de cada mercado. Se o setor for monopolizado e a conduta em análise colaborar na criação de um oligopólio, a avaliação deve ser, basicamente, positiva. (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 423).

Assim, conclui, pois, o supracitado doutrinador:

Não é preciso definir o que significa, econômica e/ou matematicamente ‘dominação dos mercados’, com todas as dificuldades imanentes a essa definição. *Dominação dos mercados*, como efeito potencial, pode identificar à limitação efetiva da concorrência. (SALOMÃO FILHO, 2013, p.425)



Desta sorte, compreende-se que não se faz imperiosa a definição de dominação de mercado, adotando-se, para tanto, critérios positivados, pois, em verdade, deve-se relativizar o referido conceito, atentando para seus efeitos e não para a sua forma, uma vez que cada segmento do mercado é dotado de peculiaridades que o distinguem e singularizam.

Assim, não necessariamente uma dominação de mercados terá como consequência a eliminação da concorrência, podendo, ao revés, incentivá-lo. Desta feita, cumpre reiterar, deve-se combater o abuso de poder econômico, inobstante esta condição estar, em geral, associada à dominação de mercados.

Imperioso também destacar que o legislador pátrio utiliza, no art. 173, § 4º da Constituição Federal, a expressão “aumento arbitrário dos lucros”, pois este seria o resultado objetivado pelos transgressores, diante do exercício de “abuso de poder”.

Desta feita, conclui-se que a Constituição Federal busca, no dispositivo supracitado, reprimir quaisquer formas de se eliminar a concorrência, autorizando o Estado à reprimenda de quaisquer condutas anticoncorrenciais em razão de seu resultado, desta sorte tutelando o princípio da livre concorrência.

#### **4 A NOVA DEFINIÇÃO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 12.529/2011**

A concentração econômica pode ser resumida, nos dizeres de José Julio Borges da Fonseca, ao “aumento da riqueza em poucas mãos” (FONSECA, 1995, p.84). De fato, o acúmulo de riquezas pode ser compreendido como efeito e consequência das concentrações, contudo, no direito antitruste ou concorrencial, este termo tem sido empregado para designar atos de coligação entre empresas, tendo em vista à dominação dos mercados e/ou eliminação da concorrência e, conseqüentemente, o aumento arbitrário dos lucros. Neste sentido, Nuno T. P. Carvalho define as concentrações:

Concentração de empresas é todo ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e ativos,



que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial. (CARVALHO, 1995, p. 91-92)

Assim, percebe-se que na realização de um ato de concentração existem, em um primeiro momento, dois agentes dotados de autonomia decisória. Posteriormente, tais centros decisórios se unificam em um só partícipe ou em um novo ente, tendo ocorrido modificação na estrutura proprietária ou de gestão de, no mínimo, um dos partícipes.

Visando regular esta atividade, foram editadas diversas legislações nacionais e internacionais. Embora não haja consenso doutrinário acerca do início desta regulação, na medida em que alguns doutrinadores, à exemplo Paula A. Forgioni, defendam que a história mundial demonstrou, desde à época da Antiguidade Grega que se “havia regulamentação dos monopólios, de forma a gerar para o governo receitas consideráveis” (FORGIONI, 2013, p.37), certo é que o *Sherman Act* – a primeira lei antitruste americana – fora um marco “numa tentativa coibir os problemas relacionados ao abuso de poder econômico” (GABAN e DOMINGUES, 2012, p. 65). Neste diapasão destaca Moniz Bandeira:

Neste panorama, a concorrência passou a ser vista como primordial para o sistema econômico e exigiu uma atuação do Estado para eliminar as distorções que poderiam ser causadas ao sistema. Desse modo, o *Sherman Act* tornou-se o núcleo de toda a atividade antitruste nos EUA e serviu como base para a legislação de outros países, como a do próprio Brasil. (BANDEIRA, 1979, p. 3)

Desta feita, influenciado pelas diversas legislações antitrustes incipientes ao redor do mundo, e, notadamente, no *Sherman Act* estadunidense, o Estado brasileiro editou diversas legislações de mesmo teor, visando assim reduzir as possíveis disparidades resultantes da concentração de poder econômico e de seu abuso.

No Brasil, a defesa da concorrência efetiva-se através de legislações infraconstitucionais e tem seu marco inicial no ano de 1962, quando fora editada a Lei 4.137, inspirada no Projeto de Lei 122, de 1948, cuja autoria credita-se ao deputado Agamenon Magalhães. Notadamente, tendo esta Lei, em seu art. 8º,



criado o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica - encarregado da apuração e repressão ao abuso de poder econômico.

Observa-se, contudo, que neste período ainda não existia uma definição patente acerca de atos de concentração, sendo estes compreendidos através de seus efeitos, resultantes no abuso de poder econômico, conforme esclarece-se:

[...] cumpre esclarecer que, num primeiro momento, a promulgação de uma lei de repressão ao abuso de poder econômico tinha o escopo de apenas limitar os efeitos autodestrutíveis do próprio mercado, preservando-o. E também constante a referência à proteção ao consumidor, ou melhor, aos prejuízos que são impostos à população em decorrência do abuso de poder econômico e que deveriam ser neutralizados pela promulgação de uma lei antitruste. (FORGIONI, 2013, p. 109)

Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro somente apresentou expressa definição acerca do que seriam atos de concentração com o advento da Lei 8.884/94. Na vigência desta lei, eram considerados atos de concentração aqueles que, “sob qualquer forma manifestados, pudessem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços”, conforme consta em seu artigo 54.

Entrementes, observa-se que a lei 8884/94 não apresentava clareza na definição dos atos de concentração, na medida em que não discorria sobre o conceito de mercado relevante, inobstante este dever ser compreendido de acordo com o contexto em que estivesse inserido. De outra feita, não apresentava objetividade acerca de como se dariam os atos capazes de eliminar ou prejudicar a livre concorrência. Assim não demonstrava os critérios essenciais para que se operasse a atuação do Cade na reprimenda destas condutas.

Ademais, se discutia se deveria ser preenchido tão somente um dos requisitos ou os dois simultaneamente, conforme assevera Cordovil [et. al.]

Houve quem defendesse a não obrigatoriedade de submissão de negócios jurídicos, ainda que preenchido ao menos um dos critérios de submissão do Cade, por não ser, segundo a avaliação das partes, tal ato capaz de gerar efeitos negativos à concorrência. Afirmava-se tratar de um ato ‘pró-competitivo’ e, portanto a análise do Cade seria desnecessária. (CORDOVIL, et al, 2011, p. 202).



Destarte, em 30 de novembro de 2011, fora editada a Lei 12.529/2011 que, dentre outras feitas, buscou eliminar essa obscuridade e trazer maior segurança jurídica à análise dos atos de concentração, redefinindo os atos de concentração passíveis de serem analisados pelo Cade, na medida em que, categoricamente, afirma em seu artigo 90, como se operaram tais atos. *In verbis*:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes. (BRASIL, República Federativa. Lei 12.529, 2011)

Assim, constata-se facilmente maior clareza do que seriam os atos de concentração, sujeitos à análise do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), pois “a lei identifica quatro hipóteses: fusão (inciso I), aquisição de controle por diversas formas (inciso II), incorporação (inciso III) e formação de *joint venture*, consórcio ou associação (inciso IV)”. (SALOMÃO FILHO, 2013, p.321)

O inciso I refere-se a operações de fusão de empresas, verificada quando duas empresas anteriormente independentes se fundem “para formar uma sociedade nova, que lhes sucederá em direitos e obrigações”, conforme os termos do art. 228 da Lei 6.604, de 1976, também conhecida como “Lei das Sociedades Anônimas”.

O inciso II, por sua vez, trata de aquisição direta ou indireta, de participações societárias ou de ativos de terceiros, tangíveis ou intangíveis, sendo estes:

Operações mediante as quais uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma empresa. Incluem-se, portanto, nos atos de concentração a aquisição de: controle direto ou indireto de empresas;





participações minoritárias; de direitos de propriedade industrial, tais como patentes, *know how*, desenhos industriais, etc.; ativos físicos, tais como maquinários. (FORGIONI, 2013, p. 398).

A incorporação de empresas está prevista no inciso III, sendo que tal ato de concentração é definido pela Lei 6.604 de 1976, em seu art. 227 como “a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”, ou seja, se uma empresa incorpora outra, a empresa que foi incorporada deixa de existir e transfere todos seus ativos, direitos e obrigações para a empresa incorporadora.

O inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529/2011, por sua vez, trata de consórcios, celebração de contratos associativos ou *joint ventures* como atos de concentração empresarial. O consórcio de empresas corresponde a um acordo empresarial entre duas ou mais empresas, mediante o qual cada uma delas, dotada de personalidade jurídica própria, se compromete às obrigações previstas no contrato, para a realização de um novo negócio jurídico, sendo seus requisitos formais expressos nos arts. 278 e 279 da Lei 6.604 (Lei das Sociedades Anônimas). Destaca-se, todavia, que os contratos associativos ou *joint ventures* distinguem-se dos consórcios, na medida em que não apresentam os requisitos formais de um contrato aos moldes dos arts. 278 e 279 da Lei 6.604/76, desta sorte, as empresas também associam-se para realizar determinado empreendimento empresarial, não perdendo, contudo, a autonomia dos centros decisórios.

Existe, ainda, uma distinção doutrinária acerca dos atos de concentração, que os classifica em **horizontais**, **verticais** ou **conglomerados**, sendo o critério de distinção a atuação das empresas em mercados relevantes.

Por concentração horizontal entende-se a “estruturação de mercado que envolve agentes econômicos distintos e competidores entre si, que ofertam o mesmo produto ou serviço em um determinado mercado relevante” (FIGUEIREDO, 2013. p. 289). Já concentração vertical compreende os atos de concentração “realizados entre agente econômicos situados em níveis distintos de uma mesma cadeia industrial” (GABAN; DOMINGUES, 2012, p. 119). Conglomeração, por sua vez, trata-se de um ato de concentração que envolve agentes econômicos diversos, que



ofertam produtos ou serviços distintos que podem ou não ser complementares entre si, mas que, certamente, não fazem parte da mesma cadeia produtiva.

Contudo, esta divisão dá-se somente em razão metodológica, não obstante serem as concentrações verticais mais numerosas, como bem observa Pedro Dutra:

A distinção de concentração do poder econômico em horizontal, vertical e conglomerado serve antes a propósitos metodológicos; esses são os planos sobre os quais os efeitos da concentração do poder econômico se projetam, no âmbito do mercado concorrencial. Historicamente varia o número dessas formas de projeção dos efeitos e, conseqüentemente, a análise delas e as respectivas posições doutrinárias; é certo, contudo, que a forma horizontal se apresenta, sempre, em número superior as demais. (DUTRA, 1999, p. 12).

Apesar da dúplici classificação, legal e doutrinária, percebe-se que estas devem ser analisadas conjuntamente, na medida em que se fazem complementarias e, embora não extensivas, compreendem grande número de possibilidades possíveis de serem evidenciadas em concreto.

Inobstante as diversas formas de concentração, a Lei 12.529/2011 inova também ao trazer critérios quantitativos para a atuação do Cade em concretos, conforme constata-se:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:  
I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e  
II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Assim, esta nova lei estabeleceu índices de jurisdição mais objetivos, uma vez que excluiu o critério de participação mínima do mercado relevante, dado que a Lei 8884/94 previa que os atos de concentração para serem apreciados deveriam resultar em participação mínima de 20% do mercado relevante, e incluiu requisito fulcrado no faturamento. Neste diapasão assevera Cordovil [et. al.]:



Ao excluir o critério de participação de mercado, o legislador eliminou um foco de insegurança jurídica presente na Lei 8.884/1994. Identificar o mercado relevante e calcular a respectiva participação do(s) agente(s) econômico(s) em tal mercado envolve questão complexa, muitas vezes de difícil superação. (CORDOVIL, et. al., 2011, p. 197).

Destarte, buscou-se, com a edição desta nova lei antitruste, reduzir o número de negócios jurídicos de dimensões insignificantes à análise do Cade, buscando, portanto, maior celeridade processual aos atos de concentração a serem julgados por este órgão<sup>5</sup>.

Importante ressaltar também que a mais recente legislação antitruste não exclui os critérios de participação no mercado relevante, pois bem estabelece o art. 88, § 5º: “Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo”.

Em verdade, impõe destacar que a Lei 12.529/2011 buscou tutelar as concentrações econômicas a partir de seus efeitos no mercado, uma vez que, não necessariamente as empresas participantes do negócio jurídico deverão atender aos critérios de faturamento, porém poderão ter efeitos nocivos à concorrência. Destarte, cuidou em não adotar critérios percentuais da participação, tal qual a legislação anterior, pois este consistiria em outro meio limitador da jurisdição do Cade. Deste modo, o legislador atribuiu amplo poder discricionário de atuação para o Cade, desde que, observados os critérios finalísticos de defesa da livre concorrência e, conseqüentemente, da livre iniciativa, além do princípio da motivação, que deve permear todos os atos administrativos.

De outra feita, o § 6º do dispositivo supracitado, concede poder ao Cade para autorizar os atos de concentração que possam resultar, cumulada ou alternativamente em: a) aumento da produtividade ou a competitividade; b) melhora da qualidade de bens ou serviços; ou c) propício da eficiência e do desenvolvimento

<sup>5</sup> Acerca dos novos índices de jurisdição adotados, se faz imperioso esclarecer: (i) requisito de faturamento anual refere-se àquele obtido por quaisquer dos grupos econômicos participantes do negócio jurídico; (ii) este faturamento refere-se ao ano anterior à operação em questão.



tecnológico ou econômico; e sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

Assim, a nova lei antitruste deixa patente que nem todos os atos de concentração serão nocivos à livre concorrência. Assim, poderá o Cade, em detrimento aos requisitos supramencionados permitir certas condutas concentracionais que pudessem, em princípio, pelos requisitos do art. 88, *caput*, terem sido considerados como nocivos. Todavia, se fazendo necessária a comprovação dos benefícios do § 6º, pois, do contrário, se estaria, contrariamente, prejudicando a livre concorrência.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, ao adotar a livre iniciativa e a livre concorrência como princípios fundamentais da ordem econômica, não apresenta os meios destinados para a consecução de tais preceitos. Neste sentido, coube ao Estado adotar políticas intervencionistas, que não afastassem do capitalismo, mas que objetivassem seu desenvolvimento.

Desta feita, ao Estado pátrio coube o dever de editar normas antitruste, capazes de coibir as condutas passíveis de resultarem em abuso de poder por parte dos sujeitos da atividade econômica, notadamente, as empresas.

A Lei 12.529/2011 trata-se do mais novo ordenamento jurídico destinado à tutela da livre iniciativa e livre concorrência, sucedendo, pois a Lei 8.884/1994. Sem dúvidas, a Nova Lei de Defesa da Concorrência, inova ao adotar critérios mais objetivos na definição dos atos de concentração, através da distinção das condutas, bem como através do estabelecimento de índices jurídicos que, via de regra, são essenciais para que sejam tais condutas apreciadas pelo Cade, sendo tal controle prévio, diferentemente, portanto, daquele anteriormente realizado.

Ao adotar mudanças, a Lei 12.529/2011, no que tange à definição dos atos de concentração sujeitos à apreciação do Cade, buscou-se não somente a maior celeridade processual, mas também a maior efetivação da tutela da livre concorrência e da livre iniciativa.



Percebe-se, portanto, que na busca incansável pelo livre mercado, o Estado brasileiro deu mais um passo, pois eliminou o dever de controle de condutas por diverso irrelevantes, bem como reduzindo o número de ações que tramitam perante o Cade. Assim, embora ainda imperfeito, percebe-se que o Estado pátrio tem evoluído, ao permitir maior possibilidade de desenvolvimento empresarial sem sujeição à análise do Cade sem, contudo, excluir a atuação deste órgão.

Assim, respondendo ao inicialmente proposto, acerca da relevância da nova definição dos atos de concentração para a defesa e promoção da livre iniciativa e livre concorrência, atesta-se que esta importância reside na medida em que propicia maior eficiência para a atuação processual do Cade, nos processos envolvendo concentrações de empresas, uma vez que reduzem-se as discussões acerca da legalidade ou não dos atos concentracionistas, em razão da maior objetividade de índices jurídicos e definição de condutas típicas, perante as quais se evidenciam os atos de concentração.

Notadamente, esta nova definição jurídica dos atos de concentração traz também maior segurança aos sujeitos da atividade econômica, pois, a adoção de critérios mais objetivos de análise pelo Cade, lhes permite desenvolverem suas atividades econômicas com maior segurança jurídica, permitindo-lhes previamente estarem cientes da medida de atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, do qual o Cade faz parte, na análise dos seus atos, não obstante não estarem isentos de quaisquer fiscalizações do Cade ou de qualquer outro órgão do SBDC, na medida de suas competências.

## REFERÊNCIAS

- AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**. São Paulo: Atlas, 2009.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BANDEIRA, Moniz. **Cartéis e desnacionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.
- BARBIERI FILHO, Carlos. **Disciplina jurídica da concorrência**. São Paulo: resenha tributária, 1984.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: IBDC, 1998.
- BOMFIM, Diego. **Tributação e livre concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL, Constituição do Império (1824). Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1824.



- BRASIL, Constituição (1889) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1889.
- BRASIL, Constituição (1937) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1937.
- BRASIL, Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1967.
- BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL, República Federativa. **Decreto Lei 12.529**. Diário Oficial da União, 30 de novembro de 2011, Brasília: DF.
- CARVALHO, Nuno T. P. **Concentrações de Empresas do Direito Antitruste**. São Paulo: Resenha Tributária, 1995.
- CORDOVIL, Leonor, CARVALHO, Vinícius Marques de, BAGNOLI, Vicente, ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DERANI, Cristiane. **Atividades do Estado na produção econômica: interesse coletivo, serviço público e privatização**. Tese de livre-docência, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2000.
- DUTRA, Pedro. **A Concentração do Poder Econômico: jurisprudência anotada**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A economia e o controle do Estado. **Jornal O Estado de São Paulo**, edição de 04 de julho de 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Lei de proteção da concorrência: comentário à lei antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antritruste**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GABAN, Eduardo Molan, DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle de concentração de empresa**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da Concorrência: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Jus Podium, 2008.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.
- TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.





# OS DIREITOS SOCIAIS DO SERVIDOR PÚBLICO EM FACE DO SISTEMA REMUNERATÓRIO DE SUBSÍDIOS<sup>1</sup>

## SOCIAL RIGHTS OF PUBLIC SERVANTS IN THE SUBSIDY SALARY-SYSTEM

*Rute Mikaele Pacheco da Silva<sup>2</sup>*

### Resumo

O escopo deste trabalho é problematizar a possibilidade de limitação dos direitos sociais de cunho trabalhista do servidor público, após a incorporação do sistema remuneratório de subsídios na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 19, considerando a posição adotada pela doutrina e pelo Poder Judiciário até o presente momento, tendo em vista que ainda não há um entendimento pacífico sobre a matéria. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, partindo-se de considerações gerais acerca do sistema de subsídios e suas consequências em relação aos direitos sociais do servidor público. O procedimento utilizado para a coleta de dados foi a pesquisa bibliográfica, com a utilização de doutrinas, artigos científicos, meios eletrônicos e a legislação pertinente, e a pesquisa documental consistente na análise de jurisprudências oriundas dos tribunais pátrios. O trabalho foi estruturado em cinco seções, com a primeira como introdução, seguida pela segunda seção que aborda os aspectos históricos e contemporâneos dos direitos sociais, pela terceira com a incorporação do sistema de subsídios na atual Constituição, a quarta pela análise dos julgados sobre os direitos sociais em face do sistema remuneratório de subsídios, e pela quinta e última com a conclusão.

**Palavras-chave:** Constituição; Direitos Sociais; Servidor Público; Subsídios.

### Abstract

The scope of this paper is to discuss the possibility of limiting the labor social rights of public servants, after the incorporation of the remuneration system of subsidies in the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, by Constitutional Amendment nº 19, considering the position adopted by doctrine and Judiciary until now, as there is no peaceful understanding about the matter. The method used was the deductive approach, starting with general considerations about the subsidy system and its consequences for the social rights of public servants. The procedure used for data collection was the literature with the use of

<sup>1</sup> Artigo recebido em 07/05/2014, pareceres submetidos em 12/05/2014 e 14/05/2014 e aprovação comunicada em 23/07/2014.

<sup>2</sup> Advogada especialista em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Anhanguera, São Paulo. E-mail: < rute.pacheco@hotmail.com >



doctrines, papers, electronic media and legislation, and documental research that consisted on the analysis of case law derived of the national courts. This paper was divided into five sections, with the first as the introduction, followed by the second section which discusses the historical and contemporary aspects of social rights, with the third about the incorporation of the system of subsidies in the current Constitution, the fourth by the analysis of the judgments on the social rights in the face of the remuneration system of subsidies, and the fifth and last with the conclusion.

**Keywords:** Constitution; Social Rights; Public Servants; Subsidies.

## 1 INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional (EC) nº 19 de 2008, chamada emenda da Reforma Administrativa, promoveu inúmeras mudanças na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) no que se refere às normas de Direito Administrativo de fonte constitucional, fato que, mesmo mais de uma década depois, ainda causa inúmeras controvérsias entre os aplicadores do direito.

Foi nesse momento que o poder constituinte derivado reinstalou na ordem constitucional pátria o sistema remuneratório de subsídio. Assim, a partir da EC nº 19/2008, passaram a coexistir duas formas de retribuição pecuniária aos agentes públicos: o sistema de subsídio e o sistema tradicional de vencimentos. De modo que o sistema de subsídio tornou-se obrigatório para os agentes políticos e os policiais militares e, facultativo para os servidores públicos organizados em carreira.

Ocorre que o sistema remuneratório de subsídios foi descrito pela Carta Magna, em seu art. 39, § 4º (BRASIL, 1988), como “parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória”. Foi justamente o termo “parcela única” e a vedação a quaisquer acréscimos que geraram as controvérsias judiciais que serão aqui discutidas e estão, no presente momento, pendentes de posicionamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Os questionamentos se desenvolveram em especial no tocante aos servidores que exercem função em situação mais gravosa, tais como os que trabalham em horário noturno, com acréscimo de jornada, em situação de penosidade, insalubridade ou perigo. É correto presumir que os adicionais



garantidos como direitos fundamentais, de índole social, estariam englobados na parcela única?

Boa parte dos doutrinadores pátrios vem se posicionando de maneira a interpretar sistematicamente o novo dispositivo, de forma a garantir a subsistência dos direitos sociais elencados no art. 39, § 3º, mesmo quando o servidor seja remunerado através do sistema de subsídio.

No entanto, essa fórmula se demonstrou insuficiente em meio à abrangência do debate, tendo em vista que o art. 39, § 3º não abarca todos os direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição. Em razão disso, muitas foram as postulações judiciais no sentido de garantir ao servidor remunerado por subsídio o direito a verbas não previstas no art. 39, § 3º, tais como adicional de insalubridade e de periculosidade, o que encontrou soluções jurisdicionais diversas.

Atualmente, é possível afirmar que o STF vem adotando o posicionamento esposado pela doutrina, garantindo aos servidores remunerados por subsídio apenas os direitos taxativamente elencados no art. 39, § 3º, de modo que os recursos extraordinários que versam sobre a ampliação deste entendimento, em regra, não são conhecidos, sob o argumento de ausência de repercussão geral, de forma que a Suprema Corte do país ainda não realizou uma análise mais profunda sobre a matéria.

Por outro lado, há a possibilidade de mudança deste cenário, em virtude do RE 650.898 – RG/RS, que tramita sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio e que, entre outras coisas, discute a possibilidade de satisfação do subsídio acompanhada do pagamento de outra espécie remuneratória, no qual foi reconhecida a repercussão geral. Todavia, ainda não se pode falar em um norte jurisprudencial oriundo do Pretório Excelso, pois, como se verá adiante, o número de julgados sobre a matéria é pequeno e as decisões monocráticas são contraditórias.

Dessa forma, o presente trabalho pretende problematizar a questão constitucional suscitada nesse debate, por se configurar tema de grande relevância sobre a Carta Política e sua interpretação, sob a perspectiva dos direitos fundamentais de segunda geração, chamados direitos sociais, objetivando refletir sobre uma solução que atribua maior eficácia aos direitos sociais historicamente conquistados.



Sem pretender esgotar o tema, far-se-á, primeiramente, uma análise histórica dos direitos sociais e sua relevância como mecanismo realizador da igualdade material e da justiça social. Em seguida, será abordado o contexto da emenda constitucional nº 19 e a limitação aos direitos sociais promovida pela implantação do sistema de subsídios. Por último, demonstraremos os diversos posicionamentos jurisprudenciais sobre a matéria, através de julgados oriundos de várias partes da federação e do STF.

A metodologia utilizada foi a pesquisa em manuais jurídicos de referência nacional, em obras específicas sobre Direito Constitucional e Direito Administrativo, bem como, a leitura de artigos, notícias e diversos julgados sobre a temática central, disponibilizados na *internet*, sobretudo, nas páginas dos tribunais pátrios.

## 2 OS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais surgem, no início do século XX, como um segundo grupo dos direitos fundamentais, destinado a conter a crise social do Estado Liberal burguês, decorrente da constatada insuficiência da mera existência dos direitos individuais no sentido de garantir a efetiva igualdade entre os homens.

Com as revoltas sociais geradas pela extrema desigualdade social vigente no modelo clássico do Estado abstencionista, tornou-se vital para a própria manutenção do *status quo* a reformulação deste formato para um Estado que pudesse intervir, garantindo alguns direitos relativos às condições mínimas da existência humana, o Estado Social de Direito.

Este contexto histórico é muito bem sintetizado pelo constitucionalista Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p. 267, grifo nosso):

O descaso para com os problemas sociais, que veio a caracterizar o *État Gendarme*, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absentéista do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das



ações estatais por objetivos de justiça social. Como consequência, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. **Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc.**

Nesse diapasão, tem-se como marco inicial, a previsão dos direitos sociais na Constituição do México, de 1917, e na Constituição da Alemanha, de 1919, chamada Constituição de Weimar. No Brasil, a primeira Carta Política a disciplinar os direitos sociais foi a Constituição de 1934, muito influenciada pela Constituição de Weimar. Em nossas constituições seguintes manteve-se a previsão dos direitos sociais (SILVA, 2006, p. 285).

Para além dos motivos reais do disciplinamento constitucional dos direitos sociais, é fato que estes direitos alargaram o leque dos direitos fundamentais até então existentes e operaram efetiva redefinição nos próprios direitos individuais (FERNANDES, 2012, p. 613). De forma que, a partir de então, fez-se necessária uma releitura dos direitos individuais, no sentido de promover sua concretização, passando de sua mera formalidade à sua materialidade, através também da eficácia dos direitos sociais.

Com a consolidação da importância desses direitos na doutrina e na jurisprudência, chegou-se à inexorável conclusão de que muitos direitos individuais são irrealizáveis se não garantidos determinados direitos sociais ao indivíduo. Portanto, estes se transformaram em um instrumento de materialização daqueles.

É considerando esta perspectiva de materialização que os direitos sociais costumam ser classificados como direitos positivos, pois, diferentemente dos direitos individuais, em sua primeira leitura, indicam uma obrigação de agir do Estado na busca pela garantia das condições mínimas de existência digna, reduzindo as desigualdades existentes.

Nesse sentido explica Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 720):

O que distingue os direitos sociais dos direitos de defesa é, basicamente, o seu objeto: enquanto o objeto dos direitos de defesa é uma abstenção do Estado, ou seja, um *non fatere*, no sentido de que esses direitos têm por finalidade proteger o indivíduo contra as investidas abusivas dos órgãos



estatais, exigindo destes tão-somente prestações negativas; os direitos sociais têm por objeto um *atuar* permanente do Estado, ou seja, um *facere*, consistente numa *prestação positiva de natureza material ou fática* em benefício do indivíduo, para garantir-lhe o *mínimo existencial*, proporcionando-lhe, em conseqüência, os recursos materiais indispensáveis para uma existência digna, como providência reflexa típica do modelo de Estado do Bem-Estar Social, responsável pelo desenvolvimento dos postulados de justiça social.

Além desta diferenciação entre direitos positivos e negativos, muitos autores também classificam os direitos sociais como direitos de segunda geração, fazendo um paralelo com os cânones da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. De modo que, os direitos individuais seriam os direitos de primeira geração, que corresponderia ao cânone da Liberdade. Os direitos sociais, de segunda geração, remetem à Igualdade. E os direitos de terceira geração estariam ligados à Fraternidade. Atualmente, fala-se também em quarta e quinta gerações de direitos fundamentais, porém, não adentraremos nesta temática por não ser pertinente ao presente estudo.

Essa classificação dos direitos fundamentais em gerações presta-se a situar os distintos momentos históricos em que esses grupos de direitos são acolhidos pela ordem jurídica. Valendo lembrar, no entanto, que a sucessão de gerações não implica que um grupo de direitos tenha sido suplantado pelo grupo da geração seguinte (BRANCO, 2008, p. 268). Ao contrário, as gerações de direitos fundamentais coexistem, influenciando e transformando a concepção umas das outras, de forma a conviverem harmoniosamente em um ordenamento jurídico.

Nesta classificação, em que os direitos sociais são diretamente associados ao cânone da Igualdade, ganha realce a ideia de que os direitos sociais destinam-se a promover a igualdade de fato, propondo-se a dar uma resposta às reivindicações por justiça social feitas no início do século XX.

A este respeito, vale trazer a pertinente observação do constitucionalista Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p. 268): “Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados”.





Considerando as várias classificações construídas pela doutrina, José Afonso da Silva (2006, p. 286, grifo do autor), oferece uma definição completa dos direitos sociais:

Assim, podemos dizer que os **direitos sociais**, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

No Brasil, a Carta Magna de 1988 representou grande avanço no que se refere aos direitos sociais, trazendo uma extensa lista de direitos dessa natureza, os quais foram inseridos, em sua maior parte, no capítulo II, do título II, que é destinado aos direitos e garantias fundamentais, não restando dúvidas quanto à natureza jurídica dos direitos sociais: estes são verdadeiros direitos fundamentais, com força normativa e vinculante (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 722).

Dessa forma, a atual Constituição da República Federativa do Brasil reconhece, em seu art. 6º, os seguintes direitos sociais: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, assistência aos desamparados, proteção à maternidade e à infância (BRASIL, 1988).

Os direitos sociais dos trabalhadores foram alocados no art. 7º, que dispõe de 34 (trinta e quatro) incisos e 01 (um) parágrafo único. Enquanto os direitos à educação, à saúde, à previdência social, à assistência aos desamparados, à proteção à maternidade e à infância, são tratados no título VIII, denominado Da Ordem Social.

Além destes, a CRFB (BRASIL, 1988) ainda se refere aos direitos sociais em outros títulos, como, por exemplo, no título VII, denominado da Ordem Econômica e Financeira, que, em seu art. 170, caput, define: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”.



No título III (Organização do Estado), capítulo VII (Da Administração Pública), a CRFB/88 estabelece, em seu art. 39, § 3º, uma lista de direitos sociais dos trabalhadores aplicáveis aos servidores públicos civis.

Não obstante a extensa previsão de direitos sociais na Carta Magna, temos que, após sua incorporação ao ápice do ordenamento jurídico, o desafio seguinte foi a sua materialização, uma vez que, como prestações positivas do Estado, costumam encontrar óbice na própria limitação material do Estado em estabelecer programas de governo capazes de assegurar voluntariamente sua efetivação.

Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência vêm se firmando como viabilizadores essenciais da efetivação dos direitos sociais, consolidando sua importância no mundo jurídico, de forma a afastar a ideia da natureza programática das normas veiculadoras de direitos sociais. Exemplar é este fragmento de uma decisão do STF (2011) sobre o direito social à educação e o respectivo dever do Estado em garanti-lo:

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas (639337 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 23/08/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

A ameaça à efetividade dos direitos sociais, entretanto, não se encontra apenas na inércia do Poder Público ou na forma nociva como distribui os recursos públicos, estando presente também na atividade legiferante, inclusive, na própria legislação constitucional, fruto do Poder Constituinte Derivado.

É esta perspectiva que será abordada mais adiante, quando tratarmos da limitação dos direitos sociais trabalhistas do servidor público promovida pela emenda



constitucional nº 19, que instituiu o sistema remuneratório de subsídios, bem como os diversos posicionamentos do Poder Judiciário diante dessas novas limitações.

### **3 DA EMENDA CONSTITUCIONAL 19 E O SISTEMA REMUNERATÓRIO DE SUBSÍDIO**

A Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 4 de junho de 1998, também conhecida como “Reforma Administrativa”, promoveu intensa mudança no Título III (Da Organização do Estado), sobretudo, em seu capítulo VII (Da Administração Pública). O objetivo era substituir o modelo burocrático até então vigente pelo modelo gerencial, descentralizar e cortar gastos, tornando a administração pública mais eficiente e menos dispendiosa.

Sua apresentação diz o seguinte: “modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências” (BRASIL, 1998).

Desta ampla reforma administrativa e seguindo o escopo do corte de despesas, resultou, entre outras coisas, a instituição do sistema remuneratório de subsídio, o qual não era previsto para nenhuma categoria de agente público, na redação original da Constituição de 1988.

A partir da mencionada emenda, passaram a coexistir dois sistemas remuneratórios: o tradicional, em que a remuneração compreende uma parte fixa e outra variável, constituída por vantagens de natureza diversa, e o novo, no qual a contraprestação corresponde ao subsídio, que deverá ser constituído por parcela única, excluindo a possibilidade de percepção de vantagens pecuniárias variáveis. O primeiro sistema é chamado de remuneração ou vencimento e, o segundo, de subsídio (DI PIETRO, 2006, p. 515).

Dentro do sistema remuneratório de subsídio há, ainda, a diferenciação entre o obrigatório e o facultativo. De forma que o § 4º, do art. 39, submete obrigatoriamente ao regime de subsídio, os membros de quaisquer dos poderes, os detentores de mandato eletivo, os ministros de estado, os secretários estaduais e municipais, bem como os membros do Ministério Público, os integrantes da



Advocacia Geral da União, os procuradores dos Estados e do Distrito Federal, os defensores públicos, os Ministros do Tribunal de Contas da União e os servidores públicos policiais.

Enquanto o § 8º do mesmo artigo dispõe sobre o sistema remuneratório de subsídio facultativo, nestes termos: “a remuneração dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser fixada nos termos do § 4º”.

Muitos autores criticaram a reintegração do termo subsídio à ordem jurídica constitucional, visto que este fora utilizado em constituições anteriores com sentido diverso do atual, significando um auxílio, sem caráter remuneratório, pago a pessoa investida em cargo público em razão dos serviços prestados no exercício do mandato. Não correspondia à remuneração nem ao vencimento (SILVA, 2006, p. 682).

Nesse contexto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 518), foi incisiva:

A volta do vocábulo **subsídio** significa, portanto, um retrocesso do ponto de vista terminológico. Em dicionário latim-português, a palavra *subsidium* designa tropa auxiliar, gente que vem em socorro, e também significa ajuda, socorro. Não é com essa conotação que o servidor público quer ver interpretada a importância que recebe como retribuição do serviço que presta.

Para além da questão terminológica, a nova espécie remuneratória, a ser aplicada somente nas hipóteses constitucionalmente previstas, instituiu uma preocupante limitação aos direitos sociais trabalhistas do servidor público, pois é conceituada pela própria Constituição (BRASIL, 1988) como “parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória”.

A vedação ao acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono ou prêmio coloca em dúvida o direito do servidor público à percepção de parcelas destinadas a indenizar o trabalho em condições especiais, tais como, o trabalho noturno, o trabalho extraordinário e o trabalho em condições penosas, insalubres ou perigosas, bem como, as indenizações por despesas feitas pelo servidor em decorrência dos serviços prestados, como as diárias.



Com a instituição do sistema de subsídio logo se levantou esse questionamento, de forma que vários doutrinadores rapidamente se manifestaram, defendendo uma leitura sistemática do novo dispositivo constitucional. Nesse contexto, José Afonso da Silva (2006, p. 683-684, grifo do autor), ao mesmo tempo em que defende a parcela única, assevera a necessidade de uma interpretação constitucional sistemática acerca dos efeitos do novo dispositivo:

A proibição expressa de acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória reforça o repúdio ao conceito tradicional e elimina o vezo de fragmentar a remuneração com múltiplos penduricalhos, que desfiguram o sistema retributivo do agente público, gerando desigualdades e injustiças. Mas o conceito de parcela única só repele os acréscimos de espécies remuneratórias do trabalho normal do servidor. Não impede que ele aufera outras verbas pecuniárias que tenham fundamentos diversos, desde que consignados em normas constitucionais. Ora, o § 3º do art. 39, remetendo-se ao art. 7º, manda aplicar aos servidores ocupantes de **cargos públicos** algumas vantagens pecuniárias, neles consignadas, que não entram naqueles títulos vedados.

Seguindo este mesmo raciocínio, afirma Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 949):

[...] a própria Constituição Federal, em face do § 3º do art. 39, permitiu o acréscimo ao subsídio de certas gratificações e indenizações, e determinados adicionais, como a gratificação de natal, adicional de natal, os adicionais de férias, de serviços extraordinários, as diárias, as ajudas de custo e o salário mínimo.

Criticando também a imprecisão terminológica do legislador constitucional derivado, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 249), ratifica o entendimento doutrinário até aqui esposado:

Como se verá logo em seguida – ao se tratar do limite remuneratório dos servidores públicos –, o disposto no art. 39, §4º, tem que ser entendido com certos temperamentos, não se podendo admitir que os remunerados por subsídio, isto é, por parcela única, fiquem privados de certas garantias constitucionais que lhes resultam do §3º do mesmo artigo, combinado com diversos incisos do art. 7º, a que ele se reporta. Por esta razão, quando for o caso, haverá de lhes ser aditados tais acréscimos, deixando, em tais hipóteses, de ser única a parcela que os retribuirá. Aliás, a expressão “parcela única” é rebarbativa, pois parcela “significa parte de um todo maior – no que se nota, ainda esta outra vez, a “qualificação” dos responsáveis pelo “Emendão”, isto é, Emenda 19.



Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 520), partindo dos cânones interpretativos da unidade da constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais, chega à mesma conclusão:

Quando há duas normas constitucionais aparentemente contraditórias, tem-se que adotar interpretação conciliatória, para tirar de uma delas o máximo de aplicação possível. No caso, tem-se que conciliar os §§ 3º e 4º do artigo 39, de modo a entender que, embora o segundo fale em parcela única, isto não impede a aplicação do outro, que assegura o direito a determinadas vantagens, portanto, igualmente com fundamento constitucional.

O argumento central da doutrina citada é o disposto no § 3º, do art. 39 da CRFB (BRASIL, 1988) que, *ipsis litteris*, determina o seguinte: “aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir”.

Assim, pelo mencionado dispositivo e, de acordo com a doutrina majoritária, está assegurado ao servidor público, independentemente de seu sistema remuneratório os seguintes direitos: salário mínimo, garantia de salário nunca inferior ao mínimo, décimo terceiro salário, adicional noturno, salário família, jornada de trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, repouso semanal remunerado, hora extra, férias anuais remuneradas, licenças maternidade e paternidade, proteção do mercado de trabalho da mulher, redução dos riscos inerentes ao trabalho e proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Dessa forma, pelo que se vê, a solução encontrada pela doutrina, não resolve de todo a grave questão da limitação aos direitos sociais provocada pelo sistema remuneratório de subsídios, tendo em vista que o art. 39, § 3º não abarca uma série de outros direitos sociais trabalhistas, como, por exemplo, o direito ao adicional devido pelo trabalho em condições penosas, insalubres ou perigosas, previsto no art. 7º, XXIII, da CRFB/88.

Ora, é constitucionalmente adequado afirmar que o servidor público remunerado pelo sistema de subsídio e exerce suas atividades nas gravosas





condições de penosidade, insalubridade ou perigo não terá direito aos respectivos adicionais? Tal limitação está em consonância com uma Constituição que tem como base o princípio da Igualdade e como objetivo promover o bem de todos, sem qualquer discriminação?

Vale frisar que o art. 7º da Carta Magna consigna os direitos sociais dos trabalhadores em geral, dentre os quais, seguindo uma leitura sistemática, estão indubitavelmente incluídos os servidores públicos, que são trabalhadores cujas atividades são essenciais ao funcionamento do Estado. De forma que, suprimir seus direitos historicamente consagrados não parece uma ação condizente com o escopo constitucional vigente.

Lamentavelmente, entretanto, ainda não se encontrou uma resposta consolidada sobre esta matéria. O que se vê, é que o posicionamento doutrinário é limitado no que se refere à integral proteção dos direitos sociais do servidor público em face do sistema remuneratório de subsídios. A jurisprudência, por sua vez, é bastante divergente, de forma que é possível encontrar muitos julgados desfavoráveis aos direitos sociais do servidor público, mesmo àqueles elencados no art. 39, § 3º, conforme se verá na próxima seção.

#### **4 O PODER JUDICIÁRIO E O SISTEMA DE SUBSÍDIO EM FACE DOS DIREITOS SOCIAIS DO SERVIDOR PÚBLICO**

Em que pese o rápido posicionamento doutrinário por uma leitura sistemática do art. 39, § 4º, concluindo pela manutenção dos direitos expressos no art. 39, § 3º, mesmo quando o servidor público for remunerado pelo sistema de subsídio, o que se viu na implantação deste regime para servidores públicos organizados em carreira foi situação bastante diversa. Inicialmente, mesmo os pleitos pelas verbas constantes do artigo 39, § 3º não frutificaram. Como se pode ver no julgado (BRASIL, 2010a, grifo do autor) abaixo transcrito:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS. INSTITUIÇÃO DA REMUNERAÇÃO NA FORMA DE SUBSÍDIO. PEDIDO DE PAGAMENTO DE HORAS EXTRAORDINÁRIAS. INACUMULABILIDADE COM SUBSÍDIOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. APELO DESPROVIDO. 1. A pretensão encontra óbice no disposto na Lei nº 11.358/2006, que estabelece, em seu art. 1º, inc. VII, a remuneração por subsídios a algumas carreiras de



servidores públicos, entre elas a de Policial Rodoviário Federal. 11.3581ºVII 2. A remuneração por subsídio constitui-se em remuneração em parcela única, prevista no artigo 39, § 4º, da Constituição Federal de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19, instituindo o regime estabelecido mediante subsídio em parcela única para algumas carreiras de servidores, na qual estão enquadrados os Policiais Rodoviários Federais, e vedando o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. 39 § 4º Constituição Federal 193. Apelo desprovido.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, **negar** provimento à apelação dos autores, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Porto Alegre, 07 de dezembro de 2010.

Na mesma esteira, esse julgado do Tribunal Regional da 5ª Região (BRASIL, 2010b):

EMENTA ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS. PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DE HORAS EXTRAS E ADICIONAL NOTURNO, TANTO ANTES COMO DEPOIS DO SISTEMA DE SUBSÍDIO. IMPROCEDÊNCIA DA POSTULAÇÃO. AJUSTE NO VALOR DOS HONORÁRIOS DE ADVOGADO. 1. O pagamento de horas-extras, bem assim do adicional noturno é incompatível com o sistema de subsídio, inaugurado pela Lei nº 11.358, de 19.10.2006. Antes disso, percebendo a GOE, gratificação que objetiva remunerar justamente as peculiaridades da carreira policial, entre as quais se inclui ao descontrole do horário de trabalho, não tem os policiais direito à nova remuneração do trabalho extraordinário; 2. [...]. Vistos, Relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas. DECIDE a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DO AUTOR E DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DA UNIÃO**, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado. Recife, 29 de abril de 2010.

Como se vê nessas decisões da Justiça Federal, os julgadores entenderam válida a previsão em legislação infraconstitucional, a Lei nº 11.358/2006, de que os direitos sociais garantidos constitucionalmente ao servidor público pelo art. 39, § 3º, estariam abarcados pela parcela única do subsídio, estabelecendo uma ficção jurídica completamente distante da realidade.

Até mesmo o adicional devido pelo serviço extraordinário que, por sua própria natureza, assume, em regra, valor variável, correspondente à quantidade de horas extraordinárias prestadas, estaria, na ficção jurídica do subsídio, abarcado pela parcela única invariável paga mensalmente. Presunção que resulta em nada



menos que a própria negação ao direito constitucional de indenização pelo labor extraordinário, bem como, no próprio direito a limitação da jornada.

Ora, se o adicional de horas extras destina-se justamente a assegurar a jornada de trabalho diária máxima do servidor, consubstanciando-se em uma indenização paga pelas horas extrapoladas, afirmar que a remuneração mensal fixa e invariável paga ao servidor já abarca a indenização devida por eventuais sobrejornadas implica, na prática, em acabar com a própria garantia constitucional da jornada máxima de 08 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) semanais.

Em outras palavras, com este entendimento, legitima-se à Administração Pública estender a carga horária do servidor, sem remunerá-lo em nada a mais por isso. Além disso, incorre em evidente contradição afirmar que uma remuneração mensal fixa compreende verbas que possuem caráter indiscutivelmente variável.

Neste contexto, as decisões acima colacionadas nem mesmo consideraram a orientação doutrinária sobre a matéria, posto que tanto o adicional noturno quanto as horas extras indeferidas, são direitos expressos no art. 39, § 3º como aplicáveis ao servidor público, de modo que, conforme visto, deveriam ser garantidos ao servidor independentemente de seu sistema remuneratório.

Estas decisões, no entanto, datam de 2010 e, aproximadamente um ano depois, o posicionamento dos próprios tribunais acima citados foi se modificando no sentido de flexibilizar o entendimento sobre a parcela única, passando a admitir o pagamento de adicional noturno e de adicional de horas extras junto com o subsídio. Ou seja, acabaram por adotar a solução da doutrina, efetivando uma leitura sistemática das normas constitucionais.

Pois bem, esta solução ainda não foi capaz de abarcar toda a controvérsia sobre a matéria e os recursos endereçados ao STF começaram a ser impetrados, no sentido de discutir a constitucionalidade do pagamento de verbas não previstas no art. 39, §3º para os servidores remunerados pelo sistema de subsídios.

A Suprema Corte do país, por sua vez, em regra, vem ratificando o entendimento de que apenas são garantidos os direitos elencados no art. 39, § 3º para os servidores remunerados por meio de subsídio, denegando seguimento aos recursos extraordinários, conforme se vê no julgado do agravo de instrumento de



relatoria do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2012, grifo do nosso), abaixo transcrito:

Decisão: Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado: “ADMINISTRATIVO. POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS. INSTITUIÇÃO DA REMUNERAÇÃO NA FORMA DE SUBSÍDIO. HORAS EXTRAS E ADICIONAL NOTURNO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. As vantagens que o impetrante pretende ver afastadas da inclusão na parcela única representada pelo subsídio, referentes a horas-extras e adicional de trabalho noturno, estão expressamente previstas no texto constitucional como direitos sociais devidos aos servidores públicos, devendo haver interpretação sistemática de tais dispositivos. Portanto, o recebimento das parcelas em referência constitui direito fundamental dos trabalhadores que exercem suas atividades além do horário previsto em lei e durante a noite. Não é o caso, entretanto, do adicional de periculosidade, insalubridade e penosidade, que tem fonte infraconstitucional, e é inerente à condição do cargo de policial”. (fl. 556) No recurso extraordinário, interposto com fundamento no artigo 103, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, o recorrente sustenta, em preliminar, a repercussão geral da matéria deduzida no recurso. No mérito, aponta violação aos artigos 5º, caput; 7º, IX, XVI e XXII; 37, XV; 39, §§ 3º e 4º; e 144, § 9º, do Texto Constitucional. O recorrente defende, em síntese, que o subsídio deve coexistir com os demais direitos previstos para os servidores públicos em geral. Decido. Não assiste razão ao recorrente. Na espécie, o acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se pacificou no sentido de que, não há direito adquirido a regime jurídico e a fórmula de composição da remuneração dos servidores públicos. Logo, é possível a alteração da forma de cálculo de remuneração sem que isso contrarie a Constituição, desde que essa modificação não importe em diminuição do montante global do valor percebido pelo servidor. [...] Não há, pois, o que prover quanto às alegações do agravante. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (arts. 21, § 1º, do RISTF e 557, caput, do CPC). Publique-se. Brasília, 23 de abril de 2012.

No entanto, há, no próprio STF, outras decisões monocráticas e, mesmo do pleno que andam em sentido contrário da decisão acima colacionada e que demonstram a existência de divergência na Suprema Corte do país quando das oportunidades de enfrentamento da matéria aqui discutida. Senão vejamos.

Em outubro de 2011, o Tribunal reconheceu a repercussão geral no RE nº 650.898 – RG/RS, no qual se debate, entre outras coisas, a questão relativa à possibilidade de haver satisfação de subsídio acompanhada do pagamento de outra espécie remuneratória, onde as partes diretamente interessadas são agentes políticos.



Em razão do interesse direto de outros agentes públicos no debate, foi requerida a admissão no processo como interessado pelo Município de Belo Horizonte e pelo Sindicato dos Policiais Rodoviários Federais do Rio Grande do Sul, o que foi indeferido pelo Relator, Ministro Marco Aurélio. Atualmente, o mencionado RE aguarda julgamento.

Assim, em razão do reconhecimento da repercussão geral neste RE, possibilitando a abertura para um futuro debate mais profundo sobre o sistema remuneratório de subsídio, alguns recursos estão sendo sobrestados, na forma do art. 543-B do CPC, como no caso do RE nº 812270 – AL, no qual o Estado de Alagoas discute a constitucionalidade do pagamento de adicional de periculosidade aos seus servidores agentes penitenciários remunerados por subsídio e o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, assim decidiu (BRASIL, 2014):

Trata-se de recurso extraordinário em que se discute a possibilidade de satisfação de subsídio acompanhado do pagamento de outra espécie remuneratória. No caso, o recurso extraordinário versa sobre matéria cuja repercussão geral já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 650.898-RG/RS, Rel. Min. Marco Aurélio). Isso posto, determino, com fundamento no art. 328, parágrafo único, do RISTF, a devolução destes autos ao Tribunal de origem para que seja observado o disposto no art. 543-B do CPC, visto que no presente recurso discute-se questão que será apreciada no RE 650.898-RG/RS. Publique-se. Brasília, 30 de maio de 2014.

Portanto, vê-se que o STF vem abrindo espaço para uma discussão mais abrangente sobre esta matéria que possui inegável repercussão geral, restando aos jurisdicionados aguardar uma orientação jurisprudencial mais detalhada da Suprema Corte sobre o sistema remuneratório de subsídios e os direitos sociais trabalhistas do servidor público.

Enquanto isso, os processos que versam sobre estes direitos vão encontrando nos tribunais pátrios soluções diversas. Muitas seguem o entendimento doutrinário e jurisprudencial acima supramencionado, outras avançam no sentido de romper o limite do art. 39, § 3º e reconhecer aos servidores públicos remunerados por subsídio o direito a parcelas que não estão elencadas neste dispositivo.

A última hipótese pode ser ilustrada por alguns julgados recentes do Tribunal de Justiça de Alagoas (TJ-AL) que vêm reconhecendo o direito ao adicional de





periculosidade aos servidores estaduais remunerados pelo sistema de subsídio, em detrimento das alegações do Estado de que o pagamento desta verba seria inconstitucional devido ao sistema remuneratório dos servidores, conforme se vê:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. AGENTES. PENITENCIÁRIOS. ADICIONAL NOTURNO. CONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO AO PERÍODO SUBSEQUENTE À JORNADA DE TRABALHO NOTURNA ANTE A AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. **ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. CONSTITUCIONALIDADE.** BASE DE CÁLCULO. SUBSÍDIO DOS SERVIDORES DA CATEGORIA. LEGALIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (ALAGOAS, 2014, grifo nosso).

O TJ-AL vem considerando que os servidores postulantes do adicional de periculosidade laboram em efetiva condição de risco e que há lei estadual conferindo-lhes tal direito, de modo que a previsão constitucional da parcela única vem sendo mitigada, em uma interpretação que empresta maior eficácia aos direitos sociais daquela categoria de servidores públicos.

Dessa forma, os recursos do Estado de Alagoas que postulam a declaração de inconstitucionalidade das leis estaduais que conferem direito ao adicional noturno e ao adicional de periculosidade àqueles servidores estão sendo julgados improcedentes, fundamentados na plena compatibilidade entre o sistema remuneratório de subsídio e a percepção dos mencionados adicionais:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. **SENTENÇA PELA PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI DE Nº 9.906/06 - ADICIONAL NOTURNO E DO ART. 3º DA LEI Nº 6.72/06 – ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. AFASTADA. PREVISÕES COMPATÍVEIS COM O ART. 39, § 4º E 8º, DA CF/88. ESPECIALIDADES DO EXERCÍCIO DO CARGO. MÉRITO. 1 – ADICIONAL NOTURNO. COMPATIBILIDADE COM O REGIME DE PLANTÃO. 1.1 – ADICIONAL NOTURNO QUANTO AS HORAS PRORROGADAS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INDEVIDO. LIMITAÇÃO AO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE AS 2 (VINTE E DUAS) E 5 (CINCO) HORAS DO DIA SEGUINTE, CONSOANTE O ART. 79 DA LEI DE Nº 5.247/91. A ADMINISTRAÇÃO DEVE PAUTAR SEUS ATOS NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 2 – ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. LEGALIDADE DO PAGAMENTO. APLICABILIDADE DO ART. 3º DA LEI DE Nº 6.072/06 À CATEGORIA DOS AGENTES PENITENCIÁRIOS. 2.1 – BASE DE CÁLCULO. SUBSÍDIO DOS AUTORES. NÃO VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE DE Nº 4 DO STF. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. REEXAME NECESÁRIO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA QUANTO AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À EXCLUSÃO DAS**





VANTAGENS DO TETO REMUNERATÓRIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA FIXADOS DE ACORDO COM O VOTO CONDUTOR. MANUTENÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA REFORMADA. DECISÃO POR MAIORIA (ALAGOAS, 2014, grifo nosso).

As acima colacionadas decisões do Tribunal de Justiça alagoano consideraram além da existência de lei estadual, as próprias condições em que os servidores em questão exercem suas atividades e, com isto, chegaram à conclusão lógica de que a parcela única do subsídio não poderia abarcar direitos sociais devidos em razão das condições de trabalho e de previsão legal expressa.

Tais situações concretas não se distanciam daquelas analisadas pela Justiça Federal e pelo STF, acima citadas, no entanto, nos últimos casos, parece ter havido um estudo mais profundo e sistemático da matéria, do que resultou, em nosso sentir, uma maior aplicabilidade das normas constitucionais.

Em que pese tais avanços interpretativos, tem-se que a situação do servidor público perante a instituição do sistema de subsídios é temerária, tendo em vista que, *a priori*, a Administração Pública tende a extinguir o pagamento de verbas correspondentes aos direitos sociais, sob o argumento que todas elas estariam abarcadas pela parcela única do subsídio, como no caso dos Policiais Rodoviários Federais, quando da adoção deste sistema remuneratório para os mesmos, através da Lei nº 11.358/2006.

Os direitos sociais do servidor público são ameaçados mesmo quando expressamente previstos nas próprias leis dos respectivos entes federativos, como no caso dos Agentes Penitenciários do Estado de Alagoas, que são remunerados por subsídio e, em razão disso, o Estado pleiteia a declaração de inconstitucionalidade das leis que lhe conferem o direito a percepção de adicional noturno e adicional de periculosidade.

Em face de tudo que foi exposto, vê-se que este é um debate de grande importância e de natureza substancialmente constitucional, para o qual urge uma análise cuidadosa e ampla da Suprema Corte do país, da qual se possa ter uma orientação definitiva e segura sobre os direitos sociais devidos aos servidores públicos remunerados pelo sistema de subsídio.



## 5 CONCLUSÃO

Buscamos abordar, inicialmente, a classificação e a importância dos direitos sociais enquanto espécie de direitos fundamentais, surgidos em um segundo momento histórico, com a missão de promover igualdade material e justiça social.

Ao longo da constitucionalização desses direitos, eles foram assumindo cada vez mais relevância no cenário jurídico, de maneira que, atualmente, são entendidos como normas de aplicabilidade imediata e vinculante, afastando-se a ideia de normas de natureza meramente programática, inicialmente conferida a maior parte dos direitos sociais.

Em contrapartida, foi demonstrado que a própria atividade legiferante pode significar um atentado a estes direitos duramente conquistados. Este parece ter sido o caso da Emenda Constitucional 19/1998 que, por meio do legislador constitucional derivado, inseriu no ordenamento constitucional brasileiro o sistema remuneratório de subsídio, previsto como o pagamento feito em “parcela única” e sendo vedado “qualquer acréscimo”.

Em que pese a referida emenda se destinar a uma ampla reforma nas normas constitucionais administrativas, tendo como cerne questões econômicas e políticas, este trabalho buscou trazer ao debate argumentos jurídicos contra os efeitos da implantação do subsídio, em sua leitura inicial e perfunctória.

O subsídio, entendido pela leitura literal da norma constitucional que o inseriu, como unicamente remuneração paga em “parcela única”, foi aplicado de modo a suprimir contraprestações remuneratórias que têm por finalidade recompor a força de trabalho prestada em situações especiais, direitos sociais de suma importância, tais como os adicionais por serviço extraordinário e noturno.

Esta supressão fere frontalmente direitos fundamentais consagrados, frutos de vários anos de luta dos trabalhadores em geral, donde se deve, indubitavelmente, incluir os servidores públicos. Representa um retrocesso normativo em face aos direitos sociais constitucionalizados, resultando em uma aplicabilidade deficitária dos direitos fundamentais inscritos na Carta Magna.

Por tudo isso, a interpretação literal do novo dispositivo constitucional, de forma a negar o pagamento de verbas correspondentes a direitos sociais trabalhistas



dos servidores públicos, fere a própria Constituição da República de 1988, pois uma carta política que tem como princípios basilares a isonomia e a dignidade humana e como, objetivo “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” não se coaduna com discriminação promovida contra o servidor público, através desta leitura.

Ao observar estes e outros aspectos foi que a doutrina pátria logo se manifestou por uma leitura sistemática da norma instituidora do sistema de subsídio, de maneira a afirmar que não se pode considerar englobado na parcela única aqueles direitos sociais elencados no art. 39, § 3<sup>a</sup> da CRFB (1988), pois ali estão expressos vários direitos sociais do art. 7<sup>o</sup> da CRFB como aplicáveis aos servidores públicos.

Como visto, o entendimento doutrinário foi gradativamente incorporado pelo Judiciário, de maneira que o termo “parcela única” foi sendo compreendido com alguns “temperamentos” para possibilitar a manutenção do pagamento das verbas elencadas no art. 39<sup>o</sup>, § 3<sup>o</sup> mesmo aos servidores remunerados por subsídio.

Esta solução, todavia, não se mostrou satisfatória, visto que o art. 39, § 3<sup>o</sup>, não prevê direitos sociais como os adicionais de periculosidade, penosidade e insalubridade, o que acaba por deixar injustificadamente desprotegido o servidor que trabalha nas condições que ensejam a percepção destes adicionais. É legítima esta discriminação?

Analisando a matéria de maneira ainda mais ampla, alguns julgadores já vêm ultrapassando o limite do art. 39, § 3<sup>o</sup>, assegurando os referidos adicionais àqueles servidores que fazem jus ao seu pagamento, mesmo que sejam remunerados pelo sistema de subsídio, conforme se viu pelos julgados do TJ-AL.

Entretanto, urge que o STF faça uma análise cuidadosa da matéria e emita uma decisão definitiva e vinculante, que confira maior eficácia aos direitos sociais do servidor público, no sentido de nortear os julgadores pátrios, para dissipar a insegurança jurídica que se vislumbra sobre a matéria, uma vez que cada servidor público é deixado à sorte dos variados entendimentos jurídicos sobre seus direitos sociais.



Clama-se, portanto, para que, diferentemente do que a Suprema Corte já decidiu sobre a matéria até então, seja feito um estudo cuidadoso do caso, no sentido de alcançar uma decisão justa e razoável, compatível com o sistema constitucional como um todo e os valores por ele protegidos.

É imperiosa uma interpretação promovedora da eficácia máxima da Constituição, assegurando aos servidores remunerados por subsídio os direitos sociais decorrentes da forma como são desempenhadas as suas atividades, independentemente de estarem elencados no art. 39, 3º ou não, promovendo o respeito à força de trabalho do servidor público e aos direitos sociais constitucionalmente previstos e historicamente conquistados.

O servidor público brasileiro aguarda ansiosa e legitimamente por esta decisão, pois não se pode deixar perpetuar uma leitura deficitária dos direitos e garantias fundamentais conquistados ao longo de décadas de lutas.

## REFERÊNCIAS

ALAGOAS (Estado). Tribunal de Justiça de Alagoas. 2014. **Apelação Cível nº 0005153-68.2009.8.02.0001**. Apelante: Estado de Alagoas. Apelado: Larissa Vital Minin de Lins e outros. Relator: Juiz Convocado Marcelo Tadeu Lemos de Oliveira. Maceió, 03 de julho de 2014. Disponível em: <<http://www2.tjal.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=39141&cdForo=0&vIcAptcha=YxiZY>>. Acesso em: 5 ago. 2014.

ALAGOAS (Estado). Tribunal de Justiça de Alagoas. **Apelação Cível nº 0039090-35.2010.8.02.0001**. Apelante: Estado de Alagoas. Apelado: Alessandra Cavalcante Menezes e outros. Relator: Des. PEDRO AUGUSTO MENDONÇA DE ARAÚJO. Maceió, 04 de abril de 2014. Disponível em: <<http://www2.tjal.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=35400&cdForo=0>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais – Capítulo 5. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2009.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19/1998**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2013.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 855165** do Tribunal Regional da 4ª Região. Agravante: Sindicato dos Policiais Rodoviários Federais do Estado do Rio Grande do Sul (SINPRF/RS). Agravado: União. Relator: GILMAR FERREIRA MENDES. Brasília, 23 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4223090>>. Acesso em: 03 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 812270** do Tribunal de Justiça de Alagoas. Recorrente: Estado de Alagoas. Recorrido: Antenor Nunes do Nascimento e outros. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 30 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=107&dataPublicacaoDj=04/06/2014&incidente=4571936&codCapitulo=6&numMateria=81&codMateria=3>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 0000036-15.2009.404.7005/PR** da Justiça Federal do Paraná. Apelante: Douglas Renato da Rocha Herrmann e outros. Apelado: União. Relator: JOSÉ JÁCOMO GIMENES. Porto Alegre, 07 de dezembro de 2010a. Disponível em: <[http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=3911113&hash=650c0528f8fb872379aa58b48ff3dbb9](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3911113&hash=650c0528f8fb872379aa58b48ff3dbb9)>. Acesso em: 03 abr. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível nº 485412-PE** da Justiça Federal de Pernambuco, 7ª Vara. Apelante: Sindicato dos Policiais Rodoviários Federais no Estado de Pernambuco (SINPRF/PE). Apelado: União. Relator: PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA. Recife, 29 de abril de 2010b. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/cp/cp.do>>. Acesso em: 3 abr. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Bahia: JusPodium, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Bahia: JusPodium, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.



# A TUTELA PENAL AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO: ABORDAGEM DA PROBLEMÁTICA SOCIAL SOB A ÓTICA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS<sup>1</sup>

ENVIRONMENTAL PROTECTION CRIMES IN BRAZILIAN LAW FROM THE VIEWPOINT OF  
CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND GUARANTEES

*José Renato Martins<sup>2</sup>*

## Resumo

Este trabalho foi realizado com o objetivo de tecer considerações sobre a tutela penal ambiental no direito brasileiro, particularmente, em relação à Lei de Crimes Ambientais – Lei 9.605/98, partindo-se de uma breve análise da problemática ambiental na sociedade contemporânea, tendo o meio ambiente como objeto de proteção jurídica, analisando-se o emprego do direito penal para a proteção desse bem jurídico e os instrumentos dogmáticos próprios dessa ciência que tem sido utilizados para a proteção do meio ambiente, bem como a confrontação dessa espécie de tutela penal com as garantias constitucionais, concluindo-se, ao final, reflexiva e criticamente sobre o tema, de extrema importância para o direito penal da atualidade.

**Palavras-chave:** Direito ambiental; Tutela penal; Fundamentos e princípios constitucionais.

## Abstract

This work was carried out with the aim of weaving considerations over environmental protection crimes in Brazilian law, particularly in relation to the Environmental Crimes Law – Law nº 9.605/98, in a brief analysis of environmental issues in the contemporary society, and the environment as an object of legal protection, analyzing the use of criminal law for the protection of this legal interest, and the dogmatic instruments of this science that have been used for the protection of the environment, as well as the confrontation of this species of criminal protection with the constitutional guarantees, concluding, at the end, reflective and critically about this theme, of utmost importance to the current criminal law.

<sup>1</sup> Artigo recebido em 24/04/2014, pareceres submetidos em 24/07/2014 e 25/07/2014 e aprovação comunicada em 13/10/2014.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP e Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo - USP. Professor Doutor da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP. Coordenador do Curso de Graduação em Direito "Campus" Taquaral - Piracicaba/SP (Mandato 2007-2010 e 2011-2014). E-mail: <jmartins@unimep.br>





**Keywords:** Environmental law; Criminal protection; Constitutional principles and basics.

## 1 A PROBLEMÁTICA AMBIENTAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E O MEIO AMBIENTE COMO OBJETO DE PROTEÇÃO JURÍDICA

Com o passar dos anos e décadas, percebe-se que as atividades e a vida do ser humano destroem progressivamente o Planeta e ameaçam as bases da própria vida.

À medida que a capacidade do homem de aproveitar os recursos e de interferir nos processos da natureza foi aumentando, as sociedades cresceram, passando a deixar marcas cada vez mais profundas no ambiente.

Nos últimos tempos, em meio à denominada sociedade de risco,<sup>3</sup> tudo se acelerou: o crescimento demográfico, os progressos científicos e técnicos, as novas tecnologias, a mecanização e motorização da produção e dos transportes, a utilização crescente de energia, a urbanização ... E, mais recentemente, o homem tem ocasionado desequilíbrios cada vez maiores e uma completa degradação do meio ambiente, não apenas nos territórios em que vive, mas também nos ciclos essenciais à reprodução das condições de vida na Terra.

A perspectiva de progresso, sobretudo após as transformações advindas com a Revolução Industrial, considerada marco histórico do século XIX e o fenômeno de maior relevância da era contemporânea, o entusiasmo com as constantes descobertas tecnológicas e as inesgotáveis necessidades humanas de consumo, estimuladas por este novo modelo de desenvolvimento, fizeram com que fossem ignorados os perigos da poluição e seus alertas.

---

<sup>3</sup> Conforme afirmam Beck, Giddens e Lash, o conceito de sociedade de risco provoca transformações notáveis e sistêmicas em três áreas de referência. Em primeiro lugar, há o relacionamento da sociedade industrial da pós-modernidade com os recursos da natureza e da cultura, sobre cuja existência ela é construída, mas que são dissipados no surgimento de uma modernização amplamente estabelecida. Em segundo lugar, há o relacionamento da sociedade com as ameaças e os problemas produzidos pela mesma, excedendo as bases das ideias sociais de segurança. Por essa razão, assim que as pessoas tomam consciência desses problemas, são capazes de abalar as suposições fundamentais da ordem social convencional. Finalmente, em terceiro lugar, as fontes de significado coletivas e específicas de grupo na cultura da sociedade industrial estão sofrendo de exaustão, desintegração e desencantamento. In: Beck; Giddens; Lash, 1997, p. 18.



Foi somente nas últimas décadas do século XX que surgiram os primeiros sinais do despertar da preocupação com a preservação da natureza, tendo em vista a percepção dos efeitos danosos da degradação ambiental na saúde e na qualidade de vida do ser humano, decorrentes de suas crescentes interferências, impostas indiscriminadamente ao meio ambiente, natural e artificial, sobretudo nas sociedades industrializadas, cuja situação era agravada pela explosão demográfica e pela concentração urbana desordenada.

Guido Fernando Silva Soares comenta que:

Uma revisão da história passada demonstra que a natureza, com seus valores, foi uma descoberta da segunda metade do século XX, e os motivos parecem ser claros: lutar contra a degradação intolerável do meio ambiente, com vistas à saúde e ao bem-estar da espécie humana. As primeiras regras jurídicas que emergiram e eram destinadas à proteção do meio ambiente, tiveram como finalidade, portanto, a proibição expressa daquelas atividades das quais resultavam efeitos danosos à saúde do ser humano. Muito posteriormente, as normas jurídicas passaram a preocupar-se com outros valores do meio ambiente, como a sanidade da vida animal e vegetal, bem como a interação necessária entre os seres vivos e seu entorno. (SOARES, 2003, p. 15-16)

Paralelamente, foi se consolidando na comunidade internacional uma visão holística<sup>4</sup> do meio ambiente e a consciência de que as grandes questões ambientais interessam a todos os Estados, independentemente das delimitações de territórios, do estabelecimento de fronteiras políticas, bem como de maior ou menor desenvolvimento econômico, social, cultural, científico e tecnológico, recomendando, por conseguinte, a criação e a harmonização das políticas públicas e das normas jurídicas de proteção ambiental e de controle da poluição.

A respeito das dificuldades que podem decorrer da adoção de tratamentos jurídicos distintos, em razão da repartição política de uma unidade ambiental entre Estados soberanos, Guido Fernando Silva Soares também observa o seguinte:

Os países da atualidade, organizados em Estados, não podem prescindir da existência de um território reconhecido como deles, o qual, por sua vez, não pode existir sem uma delimitação física em relação aos outros países,

<sup>4</sup> Explica Séguin (2002, p. 4) que “o prefixo *holos* vem do grego significando inteiro, não fragmentado. Assim, uma abordagem holística seria a que procuraria uma visão de conjunto indissociável, interdependente e em constante mutação que representa a vida no Planeta Terra”.



sejam vizinhos ou não. Contudo, os rios fronteiriços não mudam as cores de suas águas quando atravessam fronteiras, nem as aves, os peixes e as correntes marítimas necessitam de passaportes e vistos de entrada para percorrer seu caminho natural de passar livremente do território de um Estado para o território de outro Estado, e, da mesma forma, os ventos que transportam poluição de um país para outro, não se submetem a nenhuma lei ou regulamento sobre transporte internacional de resíduos tóxicos. [...] Enfim, há fenômenos em que a noção de fronteira é propositadamente inexistente, como no caso do clima mundial, do patrimônio natural e cultural da humanidade, e, particularmente, nos espaços globais (conhecidos como os *global commons*): o alto-mar, o solo e o subsolo dos fundos marítimos e oceânicos, e o espaço sideral. (SOARES, 2003, p. 14-15)

E continua o citado autor, discorrendo sobre a inevitável interdependência existente entre os Estados:

A atual tomada de consciência da necessidade de prevenir-se contra a degradação do meio ambiente, o qual se encontra segmentado em inúmeras partes distribuídas pelos Estados, forçou os países a reconhecer que, no universo do planeta Terra, existe somente um único meio ambiente e a única maneira de ter-se uma regulamentação racional em relação a ele seria unificar os vários “meios ambientes” – local, nacional, regional ou internacional – num único sistema normativo, determinado pelo direito internacional. Um aspecto que tornava tal necessidade ainda mais premente dizia respeito à inutilidade de tomar-se qualquer providência no interior dos ordenamentos jurídicos nacionais, se não houvesse, ao mesmo tempo, idêntica providência por parte dos demais Estados. (SOARES, 2003, p. 39)

Evidenciada a interdependência e a necessidade de interação entre os Estados, estabeleceu-se um amplo debate na comunidade internacional a respeito das questões ambientais, envolvendo inclusive organizações internacionais e intergovernamentais e, de uma forma ainda incipiente, as organizações não governamentais (ONGs).

Como marco desse momento do cenário internacional e evento de grande repercussão no Direito Internacional do Meio Ambiente, foi realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU), no período de 5 a 16 de junho de 1972, em Estocolmo, na Suécia, a primeira grande conferência – Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano – oportunidade em que foram discutidos entre os países desenvolvidos e países em vias de desenvolvimento os grandes temas e preocupações referentes à temática ambiental, resultando a Declaração de Estocolmo (Declaração sobre Meio Ambiente Humano), contendo 26 princípios e um Plano de Ação para o Meio Ambiente, composto de 105 declarações.



Michel Prieur, a propósito, comenta que:

O grande mérito da Conferência de Estocolmo de 1972 foi de forçar os países desenvolvidos a obter uma visão de ecologia que ultrapassa suas próprias preocupações resultantes das poluições provocadas por um desenvolvimento industrial descontrolado e um consumo excessivo dos recursos naturais. A realidade quotidiana da fome, da doença e da sobrevivência obrigava a elucidar as relações entre meio ambiente e desenvolvimento. [...] As preocupações ecológicas iam se revelar como um elemento indispensável ao desenvolvimento, lhe permitindo ser sustentável e não ser afetado por efeitos secundários imprevisíveis e deletérios [...]. (PRIEUR, 2001, p. 39-40)

Da Conferência de Estocolmo de 1972 e das diretrizes pela mesma estabelecidas, resultou o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA, com sede em Nairóbi, ao qual incumbe, especialmente, “pôr em ação os princípios da Declaração de Estocolmo, concernentes, notadamente, a responsabilidade dos Estados pelos danos ecológicos, e o incentivo para concluir tratados tendo em vista proteger o meio ambiente”. (DESPAX, 1980, p. 659-660, *apud* SILVA, 2000, p. 67). Além disso, a Declaração de Estocolmo “abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um *direito fundamental* entre os direitos sociais do Homem, com sua característica de *direitos a serem realizados e direitos a não serem perturbados*”. (SILVA, 2000, p. 67)

A despeito dessa conscientização globalizada e dos inúmeros tratados que sucederam tal Conferência, teve continuidade a escala de degradação do meio ambiente, inclusive com a ocorrência de reiteradas catástrofes ecológicas de grandes proporções, revelando a insuficiência das providências até então adotadas no cenário nacional e internacional.

Diante da inadiável necessidade de enfrentamento da crise ambiental instalada, foi instituída pelas Nações Unidas, em 1983, a denominada Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento, presidida pela Primeira-Ministra da Noruega, Dr<sup>a</sup>. Gro Harlem Brundtland. Das inúmeras reuniões preparatórias, realizadas em diversos países, resultou o Relatório Brundtland, intitulado “Our Common Future” (*Nosso Futuro Comum*), entregue em 1987, traçando um panorama das principais questões ambientais mundiais e possíveis estratégias. Ideia



dominante apresentada neste relatório, vale registrar, foi a de desenvolvimento sustentável, introduzida como um novo paradigma, sem deixar de lado, todavia, as disparidades existentes entre os Estados e o enfrentamento da pobreza e do subdesenvolvimento como indissociáveis da solução dos problemas ambientais. (RUIZ, 1999, p. 21-22)

Posteriormente, em 1992, entre os dias 01 e 15 de junho, realizou-se no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, mais conhecida como Cúpula da Terra (*Earth Summit*) ou ECO-92. Dentre os inúmeros resultados dessa Conferência, podem ser destacadas: duas convenções internacionais de extrema importância (Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e a Convenção da Diversidade Biológica); a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; e a Agenda 21.

Os princípios normativos proclamados na Declaração do Rio traduzem os deveres a serem observados por todos os Estados, cujo enfoque primordial é a proteção do meio ambiente, reconhecido como direito das presentes e futuras gerações (Princípio 3)<sup>5</sup>. O desenvolvimento sustentável, nestes termos, é tido como conceito central a orientar e nortear todas as decisões e políticas públicas e privadas, no direito nacional e internacional (Princípio 4)<sup>6</sup>. Também é reafirmada a indispensável cooperação entre os povos, a luta contra a pobreza, inclusive com a adoção de política demográfica e a responsabilidade comum, mas diferenciada dos países industrializados. Ademais, dentre as diversas obrigações a serem observadas pelos Estados, merecem destaque: o princípio do poluidor-pagador,<sup>7</sup> da precaução<sup>8</sup> e de realização de estudo prévio de impacto ambiental.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Princípio 3 da Declaração do Rio: “O direito ao desenvolvimento deve ser exercido, de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e ambientais de gerações presentes e futuras”.

<sup>6</sup> Princípio 4: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento, e não pode ser considerada isoladamente deste”.

<sup>7</sup> Na Declaração do Rio de Janeiro de 1992, esse princípio foi enunciado no Princípio 16, que diz o seguinte: “Tendo em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais”.



O conceito de sustentabilidade, portanto, traz em seu bojo um direito de equidade intergeracional, segundo o qual, as gerações presentes tem direito ao desenvolvimento, que deve ser exercido com equidade, de modo a permitir que sejam satisfeitas suas necessidades atuais, não comprometendo, contudo, os bens do patrimônio comum para as futuras gerações.

Por sua vez, com o conceito gerado de desenvolvimento sustentável passou a reinar uma percepção de que o homem só pode viver com dignidade se o meio ambiente for ecologicamente equilibrado, percepção essa que se disseminou mundialmente por volta das décadas de 60 e 70. (MACHADO, 2014, p. 70)

A ideia de desenvolvimento sustentável é associada à utilização dos recursos naturais e de desfrute do meio ambiente de modo a satisfazer as necessidades das gerações presentes sem o comprometimento das futuras gerações. É um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico, bem como as alterações institucionais harmonizam e combinam de uma vez o potencial do ser humano atual e futuro, visando à satisfação das necessidades e as aspirações humanas. (MARTÍN MATEO, 1991, p. 384)

Ocorre, no entanto, que a busca desenfreada pelo crescimento econômico subjugou o meio ambiente, ignorando ou fazendo passar despercebido o desenvolvimento sustentável e seus propósitos. A subsequente destruição da natureza se caracteriza nesse início de século XXI, como um dos maiores problemas da sociedade humana. (PRADO, 2013, p. 67) A sobrevivência da espécie humana e sua digna qualidade de vida dependem, de fato, da sustentação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. E o Direito, ciência que tem como objetivo

---

<sup>8</sup> O princípio da precaução foi expressamente previsto e definido, ainda, na Declaração do Rio de Janeiro de 1992, no Princípio 15, que dispõe: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

<sup>9</sup> O Princípio 17 da Declaração do Rio de Janeiro também preconiza a utilização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, dizendo: “A avaliação de impacto ambiental, como instrumento nacional, deve ser empreendida para atividades planejadas que possam vir a ter impacto negativo considerável sobre o meio ambiente, e que dependam de uma decisão de uma autoridade nacional competente”.





regular a vida do ser humano em sociedade (HART, 2005, p. 13), não poderia permanecer alheio a essa situação.

Diante desse panorama assustador, com o propósito de lutar contra a degradação da natureza com todos os meios jurídicos possíveis, os Estados, por meio de seus ordenamentos, tem procurado atuar em várias frentes legais para proteção do meio ambiente<sup>10</sup>.

Em decorrência da indiscutível importância da sua preservação, gerada pela consciência da necessidade da proteção já destacada, que cada vez mais vem se acentuando, o Direito tem demonstrado particular interesse pelo meio ambiente, a ponto de este bem jurídico merecer tutela constitucional em muitos países. O Brasil, sabidamente, trouxe algumas das mais avançadas regras na busca de preservação desse novo ramo do direito (MARTINS, 2007b, p. 1)<sup>11</sup>.

No Brasil, primeiramente, o art. 225 da Constituição Federal de 1988 coroou todos os esforços ambientalistas na Assembleia Constituinte e atribuiu a esse bem jurídico de natureza supraindividual<sup>12</sup> um direito autônomo, isto é, o direito ao meio ambiente<sup>13</sup>, cuja preservação passa a ser a pilastra em que se assenta a política econômico-social do país<sup>14</sup>, e dedicou três parágrafos às atividades suscetíveis de causarem danos ambientais. Em vista deste projeto, chama a atenção aquele que trata da responsabilidade penal<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Na atualidade, a tutela jurídica do meio ambiente é mesmo uma exigência mundialmente reconhecida e a evolução normativa que se desenvolve tem como imperativo essencial de sobrevivência e solidariedade a responsabilidade histórica das nações pela preservação da natureza para o presente e o futuro. (PRADO, 2013, p. 70).

<sup>11</sup> Ou então, como afirma Edis Milaré, como consequência do registro feito por aquele autor, no sentido de que preservar e restabelecer o equilíbrio ecológico se tornam questões de vida ou morte. (MILARÉ, 2005, p. 844).

<sup>12</sup> Adota-se, aqui, a denominação de direito supraindividual, muito embora, entenda-se que os três termos usualmente utilizados pela doutrina – supraindividual, difuso e coletivo – são, na verdade, o mesmo em sentido amplo. Assim, a distinção realizada por alguns estudiosos do Direito quanto às pessoas, determinadas ou indeterminadas, de um certo grupo perde a razão de ser ao se tomar a necessidade de que, mesmo dentro de uma massa indistinta de pessoas, alguns agentes tenham de ser identificados para poder se configurar uma lesão ou, ao menos, um prognóstico de lesão a um bem penalmente protegido. Nesse sentido: Silveira, 2003, p. 58-59.

<sup>13</sup> “Art. 225. Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações”.

<sup>14</sup> Cf. art. 225, § 1º, da Constituição do Brasil.

<sup>15</sup> “§ 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”.



Foi nessa esteira, que o legislador pátrio, seguindo a tendência de muitos países ocidentais, aprovou, em regime de urgência, a Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), festejada como objeto de grande avanço pelos defensores da natureza, gerando, porém, muitas discussões e dúvidas entre os juristas no tocante à sua aplicabilidade, tendo em vista os possíveis embates de suas normas com os princípios penais constitucionais (REALE JÚNIOR, 1999, p. 80-81), sugerindo, inclusive, a ineficácia desse tipo de proteção jurídica. (MENDES, 2000, p. 171-178)

Há também quem constate na Lei dos Crimes Ambientais uma marca clara de expansão do direito penal, porquanto, além de eivada de falta de técnica legislativa, criminaliza condutas irrelevantes, para em contrapartida conferir benesses em relação aos fatos mais gravemente lesivos ao meio ambiente. (REALE JÚNIOR, 2005, p. 74)

Contudo, antes de se analisar o tratamento jurídico-penal conferido pelo legislador pátrio à tutela do meio ambiente é imperioso discorrer acerca dos instrumentos específicos de proteção penal que tem sido utilizados por determinados ordenamentos estatais – inclusive o brasileiro – para a defesa desse bem jurídico de importância destacada no cenário jurídico pátrio e mundial.

## **2 A UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL PARA A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E SUA ESPECIAL FORMA DE TUTELA**

Hodiernamente, apresenta-se indiscutível a tese de que é necessária a proteção efetiva do meio ambiente, cujo autor fundamental para exercer tal papel tem sido o Direito. Nesse diapasão, mesmo diante dos desafios às diversas áreas do conhecimento e do desenvolvimento humanos que essa espécie particular de tutela apresenta, os legisladores tem proclamado algumas boas razões para se lançarem na senda da tutela penal ambiental.

Pode-se, por exemplo, afirmar que o incremento da complexidade das relações sociais contemporâneas inaugurou novos espaços de interesse jurídico-penal e questões de diferenciado nível de complexidade, cuja problematização culminou no esgotamento explicativo dos critérios jurídicos clássicos, invocando novos estudos que permitam um já indispensável aprimoramento (D'ÁVILA, 2008, p.



307). Também, o clamor social existente neste domínio, inerente à amplitude do moderno movimento de neocriminalização e o fato de se tratar de matéria cuja dignidade penal já não se contesta (FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE, 1984, p. 440-441). E ainda, o motivo que as normas gerais, não penais, muitas vezes se mostram insuficientes à proteção de interesses sociais, impondo-se a atuação do direito penal à efetivação da sua tutela. (MARTINS, 2007b, p. 2)

A despeito das razões que conduzem à intervenção do direito penal na tutela ambiental – necessária, como restou apontado –, diante da consolidação da mencionada sociedade de risco, nota-se que o direito penal é chamado a cumprir seu papel de instrumento de controle de riscos juntamente com as demais normas de outros ramos do Direito.

Nessa esteira, não bastam as regulamentações de natureza civil e administrativa para a tutela efetiva do ambiente; o direito penal também tem sua função na sociedade contemporânea, cujas características, contudo, facilitam o discurso pela expansão desse direito<sup>16</sup>, o que acaba colocando o gestor de riscos (legislador ou magistrado) diante de um conflito, haja vista que ele deverá lidar, ao mesmo tempo, com os discursos de retração dos âmbitos de abrangência das normas criminais e com a citada expansão do direito penal, o que envolve, inclusive, uma análise que perpassa toda a atividade político-criminal. (BOTTINI, 2007, p. 86)

Na realidade, o chamado caráter expansivo do direito penal vai além, assumindo, para Cornelius Prittwitz, um significado tridimensional, a saber: o adiantamento propriamente dito das barreiras entre os comportamentos impune e punível; a acolhida de novos candidatos no âmbito dos bens jurídicos (como é o caso do meio ambiente, foco do presente estudo); e ainda, a redução das exigências à reprovabilidade, expresso na mudança de paradigma que vai da hostilidade para o bem jurídico e da perigosidade para o mesmo. (PRITTWITZ, 2003, p. 4)<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Tornou-se comum o discurso favorável ao afastamento dos princípios iluministas e de cunho marcadamente antropocêntrico do direito penal clássico. Passou-se a exigir um direito penal apto a lidar, cada vez mais, com bens jurídicos supraindividuais e de relevância capital. (POZZEBON, 2008, p. 369). Para Renato de Mello Jorge Silveira, a problemática da expansão do direito penal na atualidade também se reflete na imputação de riscos, cuja questão versa sobre a desmaterialização, ampliação e flexibilização dos princípios e garantias tradicionais. (SILVEIRA, 2006, p. 122).

<sup>17</sup> Sublinhe-se, porém, que Cornelius Prittwitz é adepto da Escola de Frankfurt e rechaça a expansão do direito penal, embora a citação possa conduzir a uma conclusão diferente.



Diante das necessidades impostas pela atual sociedade pós-industrial para a adaptação do direito penal, como meio de defesa efetivo face aos novos riscos e, portanto, visando fornecer respostas aos atuais clamores de proteção social, esse ramo do direito desenvolve modificações estruturais, adaptando o sistema repressivo ao fenômeno da sociedade de risco. Surge, então, o direito penal de risco<sup>18</sup> como um particular setor do pensamento penal, com intuito de atender aos anseios por respostas eficientes aos novos riscos da sociedade contemporânea.

O direito penal de risco, consequência dogmática dessa sociedade onde estão presentes os novos riscos, cunhados de alta tecnologia e potencialidade danosa, caracteriza-se por uma série de instrumentos com os quais se procura enfrentar satisfatoriamente tais questões. É em razão das novas incertezas, que se colocam sobre a determinação dos perigos e seu julgamento, que alternativas acabam sendo formuladas no interior do sistema político.

Assim, o direito penal de risco consiste no discurso jurídico, segundo o qual este direito deve ser utilizado para enfrentar os novos riscos sem quaisquer ressalvas, partindo de certas transformações significativas nos conceitos, institutos e princípios da dogmática. Em síntese, sugere a mitigação do princípio da reserva legal, o amplo emprego de mecanismos próprios de antecipação da tutela penal e o abandono de princípios básicos garantidores do cidadão ante o *ius puniendi*, como a culpabilidade e a imputação objetiva, entre outros. (FIGUEIREDO DIAS, 2001, p. 132)

Destarte, identificam-se algumas características modernas do chamado direito penal de risco. Quer-se dizer com isso, que a dogmática penal contemporânea propugna pela utilização de alguns instrumentos próprios desse discurso político-criminal, com os quais pretende esse direito penal enfrentar com efetividade os novos riscos.

---

<sup>18</sup> O conceito de direito penal de risco aparece, inicialmente, em uma obra de Jürgen Wolter, de 1981, *Objektive und personale Zurechnung Von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einen funktionalen Straftatsystem*. Para Renato de Mello Jorge Silveira, o direito penal de risco – que ele chama de direito penal de perigo – é “um direito penal adequado às necessidades da atual sociedade pós-industrial, tanto se mostrando como instrumento eficaz de condução de comportamentos, como meio de defesa a novos riscos presentes hodiernamente, que pretende, assim, configurar uma ideia de segurança frente às inseguranças sociais”. (SILVEIRA, 2006, p. 99).



Nesta oportunidade, urge apontar quais os principais instrumentos dogmáticos próprios do direito penal de risco que tem sido empregados para a proteção do meio ambiente, a saber:

a) o ancoramento no *princípio da precaução* como alternativa necessária para pautar a administração dos riscos e ocupar os espaços de regulamentação institucional de atividades;

b) a utilização de *crimes de perigo abstrato* para a tipificação das condutas delitivas;

c) o recurso às *normas penais em branco* na busca da complementação típica exigida pela evolução tecnológica e científica das atividades geradoras dos novos riscos; e

d) a criação de *tipos penais abertos* como técnica legislativa que deve estar presente na sociedade de risco, abrindo-se espaço, inclusive, ao magistrado, enquanto gestor de riscos, para a complementação dos elementos (normativos) do tipo no momento de aplicação da lei.

O *princípio da precaução* surgiu na Alemanha, em meados da década de 1970, como fundamento de uma política intervencionista e centralizadora na área de poluição atmosférica, e em um contexto de grande agitação e preocupação social quanto aos perigos para a saúde pública advindos do *smog* fotoquímico e à perspectiva alarmante de destruição das florestas pelas chuvas ácidas. Tal como é interpretado nesse País, tem quatro postulados, a saber: (BOEHMER-CHRISTIANSEN, 1994, p. 37)

- detecção antecipada dos perigos, necessitando-se, para tanto, promover e incentivar a pesquisa e a investigação científicas;

- face à ameaça de danos irreversíveis, a ausência de provas científicas conclusivas não pode constituir argumento para adiar a adoção de medidas adequadas a controlar riscos de dano ambiental;

- promoção do desenvolvimento tecnológico e incentivo à criação de novos processos técnicos aptos a reduzir ou eliminar os níveis de descarga de poluentes; e



▪ constitui incumbência do Estado promover a introdução de processos e tecnologias mais limpas no setor privado.

Logo, o princípio da precaução é um instrumento próprio do direito penal de risco, com incidência muito significativa sobre o meio ambiente, cuja aplicação pressupõe, basicamente: a) condutas humanas com potencial para causar danos coletivos vinculados à situações catastróficas, que podem atingir os seres vivos em seu conjunto; e b) ausência de certeza científica ou evidências estatísticas sobre seus potenciais efeitos danosos.

Percebe-se, pois, que o princípio da precaução baseia a ação na mera suspeita dos riscos que determinada atividade pode comportar, mesmo diante da insegurança quanto à sua existência e ao seu desconhecimento, tanto da sua dimensão como de seus possíveis efeitos prejudiciais. Tal princípio toma corpo nos casos em que há uma perplexidade científica em relação aos processos causais nos quais a atividade pode desencadear, impedindo, assim, qualificá-los como previsíveis.

As incriminações mediante delitos de perigo abstrato, por exemplo, sob a perspectiva do direito penal de risco, demonstram decorrer desse raciocínio. A partir de tais formas de incriminação, o legislador adota medidas extremamente graves em relação a certas condutas que somente se “supõem” perigosas aos bens jurídicos, sem, entretanto, que se disponha de um juízo de certeza no que diz respeito aos resultados derivados das mesmas. Além disso, a imposição de pena toma por base uma operação probabilística, pois o magistrado, enquanto gestor de riscos, acha-se dispensado de comprovar a ocorrência de qualquer desdobramento danoso ou que possa ser considerado ameaçador a partir da referida conduta. (MACHADO, 2005, p. 136)

Observa-se, por conseguinte, que o direito penal vem incorporando paulatinamente a precaução como princípio orientador de certas normas penais, objetivando robustecer o sistema de gerenciamento de riscos e responder às constantes demandas sociais por maior controle, de modo que surgem, nos ordenamentos jurídicos, determinados tipos penais indicando condutas cuja periculosidade não resta evidente, com o intuito de colmatar o vazio deixado pela ciência no sentido de disponibilizar prontas e elucidativas respostas acerca dos





riscos e perigos quanto aos cursos causais e sobre as possibilidades de imputação do resultado. (BOTTINI, 2007, p. 83)

No entanto, a aceitação e aplicação desses tipos penais que incriminam condutas cuja periculosidade não se mostra evidente ou, quiçá, nem existe, apresenta-se temerária diante dos instrumentos dogmáticos vigentes que vem sendo costumeiramente utilizados pelo intérprete diante do caso concreto, particularmente no tocante à imputação objetiva, que serve para limitar a responsabilidade penal e, segundo a qual, uma conduta só pode ser imputada quando tiver criado um risco juridicamente desaprovado e que culmina na produção do resultado. (BACIGALUPO ZAPATER, 1994, p. 121)<sup>19</sup>.

O emprego do direito penal nos casos de precaução implica em que a norma penal se antecipe não só ao resultado lesivo, mas à própria constatação do risco, coibindo condutas que se apresentam como perigosas apenas sob a ótica indiciária, na medida em que elas não tem sua periculosidade reconhecida pela ciência, nem pelas evidências estatísticas. Logo, sua tutela penal se deve apenas ao fato de que a sociedade a exige, por se achar temerosa com os graves e/ou desastrosos efeitos (potenciais e ocultos) derivados do uso das novas tecnologias.

A utilização do princípio da precaução para balisar a punibilidade de condutas sem periculosidade ou nos casos em que esta é meramente indiciária, encontra sérias dificuldades ao se deparar com a imputação objetiva, critério este que constitui um verdadeiro pressuposto para a responsabilização do agente por um determinado resultado, na medida em que não permite a análise do eventual risco derivado da conduta (permitido ou reprovável), bem como com o princípio da lesividade, da proteção aos bens jurídicos, do *in dubi pro reo*, entre outros.

Sendo assim, pode-se dizer que, na hipótese de se admitir a utilização do direito penal nos casos de precaução<sup>20</sup>, a análise do risco estaria excluída, tendo em

<sup>19</sup> Importante ressaltar, que como todas as normas tem aspecto valorativo, mas não *a priori*, no agir comunicativo, cria-se a realidade do Direito, sendo que a valoração apresenta como fundamento o indivíduo, fazendo com que o Estado tenha a sua atuação limitada pela dignidade humana. E, tratando-se de uma sociedade de risco, a intervenção do direito penal encontra o limite na imputação objetiva. Nesse sentido: Martins, 2007b, p. 12.

<sup>20</sup> Frise-se, que a problemática surge quando o propósito é a utilização do princípio da precaução no direito penal. No campo do direito civil e administrativo ambiental, sua aplicação é positiva e atua na perspectiva da proteção integral do meio ambiente, atuando como reforço ao princípio da



conta que as modalidades típicas em questão prescindiriam da constatação do perigo no caso concreto. A aplicação do princípio da precaução no âmbito do direito penal de risco seria especialmente contestável no que diz respeito à tipificação de um certo comportamento, já que em tal princípio não existe sequer o risco *ex ante*, apto a gerar perigo ou dano ao bem jurídico.

Técnica de construção legislativa empregada usualmente para o enfrentamento dos novos contextos de risco, os *crimes de perigo abstrato* constituem instrumento de destaque na expansão do direito penal atual,<sup>21</sup> especialmente em se tratando de determinados delitos que envolvem justamente a presença dos novos riscos, casos em que, aliás, a utilização dessa técnica já foi considerada válida, desde que observados certos parâmetros<sup>22</sup>.

Conceitualmente, o tipo penal de perigo abstrato consiste na técnica segundo a qual o legislador atribui a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de qualquer resultado naturalístico. Ao contrário do que ocorre com os delitos de perigo concreto, os quais implicam uma conclusão no sentido de que existiu um curso provável que conduzia ao resultado temido, o crime de perigo abstrato constitui uma mera prescrição normativa, ou seja, a proibição pura e simples de uma conduta que o legislador considera apresentar um perigo.

O fenômeno da utilização dos crimes de perigo abstrato enquanto técnica legislativa própria da sociedade contemporânea encontra seu fundamento nos novos riscos e em suas características, o que se dá por diversos motivos, principalmente:

- o alto potencial lesivo de algumas atividades e produtos;

---

prevenção, o qual, por sua vez, diferencia-se daquele na medida em que pressupõe o conhecimento, com base em um juízo de prognose ou em dados empíricos, de que determinada ação causa, provavelmente, um dano ao bem jurídico, constituindo uma ameaça concreta à existência ou segurança de uma pessoa ou coisa, assentada em uma probabilidade relevante de ocorrência. (MARTINS, 2010, p. 299-300 e 304).

<sup>21</sup> Há quem entenda, inclusive, que “os tipos de perigo abstrato constituem o núcleo central do direito penal de risco”. (BOTTINI, 2007, p. 117-118).

<sup>22</sup> A respeito, importante frisar que o XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal declarou, na sua 9ª Recomendação, que “o emprego de tipos delitivos de perigo abstrato é um meio válido para a luta contra a delinquência econômica e da empresa, sempre e quando a conduta proibida pelo legislador venha especificada com precisão e conquanto que a proibição se refira diretamente a bens jurídicos claramente determinados. A criação de delitos de perigo abstrato não está justificada quando obedeça exclusivamente ao propósito de facilitar a prova dos delitos”, *apud* Martins, 2007b, p. 13-14.



- a dificuldade de elucidação ou de previsão de nexos causais derivados da aplicação das novas tecnologias;
- os graves problemas causados por tal dificuldade no campo da responsabilidade penal;
- a proteção, cada vez mais acentuada, de bens jurídicos supraindividuais; e
- em virtude da tese dos delitos acumulativos.

Verifica-se, inicialmente, que a proliferação dos crimes de perigo abstrato se deve ao alto potencial lesivo de certas atividades e produtos. De fato, o emprego de novas tecnologias causam ou podem ocasionar graves e irreversíveis lesões a bens jurídicos considerados fundamentais para a sociedade contemporânea (KINDHÄUSER, 1996, p. 83), como é o caso do meio ambiente.

Nos referidos contextos, o importante para o gestor de riscos é a atuação *ex ante*, ou seja, agir para evitar a produção dos resultados. Levando-se em consideração a dimensão dos danos que podem derivar das condutas que envolvem esses tipos de atividades (e que, muitas vezes, são de difícil ou impossível quantificação), o tipo penal de perigo abstrato, dirigido à conduta e não ao resultado, o qual não integra o elemento objetivo do injusto, emerge como uma autêntica antecipação da tutela, acentuando a função preventiva do Direito<sup>23</sup>.

O segundo motivo que explica o aumento dos crimes de perigo abstrato encontra sua justificativa na dificuldade de elucidação ou previsão de nexos causais derivados da aplicação das inovações científicas. Isso ocorre, porque as condutas que se referem à manipulação de fontes de riscos tecnológicos implicam em um

---

<sup>23</sup> Porém, para José Francisco de Faria Costa o alargamento da punibilidade com a criação dos crimes de perigo abstrato não significa maior prevenção, pois os próprios tipos de perigo concreto e os tipos de lesão tem finalidades preventivas gerais diante de outras condutas. Conforme o autor, “a antecipação da proteção aos bens jurídicos penalmente relevantes através da prefiguração de crimes de perigo não significa prevenção criminal, significa, sim, aumento de proteção àqueles precisos bens jurídicos e não prevenção”. (FARIA COSTA, 2000, p. 575). Por sua vez, visando a proteção racional dos bens jurídicos, Urs Kindhäuser entende que se pode efetuar [...] a proteção dos bens jurídicos por meio da proibição de ações que lesionam causalmente os bens jurídicos. Tal ‘proteção total’ é eficaz conquanto o sujeito atuante no caso de pressupor um motivo para respeitar a norma, possa reconhecer e evitar, através de sua conduta, as lesões possíveis aos bens jurídicos. A proibição de perigos concretos amplia esta proteção, porque ela lhe proíbe ao destinatário da norma colocar um bem em uma situação de desproteção grave. (KINDHÄUSER, 1996, p. 86).



dano geralmente afastado da sua projeção normal; daí a oportunidade de se defender a antecipação da tutela penal para um momento prévio à consolidação do resultado, por meio dos delitos de perigo abstrato.

Diante disso, tornam-se ineficazes os tipos de lesão ou de perigo concreto, pois os mesmos exigem, para sua caracterização, a comprovação de relações de causalidade que propiciem a imputação do resultado a um comportamento prévio, o que acaba sendo dificultado, tendo em vista a imprevisibilidade no manejo das atividades inovadoras e os efeitos desconhecidos de novos produtos.

É por conta dessa problemática que o legislador penal é chamado a criar os delitos de perigo abstrato, que, por serem tipos de mera conduta, dispensam a demonstração da lesão ou ameaça ao bem jurídico, além da complexa e muitas vezes desconhecida relação causal entre a conduta e o imaginado efeito arriscado, bem como, do dolo de lesão, sendo suficiente nesse caso, como prova, a só ocorrência no mundo fenomênico da conduta típica considerada perigosa (MACHADO, 2005, p. 133), com o fundamento de que a sociedade deseja evitar o resultado da ação perigosa ao meio ambiente.

Outro fator responsável pelo recurso aos delitos de perigo abstrato deriva dos graves problemas verificados na seara da responsabilidade penal, cuja razão é atribuída às dificuldades de estabelecimento de nexos causais oriundos da aplicação das inovações científicas (BOTTINI, 2007, p. 120)<sup>24</sup>.

Neste caso, a tipificação da conduta por intermédio do perigo abstrato consiste em uma reação legislativa diante das intrincadas questões inerentes a muitas atividades industriais, mormente aquelas que implicam no uso de novas tecnologias, assim como a dificuldade de se fixar seu real e preciso impacto sobre o meio ambiente, o que tem tornado praticamente impossível, em uma série de casos, o estabelecimento de relações de causalidade claras e inequívocas que, nas hipóteses em que se produzam danos, deixam as vítimas em situação muito desfavorável. É em virtude disso que se verifica o apelo aos delitos de perigo

<sup>24</sup> Relativamente à particular dificuldade do estabelecimento de nexos de causalidade para fins de imputação objetiva nos delitos ambientais e com o propósito de avançar mais na discussão em testilha, vide: Hassemer; Muñoz Conde, 1995, p. 49-118.



abstrato, onde a mera realização do risco torna irrelevante a produção do dano e, por consequência, a prova de uma relação de causalidade entre eles.

Outro fenômeno da sociedade de risco que contribui para o surgimento significativo dos delitos de perigo abstrato pode ser conferido à proteção cada vez mais acentuada dos chamados bens jurídicos supraindividuais. Nesse caso, a concessão de *status* penal aos interesses dessa particular natureza implica uma crescente dificuldade de compreensão do delito sob a ótica autor-vítima, em razão da dificuldade de se limitar e caracterizar os agentes passivos da ação criminosa, cuja abstração diminui o espaço dos delitos de resultado, os quais exigem um titular do bem ou objeto ofendido pelo comportamento ilícito, dando lugar ao injusto de perigo abstrato. (BOTTINI, 2007, p. 121)

De fato, afigura-se difícil o estabelecimento da relação causal entre ação e dano em certas formas de delinquência, em razão da abstração dos interesses protegidos, como demonstra a tutela penal do meio ambiente. Os novos e grandes riscos tecnológicos, como catástrofes naturais incontrolláveis para a sociedade, reclamam – segundo a doutrina do direito penal de risco – uma urgente redução da insegurança jurídica mediante a intervenção penal preventiva e orientada às futuras consequências.

Esse adiantamento da proteção penal, nos casos dos bens jurídicos supraindividuais, justifica-se pela necessidade de se proteger aqueles considerados importantes, na fase prévia da lesão, pois com a produção desta, o dano seria irreparável. Então, o legislador penal impulsiona cada vez mais o recurso aos delitos de perigo abstrato, tendência não só crescente, enquanto um dos fundamentos do direito penal de risco, senão, para alguns, inevitável em uma época na qual o progresso técnico tem multiplicado e estendido os fatores de risco. (TERRADILLOS BASOCO, 1985, p. 46)

Por derradeiro, figura jurídica interessante que serve como fundamento para a utilização dos delitos de perigo abstrato consiste nos chamados delitos de acumulação (ou acumulativos). (BOTTINI, 2007, p. 124)<sup>25</sup>. Trata-se de tese

---

<sup>25</sup> Há que se observar, no entanto, que o autor emprega a expressão “atos perigosos por acumulação”. (BOTTINI, 2007, p. 124) Por sua vez, Jorge de Figueiredo Dias faz uso de outra denominação – “delitos aditivos”. (FIGUEIREDO DIAS, 2001, p. 325). De qualquer forma, a



elaborada pelo alemão Lothar Kuhlen, tendo-se em vista os casos de lesão ambiental causada por condutas reiteradas de pessoas diversas, não previamente ajustadas, condutas essas que, por si sós, não representam ameaça relevante a um interesse juridicamente protegido, mas que, unidas a outras realizadas no mesmo sentido, podem conduzir a um ambiente de risco efetivo para aqueles interesses tutelados. Em outras palavras, analisando-se isoladamente os atos perigosos, estes não configuram ameaça ao bem jurídico; porém, a reiteração dessa prática acaba constituindo perigo ao interesse tutelado pelo Direito.

A presente tese dos delitos de acumulação tem servido, particularmente, para sustentar a legitimação da pena estatal em relação a uma grande quantidade de lesões ao meio ambiente, que, via de regra, em si mesmas consideradas, são de escassa relevância, mas que, na hipótese de acumulação, especialmente em longo prazo, podem recair em uma produção de lesões graves e permanentes ao meio ambiente. Tome-se um exemplo: (KUHLEN, 1993, p. 697) se um indivíduo lança cinco litros de azeite usado no leito de um rio, a água não sofrerá lesão significativa em sua função referida ao ser humano, tampouco haverá um perigo concreto que requeira, implicitamente, que a lesão não se tenha produzido somente à origem de uma mera causalidade. Nesse caso, a razão determinante da criminalização da conduta se baseia na ideia da acumulação, partindo-se da suposição de que a sucessão de ações individuais que não ameacem gravemente o meio ambiente e, portanto, inicialmente não merecedoras de sanção penal, no caso de serem produzidas em grande número geram como consequência um prejuízo grave para a qualidade das águas. (KUHLEN, 1993, p. 716)

Com base nisso, Kuhlen sugere a figura dos chamados delitos de acumulação, que deve ser classificada como crime de perigo abstrato devido a sua relação com o bem jurídico, (KUHLEN, 1986, p. 399) a despeito de não se enquadrar com perfeição em tal categoria. O então definido tipo penal de acumulação, conforme o autor, “não exige que uma conduta individual conduza a uma lesão ou colocação em perigo, mas tão somente que pertença a um *tipo* de condutas que, se

---

expressão adotada neste trabalho segue a denominação utilizada pelo criador da referida tese, Lothar Kuhlen, isto é, dos delitos de acumulação (*Kummulationsdelikte*) ou acumulativos, quando da publicação de um artigo jurídico sobre a temática em questão. (KUHLEN, 1986, p. 390).





fossem realizadas *em grande número*, causariam uma lesão ou colocação em perigo”.<sup>26</sup>

Entretanto, o uso da técnica dos delitos de acumulação como sustentáculo para a criação dos crimes de perigo abstrato e a tutela antecipada do meio ambiente é deveras controvertida, não somente no Brasil, mas também na literatura alemã, onde surgiu.<sup>27</sup>

Outro expediente cuja utilização se prolifera na expansão do direito penal, próprio do direito penal de risco, consiste nas *normas penais em branco*,<sup>28</sup> tendo em vista especialmente os contrastes da sociedade contemporânea com os modelos sociais que vigoravam antigamente.

É possível constatar que os novos momentos de proteção penal não são facilmente diagnosticáveis ou, então, vislumbram possibilidades muito variadas e complexas que seriam inalcançáveis a partir de uma mera tipificação, razão pela qual as normas penais em branco visam atender à dinâmica cambiante da

---

<sup>26</sup> Kuhlen, 1986, p. 399. No original: “Ein Kummulationstatbestand fordert nicht, daß eine einzelne Handlung zu einer Verletzung oder Gefährdung führt, sondern nur, daß die Einzelhandlung zu einer *Art* von Handlungen gehört, die, wenn sie *in großer Zahl* vorgenommen würden, eine Verletzung oder Gefährdung herbeiführen würden”.

<sup>27</sup> Importante frisar, que diante das críticas recebidas em torno da tese dos delitos de acumulação, Kuhlen reformulou alguns pontos da teoria. A reformulação mais importante consistiu em esclarecer que a cumulatividade deve ser avaliada a partir de uma perspectiva realista e insistiu, nesse seu segundo artigo, que para a fundamentação do tipo penal de acumulação deve ser levada em conta a ideia de que a ameaça da sanção pode influenciar o cálculo do custo-benefício do indivíduo, especialmente no caso de empresas. (KUHLEN, 1993, p. 721).

<sup>28</sup> A expressão deriva de “lei penal em branco” (correspondente do termo *Blankettstrafgesetz*) e tem sua origem nos estudos realizados por Karl Binding, que a propôs, pela primeira vez, em 1872 (data da primeira edição de sua obra *Die Normen und ihre Übertretung*), para fazer referência a um grupo particular de normas contidas no Código Penal alemão, no qual, muito embora fosse prevista a sanção (*Rechtsfolge*) passível de ser aplicada, remetia-se o preceito (*Tatbestand*) a outras disposições legais, estabelecidas por autoridades administrativas. (BINDING, 1872, p. 74, *apud* DOVAL PAIS, 1999, p. 95). A despeito da distinção que o autor faz entre “lei” e “norma” (a primeira não encerra um mandato, característica própria da segunda), verifica-se entre os doutrinadores nacionais o uso indistinto tanto da expressão “lei penal em branco”, quanto do termo “norma penal em branco”, ou ainda, “tipo penal em branco”, com referência à disposição contida na lei penal. Frequentemente, tem-se usado o termo “norma penal em branco” ao se analisar as fontes do direito penal ou a estrutura da norma jurídico-penal, razão pela qual esta é a expressão adotada neste trabalho. Ainda, na doutrina estrangeira, verifica-se a utilização de outras denominações, a saber: “lei penal incompleta”, “lei absolutamente incompleta”, “lei de cominação penal hipotética”, “lei de cominação penal eventual”, “lei de disposição incompleta de polícia”, “lei de cominação penal condicionada”, “lei de disposição penal subsidiária”, “lei penal de referência”, “lei de disposições em branco” e “prescrições em branco”. (DOVAL PAIS, 1995, p. 96).



sociedade contemporânea, fruto das novas tecnologias e dos conhecimentos dela decorrentes, assim como permitir ao tipo penal englobar o maior número possível de condutas com o devido rigor e a necessária precisão sistemática. (SALVADOR NETTO, 2006, p. 41)

As mudanças sociais aceleradas e a complexidade das circunstâncias da vida social da era pós-industrial propiciam o surgimento das normas penais em branco, técnica legislativa que tem como referencial a ideia de remissão ou reenvio, cujo emprego tende a ser cada vez maior diante dos problemas resultantes da hodierna sociedade de risco, fato que também pode implicar, outrossim, objetivamente, em redução das garantias penais constitucionais.

À guisa dos vários conceitos doutrinários que se verificam na literatura jurídica pátria e estrangeira, entende-se como norma penal em branco aquela que prevê a sanção aplicável, mas descreve parcialmente o tipo penal correspondente, confiando a determinação da conduta punível ou seu resultado a outra norma jurídica, à qual ela remete expressa ou tacitamente. Nesse sentido, verifica-se um ponto de acordo básico, comum, que os doutrinadores tratam de destacar: essas normas necessitam de complemento.

No entanto, é preciso notar que as normas penais em branco apresentam determinadas características próprias para sua configuração. Nesse sentido, identificam-se seis características lhes são indispensáveis, a saber:

- *Somente são normas penais em branco aquelas que tipificam delitos.* Diante disso, não se compreendem no rol dessas normas os preceitos constantes da Parte Geral do Código Penal brasileiro, pois seu caráter é eminentemente complementar, cuja aplicabilidade é comum a todas as figuras típicas, tanto da referida norma como das leis penais extravagantes. O mesmo se aplica às disposições da Parte Especial do citado Código, que tem por objetivo regular de forma particularizada, para um determinado fato punível, questões pertencentes à Parte Geral, como causas específicas de justificação, exculpação, escusas absolutórias, etc. (CURY URZUA, 1988, p. 48-49)

- *Somente são normas penais em branco aquelas que confiam a outra norma jurídica exclusivamente a especificação (ou individualização) da matéria de proibição.* Então, faz-se necessário que a norma contenha o núcleo essencial da



proibição para que possa ser satisfeita a exigência jurídico-constitucional de certeza. (SILVA, 2004, p. 77-78) As normas penais em branco não devem apresentar problemas relativos ao erro ou à determinação estrita do comportamento proibido, para que seja possível o conhecimento da atuação penalmente cominada, salvaguardando-se, assim, a função de garantia da lei penal, que deve ser alcançado por meio da concretização necessária para que a conduta qualificada de delitativa seja estabelecida de maneira suficientemente precisa no complemento indispensável do dispositivo ao qual a norma penal em branco remete. (BACIGALUPO ZAPATER, 1999, p. 99-100)

- *Somente são normas penais em branco aquelas em que há o emprego da remissão.* Como já foi exposto, trata-se de característica fundamental das normas desta natureza, porquanto elas necessitam de complemento. (CURY URZUA, 1988, p. 4)

- *Somente são normas penais em branco aquelas em que a remissão é relativa a uma hipótese de fato e não a uma consequência jurídica.* Diante disso, as remissões próprias das normas penais em branco devem fazer referência a algum elemento da hipótese de fato da lei, pois somente assim elas podem cumprir a função que lhes tem sido assinalada. (BUSTOS RAMÍREZ, 1989, p. 115) Não se deve conceber, por outro lado, uma norma como sendo em branco se a remissão em questão estiver relacionada a uma consequência jurídica, pois, neste caso, estar-se-á diante das denominadas normas penais em branco “ao revés”, que não respondem a outras razões senão as de mera síntese legislativa e, ainda, tampouco se acham isentas de problemas.<sup>29</sup>

- *Nas normas penais em branco, a remissão pode ser expressa ou tácita.* A remissão nas normas penais em branco ocorre normalmente de maneira explícita

---

<sup>29</sup> As normas penais em branco “ao revés”, cuja constatação e denominação remetem a Luis Jiménez de Asúa, são aquelas que, ao contrário das normas penais propriamente ditas, apresentam seu preceito completo, mas dependem de outra norma para determinar sua sanção, ou seja, essas normas, de modo completamente diverso das hipóteses comuns de normas penais em branco, deixam sem fixar a pena, de modo que o “branco” não se encontra no tipo, mas na sanção. (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, p. 351). Conforme aponta José Maria Rodríguez Devesa, as normas penais em branco “ao revés” são aquelas leis que em razão da “preguiça” legislativa, ao invés de estabelecer a pena correspondente, limitam-se a enunciar que se aplicará aquela que se acha fixada em outro preceito. (RODRÍGUEZ DEVESA, 1979, p. 186).



(remissão expressa), isto é, nos termos em que a remissão tem sido explicada. Contudo, deve ser admitida também a possibilidade de que a remissão seja subentendida em alguma outra forma (remissão tácita). Logo, ambas as técnicas de remissão devem ser consideradas. (CURY URZUA, 1988, p. 50)<sup>30</sup>.

▪ *Nas normas penais em branco, a remissão pode ser interna ou externa. A técnica da remissão nas normas penais em branco pode ocorrer por intermédio de duas modalidades: remissão interna (aquela que tem origem e destino no seio de uma mesma norma penal) e remissão externa (aquela que envia para a complementação de preceito que se acha previsto em outra norma, de natureza legal ou regulamentar, seja de igual ou inferior nível normativo). Aliás, é justamente esta característica que permite distinguir duas espécies de normas penais em branco – normas penais em branco próprias ou em sentido estrito e normas penais em branco impróprias ou em sentido amplo. A norma penal em branco imprópria (ou em sentido amplo) é aquela que confia a complementação de seu preceito a outra disposição contida nela mesma ou a outra norma emanada da mesma instância legislativa (remissão interna), ao passo que a norma penal em branco própria (ou em sentido estrito) é aquela que deixa a faculdade de complementá-la a uma disposição emanada de outra instância legislativa, isto é, de um nível legislativo de hierarquia inferior à da lei formal (remissão externa). (MEZGER, 1955-1957, p. 317-318)*

Sendo assim, vislumbra-se que as normas penais em branco constituem uma ferramenta característica do direito penal de risco, de modo que seu emprego é fundamentado primeiramente em razões técnicas, (SANTANA VEGA, 2000, p. 17) diante da existência de determinada classe de delitos cuja complexidade tornaria impossível a sua precisão pelo Código Penal, pois este fato incentivaria o aumento considerável de normas penais com a conseqüente redução da economia legislativa.

Nesse caso, o dinamismo dos âmbitos de atividade aos quais pertencem as condutas faz aparecer constantemente novas hipóteses que não devem implicar na exclusão do âmbito de proteção da lei penal, ao mesmo tempo que sua inclusão

---

<sup>30</sup> Antonio Doval Pais considera que tanto as remissões explícitas quanto as implícitas são aptas para cumprir a função encomendada às normas penais em branco, mas reconhece que isso se alcança com maior facilidade mediante as remissões expressas, aludindo a que o comportamento se leve a cabo, por exemplo, com infração de outras leis, regulamentos ou disposições e arrematando que tampouco o impedem as remissões implícitas. (DOVAL PAIS, 1995, p. 123).



expressa e detalhada na mesma obrigaria à prática de reformas sucessivas a fim de conservar sua atualidade e aplicabilidade.

Logo, justifica-se sua utilização na medida em que as estruturas em branco conservam a lei penal sensível às mudanças através do fio condutor que a mantém unida aos setores normativos que as colhem, dotando-as, portanto, de atualidade, permanência e estabilidade. (DOVAL PAIS, 1995, p. 112-113)

Além disso, sua aplicabilidade está relacionada à necessidade de se evitar a cristalização da regulamentação penal, (SANTANA VEGA, 2000, p. 17-18) na medida em que a variabilidade de determinadas atividades, bem como o notável ritmo frenético da evolução social, técnica, científica e econômica, convertem a regulação de determinados tipos penais em curto prazo, obsoletos e carentes de constantes modificações que são, na verdade, inviáveis para o lento e oneroso processo de legiferação.

Logo, existem matérias que por sua natureza (dinamismo e dependência das mudanças sociais) impõem exigências particulares para serem reguladas. Tais matérias – ambiental, é o caso – requerem uma regulação jurídico-penal que preveja um mecanismo capaz de atualizá-las de forma harmoniosa às novas situações normativas e fáticas. Ainda, há quem diga que só assim é possível evitar o que se tem chamado de “fossilização ou petrificação” da normativa penal<sup>31</sup>.

Some-se a isso, também, o fato de que as normas penais em branco aparecem como um aparelho técnico necessário para superar o nível do direito penal de corte exclusivamente liberal, nucleado em torno dos bens jurídicos individuais. (SANTANA VEGA, 2000, p. 18)

Determinadas matérias aludem a bens jurídicos cujos conceitos são compostos, na sua essência, por uma série de condições normativizadas, isto é, expressadas em outras normas jurídicas. São, portanto, bens jurídicos altamente formalizados e complexos, cuja identidade depende da manutenção das referidas condições estabelecidas em termos da não transgressão de outras normas. Os bens jurídicos destas características são de natureza supraindividual, ou seja,

<sup>31</sup> A expressão é de Cobo del Rosal; Vives Antón, 1984, p. 4-30.



particularmente difusos e carecem, em geral, de referente individual, típico do meio ambiente.

E quanto a esses setores ligados aos bens jurídicos supraindividuais, Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats e José Miguel Prats Canut afirmam o seguinte:

La ley penal en blanco aparece como una técnica legislativa necesaria para la apertura del derecho penal a los distintos ámbitos de regulación donde estos bienes jurídicos encuentran su “prima ratio” jurídica (derecho medio-ambiental, derecho urbanístico y de ordenación territorial, derecho de las sociedades mercantiles, etc.). En este sentido, puede indicarse que la ley penal en blanco constituye un mecanismo de integración o interrelación del derecho penal en los modelos institucionales de organización y control de determinados sectores complejos de actividad. (QUINTERO OLIVARES; MORALES PRATS; PRATS CANUT, 1996, p. 25)

Finalmente, visando a tipificação de certas condutas, o direito penal de risco emprega os chamados *tipos penais abertos*, também considerados, de acordo com a corrente dogmática ora adotada, instrumento jurídico hábil para o enfrentamento das relações complexas e problemáticas oriundas do progresso da ciência e tecnologia, próprias da sociedade contemporânea.

Os tipos penais abertos, assim como as normas penais em branco, inserem-se na teoria do tipo, sendo que ambos se distinguem dos tipos penais fechados, pois enquanto estes trazem em si mesmos todos os elementos do respectivo fato punível, aqueles, de uma forma ou de outra, demandam complementação. Mas os tipos penais abertos, quando devidamente compreendidos, devem ser diferenciados das normas penais em branco.

Partindo-se de uma análise global e ampla da legislação penal, verifica-se que nem todos os tipos respondem ao ideal segundo o qual os mesmos devem descrever de forma exaustiva a conduta delitativa, ou seja, nem todos os tipos penais são fechados. Destarte, os chamados tipos penais abertos constituem aqueles que requerem ser completados porque descrevem somente uma parte das suas características, confiando ao magistrado (também na qualidade de gestor de riscos) o trabalho de preencher a outra parte, que o fará através de um juízo ulterior independente. Esses tipos indicam apenas o critério de acordo com o qual os mesmos devem ser completados, de modo que neles a antijuridicidade não está





indicada unicamente com o estabelecimento da adequação típica, senão que deve ser averiguada positivamente com a comprovação das características especiais do dever jurídico. (WELZEL, 2001, p. 73)<sup>32</sup>.

No desenvolvimento da sua obra *Tratado de Direito Penal*, Hans-Heinrich Jescheck discorre sobre a teoria dos tipos abertos, sustentando que, de acordo com esta, existem em direito penal tipos dos quais não cabe deduzir de forma completa, mas somente parcial, os elementos do injusto da correspondente classe de delito, de modo que o resto deve ser completado mediante elementos positivos e antijuridicidade situada fora do tipo. Enfim, são preceitos penais nos quais falta um guia objetivo para completar o tipo, razão pela qual resultaria impossível, na prática, tão somente com o auxílio do texto legal a diferenciação do comportamento proibido e do comportamento permitido. (JESCHECK, 1981, p. 335-336)

No direito pátrio, ao tratar da tipicidade e antijuridicidade, Heleno Cláudio Fragoso explica que o efeito indiciário da tipicidade desaparece nos tipos penais abertos; isso porque neles a norma que o agente transgredir com sua conduta não aparece expressa ou por completo, de forma que não está contida no tipo a descrição exhaustiva do comportamento delituoso, o qual depende da transgressão de normas especiais que o tipo pressupõe. Assim, nos tipos abertos, a ilicitude deve ser estabelecida pelo juiz, verificando, no caso concreto, se houve ou não a transgressão da norma que a incriminação pressupõe. O autor também aponta como exemplos de tipos penais abertos os crimes culposos, os comissivos por omissão e os que se referem à ilicitude por meio de vocábulos inferidos do universo não apenas penal. (FRAGOSO, 2003, p. 223-224)

É importante notar que os tipos penais abertos apresentam imperfeições na construção do preceito, demandando a citada complementação, a qual ocorrerá mediante atuação judicial. Neste sentido, esses tipos penais descrevem concisamente a conduta ou mencionam apenas o resultado, sem precisar, no primeiro caso, as circunstâncias em que tal conduta há de ser realizada, nem indicar, no segundo, a modalidade do comportamento que há de produzi-lo. (REYES ECHANDÍA, 1979, p. 180)

<sup>32</sup> Para o autor, as referidas características e procedimentos estão presentes em maior grau ainda nos delitos culposos e nos delitos omissivos.



Sendo assim, esta categoria de tipos penais exige um prévio juízo de valoração sobre a conduta reprovável para que a mesma possa (ou não) ser entendida como típica, de modo que o magistrado terá a tarefa de sempre completar o tipo com elementos normativos extraídos do fato que se coloca sob seu julgamento. Em virtude disso, pode-se concluir que os tipos penais abertos ganham existência e podem ser definidos no contexto do binômio tipo/antijuridicidade: a conduta não está caracterizada por uma descrição objetiva e exaustiva, em virtude de que a realização do tipo, por si só, não indica a antijuridicidade.<sup>33</sup>

Uma vez compreendido o significado dos denominados tipos penais abertos insta estabelecer agora as diferenças entre estes e as normas penais em branco, as quais não são tipos incompletos no que se refere aos tipos abertos.

Tal como já foi registrado anteriormente em alguma medida neste trabalho, os tipos fechados contem o conteúdo do injusto de uma espécie de delito dispendo todos os seus elementos, ao passo que nos tipos abertos os elementos constitutivos não se acham descritos concretamente pela lei. O grau de formação da matéria de proibição em relação às disposições individuais é distinto, de modo que a complementação dos tipos abertos é produzida pelo magistrado com outros elementos por intermédio de um juízo de valor comum ou pelas circunstâncias. Este juízo de valor substitui, na verdade, a descrição das circunstâncias do tipo (diferentemente do que ocorre com a leis penais em branco), razão pela qual tais tipos estão somente “abertos” à concretização por meio da interpretação. Pode-se afirmar, então, que nos tipos abertos ocorre uma ampla margem de liberdade semântica e, com isso, abrem-se as margens de espaço de decisão judicial, dentro das quais ele deve se movimentar sem a instrução da lei. (SILVA, 2004, p. 64)

Assim, não se tratam as leis penais em branco de tipos penais abertos, já que estes não constituem hipóteses de técnica legislativa, mas disposições cujo “complemento” (na realidade, valoração) é produzido pelo magistrado via juízo de valor, enquanto que nas leis penais em branco o preenchimento do tipo é exigido a partir da utilização de outros dispositivos, de modo que para essa concretização, remete-se a outras disposições jurídicas (remissão interna e externa) ou a atos administrativos, tendo em vista a imprecisão do conteúdo do tipo.

---

<sup>33</sup> Tal conclusão resta evidenciada de forma comum em todas as definições de tipo penal aberto, desde a concepção original do termo na obra de Hans Welzel. (WELZEL, 2001, p. 73-74).



Em outros termos, para concretizar a norma da lei penal em branco o intérprete precisa recorrer a tais disposições, sem as quais a tarefa de preenchimento do tipo penal não se torna possível, pois as mesmas limitam as margens de espaço de decisão. E os tipos penais abertos tem sido notoriamente empregados na sociedade contemporânea, devido ao significativo aumento dos elementos normativos do tipo.

Identifica-se atualmente a tendência à tipificação de delitos contra o meio ambiente por meio de figuras penais de perigo abstrato e conforme a tese dos delitos de acumulação, assim como o emprego do princípio da precaução e a utilização de normas penais em branco e tipos penais abertos, seja em razão da complexidade das atividades e de seus agentes no contexto tecnológico-científico atual, seja em face dos altos riscos implicados, técnicas legislativas próprias do direito penal de risco. E em se tratando de direito penal brasileiro, notória a presença desses instrumentos jurídicos na tipificação dos crimes ambientais previstos na Lei 9.605/98.

Porém, as normas penais ambientais, nos termos do modelo de proteção legal adotado pelo legislador brasileiro, geram preocupações e críticas por parte dos operadores do Direito – e, sobretudo, do direito penal. Há que se pensar com cautela sobre a aceitabilidade e os limites dessas modalidades típicas da técnica legislativa característica do direito penal de risco, voltando-se a questão da tutela penal antecipatória do meio ambiente no contexto sociológico em que este se apresenta na atualidade. Destarte, há restrições à criminalização desse importante bem jurídico que devem ser apontadas para que essa proteção jurídica não caminhe de encontro aos princípios norteadores e fundamentos básicos do direito penal do Estado Social e Democrático de Direito.

### **3 A TUTELA PENAL AMBIENTAL BRASILEIRA NA LEI 9.605/98 SOB A ÓTICA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS**

Reflexo de uma consciência universal de que os bens naturais eram esgotáveis, a atual Constituição Federal do Brasil, no art. 225, *caput*, passou a tutelar o bem jurídico meio ambiente, alçando-o à categoria de bem jurídico fundamental, nos termos do que foi tratado até o presente momento neste trabalho.



Desse modo, o conceito “vida”, antes de cunho individual, ganhou a atenção e o interesse de toda a sociedade, por meio da proteção e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Depois de quase dez anos do advento da Carta Política brasileira de 1988, a tão esperada Lei dos Crimes Ambientais foi publicada em 12 de fevereiro de 1998 – a Lei nº 9.605/98, que para os estudiosos e operadores do Direito, tornou-se (e ainda é) o principal instrumento legal de proteção penal do meio ambiente<sup>34</sup>. Alvo de muitas críticas dos doutrinadores à época, ainda permanece sendo seriamente questionada quanto à sua eficácia na proteção do meio ambiente.

Apontados e analisados os instrumentos utilizados pelo legislador para a defesa do bem jurídico-penal dentro do contexto da sociedade de risco, importa agora verificar em que medida esse tipo de tutela tem sido empregada nos tipos previstos pela Lei 9.605/98, bem como levar a efeito um estudo sobre esse direito penal ambiental que incorpora novas ferramentas de ação, sob o viés constitucional, adotando-se as posições técnico-jurídicas que se mostrem a um só tempo eficazes na contenção dos riscos ao meio ambiente e em conformidade com as garantias inerentes ao Estado Social e Democrático de Direito. Para tanto, propõe-se, antes de tudo, pontuá-las.

Questão primeira: a adoção do *princípio da precaução* no direito penal ambiental.

A Lei de Crimes Ambientais, tratando do crime de poluição no art. 54, *caput*,<sup>35</sup> prevê no seu § 3º que: “Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior<sup>36</sup> – reclusão, de um a cinco anos –, quem deixar de adotar, quando assim o

---

<sup>34</sup> Registre-se, portanto, que o âmbito de proteção penal ambiental não se esgota na Lei nº 9.605/98, havendo outros documentos legislativos que, direta ou indiretamente, tutelam o meio ambiente sob o viés criminal. À guisa apenas de exemplo, tem-se: Código Penal, art. 250, *caput* e seu parágrafo único, inciso II, alínea *h*; Lei de Responsabilidade Criminal por Atos Relativos às Atividades Nucleares – Lei nº 6.453/77, arts. 21 a 27; e Lei de Parcelamento do Solo Urbano – Lei nº 6.766/79, arts. 50 a 52; Lei contra Pesca a Baleias – Lei nº 7.643/87, arts. 1º e 2º.

<sup>35</sup> *In verbis*: “Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”.

<sup>36</sup> O § 2º trata da forma qualificada do crime de poluição.



exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível”.

Constata-se que o legislador, por meio do dispositivo de lei em apreço, permitiu que um ato administrativo criasse um tipo penal, já que a omissão do agente em razão da inobservância da adoção de medidas de precaução exigidas pela autoridade competente o submete às penas da norma, situação totalmente incoerente com o sistema penal adotado no Brasil. (MILARÉ; COSTA JUNIOR, 2002, p. 37)<sup>37</sup>.

A adoção do direito penal ambiental nos casos de precaução implica na utilização da norma penal como instrumento de antecipação não apenas ao resultado lesivo, mas à própria constatação do risco, proibindo assim comportamentos cuja periculosidade se revela tão somente indiciária, pois a mesma não foi reconhecida pela ciência ou evidenciada pelas estatísticas.

Sendo assim, não há que se adotar o princípio da precaução como instrumento pelo qual o direito penal visa a coibir condutas atentatórias ao meio ambiente,<sup>38</sup> deixando o mesmo de integrar um elemento necessário para a tutela em epígrafe, sob pena de torná-lo ilegítimo, já que referida técnica não encontra guarida constitucional.

A tipificação por meio da precaução vem de encontro ao princípio da culpabilidade, uma das pilstras constitucionais que sustentam toda a dogmática jurídico-penal do Estado Social e Democrático de Direito, fundamental que é para servir de bloqueio a pretensão de se introduzir, por meio do princípio da precaução, a responsabilidade objetiva.

<sup>37</sup> Nesse mesmo sentido, complementa Pierpaolo Cruz Bottini que “a utilização do instrumento penal para fazer frente à violação das regras de precaução não comporta os padrões mínimos necessários para legitimar a incidência do *ius puniendi*”. (BOTTINI, 2007, p. 288).

<sup>38</sup> A esse respeito, revendo seu posicionamento anterior de aceitar, sem objeções, em diversas edições anteriores, a inserção do § 3º do art. 54 na Lei 9.605/98, Paulo Affonso Leme Machado admite que “no direito penal ambiental, a responsabilidade [...] aceita é a responsabilidade subjetiva, em que fica a cargo da acusação provar a ocorrência do dolo, da imprudência, da negligência ou da imperícia”, motivo pelo qual ele não acata mais a ideia de crimes tipificados exclusivamente pelo descumprimento do princípio da precaução, restringindo sua aplicação para os campos do direito civil e do direito administrativo. (MACHADO, 2014, p. 855).



Igualmente, essa tipificação afronta o princípio da proteção aos bens jurídicos,<sup>39</sup> pois a precaução, nesses casos, implica em um perigo eventual, mais ou menos previsível, no qual não existe (ou não é conhecida) uma probabilidade significativa de ocorrência de lesão. (FREITAS MARTINS, 2002, p. 61-62) Em outras palavras, o âmbito de atuação do princípio da precaução se circunscreve àquelas situações em que a intensidade de um risco não representa um verdadeiro perigo, mas, antes mesmo, envolve um verdadeiro risco (ou a suspeita de um perigo), demonstrado ou meramente hipotético.

Por tais razões, revela-se inconcebível a possibilidade de se impor a pena de privação da liberdade individual diante de um fato incerto, ainda que com aparência de verossimilhança, e sem a possibilidade de verificação *in casu* se o agente atuou com elemento subjetivo próprio dos tipos penais dolosos ou, excepcionalmente, culposos.

Questão segunda: o emprego de *crimes de perigo abstrato* na tipificação ambiental, bem como, a utilização dos *delitos de acumulação* para fundamentação dos crimes de perigo abstrato.

A Lei de Crimes Ambientais traz um rol excessivo de tipos penais que se fundamentam, em sua maioria, no perigo e, especialmente, no perigo abstrato, sobretudo para os tipos penais básicos, (PRADO, 2013, p. 126) os quais, ao contrário das formas de perigo concreto ou de lesão, tem incontestável influência na aplicação da matéria ambiental. Tal lógica se deve, entre outras razões, porque desta forma o problema da causalidade dos comportamentos, que surge por ocasião da prova, é elidido, evitando-se absolvições fundadas no *in dubio pro reo*, com reflexos na eficácia da lei penal. (BACIGALUPO ZAPATER, 1982, p. 207)

É de fácil constatação que o conceito de perigo tem sido atualmente um dos institutos mais abordados e discutidos pela dogmática penal. O interesse dos operadores do direito penal pela questão deriva da importância que tal análise apresenta para o direito ambiental em especial.

---

<sup>39</sup> Seguindo a linha constitucionalista, a eleição de determinados bens jurídicos por parte do legislador penal, dignos dessa proteção, mira os valores existentes em uma sociedade e que lhe são caros, cujo exercício é intrínseco à norma constitucional e ao contexto garantista do Estado Social e Democrático de Direito. (NAVARRETE, 1974, p. 272).





As distintas maneiras com que se concretiza a relação conduta-bem jurídico dão lugar à distinção entre as categorias de delitos de perigo que, com profusão terminológica, distingue a doutrina. Articulam-se uma pluralidade de binômios, cada qual com a sua forma, no entanto, qualificando a mesma realidade.<sup>40</sup> Assim, fala-se, por exemplo, de perigo implícito e explícito, conforme a exigência do perigo venha explicitada na lei ou não se requeira tal explicitação porque depreendida do próprio texto legal; (ESCRIVÁ GREGORI, 1976, p. 73) delito de perigo efetivo/concreto e delito presumido, por considerar que o legislador presume *iuris et de iure* que a prática de determinadas condutas contem em si a criação de um perigo; (BUSTOS RAMÍREZ, 1982, p. 165) delito de perigo concreto, aquele em que o perigo é um elemento do tipo, de modo que para se falar em realização típica, exige-se a demonstração de que a situação de risco foi efetivamente produzida; (TERRADILLOS BASOCO, 1985, p. 33) e delito de perigo abstrato, em relação ao qual somente se exige a realização da conduta prevista no tipo (como perigosa) sem que seja preciso a exposição a perigo concreto do bem jurídico, (MUÑOZ CONDE, 1983, p. 422) também denominado delito de perigo potencial.<sup>41</sup>

No âmbito da doutrina tradicional, verifica-se que os delitos de perigo são apresentados como sendo de duas modalidades: delito de perigo concreto e delito de perigo abstrato. (ROXIN, 2006, p. 336)

A maioria dos autores estabelece uma distinção entre as duas modalidades de crimes de perigo (concreto e abstrato) considerando que, na primeira hipótese, o perigo faz parte do tipo, integrando-o como elemento normativo, de modo que o juiz deve comprová-lo em cada caso específico, sendo que a consumação do delito somente se dá com a ocorrência de fato do perigo para o bem jurídico; na segunda hipótese, ao contrário, o perigo não constitui um elemento do tipo, motivo pelo qual

<sup>40</sup> A esse respeito, por todos, cf.: ESCRIVÁ GREGORI, José María. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1976, pp. 69-74.

<sup>41</sup> Luis Fernando Rey Huidobro identifica os conceitos de delito de perigo abstrato e potencial querendo dizer com isto, por um lado, que nele não é necessária a verificação de um dano para que se realize a subsunção delitiva, sustentando o legislador que às condutas descritas na norma corresponde um atentado para o bem jurídico tutelado; e, por outro, que ao ser o perigo neste caso uma presunção *de iure*, não é possível aduzir com sorte o argumento de ausência de perigosidade para desvirtuar o injusto ínsito no tipo, em razão precisamente desse risco latente que a lei impõe, fazendo com que alguns autores prefiram falar de perigo presumido. (REY HUIDOBRO, 1987, p. 87).



não precisa ser comprovado pelo juiz, configurando esse perigo, na verdade, a razão da criminalização do comportamento do agente, ou seja, ele é a própria *ratio legis*, fundamento que levou o legislador a criar determinada figura delitiva. (PRADO, 2013, p. 128-129)

De outro lado, na doutrina estrangeira, Horst Schröder pretende evitar as críticas que a doutrina, em geral, coloca à tese da presunção *iuris et de iure* de periculosidade da conduta, transformando tal presunção em *iuris tantum*, de maneira que se possa admitir a prova da falta de periculosidade da conduta formalmente coincidente com o tipo. Cuida-se, aqui, dos chamados delitos de perigo abstrato-concreto, (SCHRÖDER, 1967, *apud* MONGE FERNÁNDEZ, 1998, p. 287) categoria intermediária de tipos de perigo ou, ainda, caracterizados como tipos mistos, combinando elementos de perigo concreto e abstrato<sup>42</sup>.

Reclama-se, pois, a possibilidade de admitir prova contrária à periculosidade quando das circunstâncias particulares do caso resulte que a conduta do agente nunca pudesse produzir uma efetiva lesão ao bem jurídico, por não ser apta ou idônea para tanto. Por isso, desde certos setores se procura converter a prova contrária da não periculosidade em causa de exclusão da pena ou de condição objetiva de punibilidade, evitando-se suscetibilidades derivadas de possíveis lesões ao princípio *in dubio pro reo*, mas, sobretudo, ao mandato constitucional de presunção de inocência.

Diante dessas considerações, surgem duas escalas distintas dentro do mesmo conceito: os delitos de perigo abstrato-concreto ou hipotético (autênticos delitos dotados de lesividade material para o bem jurídico) e os delitos de perigo abstrato, categoria residual onde se agrupam os demais delitos meramente formais, de desobediência ou consistentes na violação de normas ético-sociais/ético-religiosas, quanto aos quais não resta senão reclamar a inconstitucionalidade.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Na Espanha, nasceu a categoria do perigo hipotético, elaborada por Angel Torío López. (TORÍO LÓPEZ, 1981, p. 825 e s.).

<sup>43</sup> É importante registrar, que não se pretende preconizar a ilegitimidade dos delitos de perigo abstrato em todas suas formas. Na verdade, de acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni, devem-se desenvolver critérios que permitam delimitar em quais hipóteses os delitos de perigo abstrato apresentam conteúdo material suficiente para justificar sua própria existência, sendo que, evidentemente, esse conteúdo material deverá estar relacionado com o bem jurídico, já que sua afetação é requisito limitativo da tipicidade conglobante. (ZAFFARONI, 1986, p. 473).



Em síntese, enquanto os delitos de perigo propriamente ditos puniriam condutas sem levar em conta a potência de perigo desprendida das mesmas (a incriminação, portanto, viria independentemente da periculosidade), tratando-se, assim, de meros delitos de desobediência, cujo objetivo não seria a proteção de bens jurídicos, mas apenas de contextos de regulamentação e organização – e que deveriam ser descartados diante da violação ao princípio da lesividade –, nos delitos de perigo abstrato-concreto ou hipotético é possível indicar uma materialidade que os torne dignos de atenção penal, haja vista que, apesar de não demandarem a produção de perigo efetivo, a ação deve ser apta para tanto, que seria elemento integrante do tipo.

Assim, a materialidade nestes casos seria revelada por meio de uma ação positivamente perigosa, idônea para a produção de um risco ao bem jurídico tutelado, ou seja, não bastaria a mera correlação formal entre a conduta e a descrição típica, de modo que os delitos de perigo abstrato-concreto ou hipotético seriam caracterizados pela possibilidade de perigo – e não sua realidade –, diante do que Angel Torío López os identifica como sendo crimes de perigo possível, pregando a exclusão da tipicidade das condutas tidas como inócuas ou não arriscadas. Desse modo, a tipicidade estaria presente unicamente se a conduta se apresentasse sob uma perspectiva *ex ante*, materialmente apta para colocar em risco os bens jurídicos dignos de proteção. (TORÍO LÓPEZ, 1981, pp. 839 e 841)<sup>44</sup>

Com essa perspectiva, justificar-se-ia o recurso aos delitos de perigo abstrato-concreto ou hipotético como uma categoria intermediária ou híbrida entre delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato, pela necessidade de sua utilização como via para arbitrar meios penais contra determinados comportamentos que geralmente contém um risco concreto grave para importantes bens jurídicos individuais e supraindividuais, e de muito difícil constatação.

O impulso cada vez maior dado pelo legislador penal aos tipos de perigo constitui uma tendência não somente crescente, senão inevitável, em uma época na

---

<sup>44</sup> Conforme Miguel Reale Júnior, “o perigo é presumido no sentido de que pode haver prova em contrário da inexistência do perigo, dando-se uma presunção *iuris tantum*, sujeita a prova em contrário, pois só dessa forma se adequa a figura do perigo abstrato à exigência da lesividade, dentro de um direito penal garantista, quando se expande a criação de figuras de perigo abstrato na proteção de bens jurídicos universais, como o meio ambiente”. (REALE JÚNIOR, 2004, p. 280).



qual o progresso técnico tem multiplicado e estendido os fatores de risco. Este adiantamento da proteção penal se justifica pela necessidade de assegurar bens jurídicos imprescindíveis na fase prévia à lesão, uma vez que, produzida esta, o dano, muitas vezes, poderia ser irreparável.

No âmbito que ora se ocupa, aceita-se essa tutela penal antecipatória porque os preceitos penais protetores do meio ambiente, ao menos os básicos, configuram-se geralmente como sendo delitos de perigo, possivelmente pela discussão que permearia a consideração ou não da lesão ao bem jurídico em comento, bem como, no caso de sua ocorrência, das dificuldades que criariam obstáculos à possibilidade de relacioná-la com uma conduta concreta, já que, normalmente, o prejuízo será considerado fruto da reiteração de seus efeitos cumulativos. (SILVA SÁNCHEZ, 1999, p. 38-40)

No que concerne à utilização dos *delitos de acumulação* para fundamentação dos crimes de perigo abstrato, isso não pode ser aceito pela dogmática penal, devido à contrariedade jurídica que esses tipos penais apresentam quando analisados sob a ótica constitucional.

O fundamento elementar de um direito penal da culpa, característico do Estado Social e Democrático de Direito, consiste na ideia de que o delito é tido como produto de um determinado indivíduo, a quem se imputa a conduta. E esta concepção é pervertida quando se faz uso do tipo de acumulação, pois o resultado não é imputável ao agente, dependendo que fica do contexto, da conduta de terceiros não ligados a ele e de variáveis futuras e incertas, já que a ação cumulativa, por si só, não expõe sequer a perigo abstrato de lesão o bem jurídico supraindividual.<sup>45</sup>

Nesse diapasão, tem-se que, além de não existir culpabilidade na conduta cumulativa, há desproporcionalidade da incriminação das ações de acumulação, ou seja, ocorre duplo desrespeito aos fundamentos penais constitucionais.

---

<sup>45</sup> É o próprio Lothar Kuhlen quem reconhece que os delitos de acumulação possuem uma periculosidade menor que a periculosidade dos crimes de perigo abstrato, admitindo também que aqueles são de resultado, mas não um delito de lesão, equivalendo-se a um grau de perigo inferior ao destes últimos. (KUHLEN, 1993, p. 714).



Ora, como a legitimidade do Direito deriva da axiologia da formação estatal – a qual se materializa por meio da Constituição Federal, e em se tratando de ordenamentos jurídicos estatais que protegem a liberdade como valor supremo, é imperioso o entendimento de que a subtração ou o tolhimento desse bem somente virá com o colorido legítimo a partir do momento em que isso gerar mais liberdade do que sacrifício. Daí surge o princípio da proporcionalidade como corolário do princípio da legitimidade democrática do Direito enquanto critério mediador entre o ganho e o perdido de liberdade resultante da existência de uma norma jurídica. (GONÇALVES, 2013, p. 284)

Assim sendo, torna-se desproporcional a aplicação de uma pena privativa de liberdade em decorrência de um delito de acumulação praticado, tendo-se em vista ainda a inofensividade e não culpabilidade da conduta. Então, isso significa que não havendo possibilidade de se verificar uma ofensa em um contexto determinado e cerrado, também não haveria que se falar em culpa e, inexistindo tal juízo de reprovação, desproporcional seria a aplicação da pena ao caso concreto. (GONÇALVES, 2013, p. 284)

Questão terceira: o recurso às *normas penais em branco* para complementação típica nos delitos ambientais e a exigência prévia das *autorizações administrativas* para sua tipificação.

A relação do direito penal com o direito administrativo é notória no direito pátrio e neste se faz presente de longa data. Em apertada síntese, é possível verificar três modelos distintos de relação entre esses dois ramos do Direito, a saber: a) absoluta independência do direito penal em face do direito administrativo; b) absoluta dependência; c) acessoriedade relativa do direito penal diante do direito administrativo. (DE LA MATA BARRANCO, 1996, p. 62-63)

O legislador brasileiro, seguindo o exemplo de espanhóis e alemães, adota o modelo da acessoriedade relativa do direito penal em relação ao direito administrativo, (DE LA MATA BARRANCO, 1996, p. 63; PRADO, 2013, p. 93; RODRIGUEZ RAMOS, 1983, p. 145; TRABADO ÁLVAREZ, 2001, p. 68) remetendo, desta forma, a configuração de determinados tipos penais às normas administrativas, mas respeitando a independência da prescindibilidade dessa configuração em certos casos. Portanto, o direito penal deve definir de modo



autônomo os pressupostos de suas normas, mas lhe é facultado recorrer à sua complementação, quando necessário, em outra norma.

De acordo com aquilo que já foi desenvolvido neste trabalho sobre as normas penais em branco, a expressão pode ser tomada, no seu sentido amplo, abarcando toda norma na qual exista uma remissão, um reenvio a outro preceito, mesmo que seja de nível igual ou superior. Mas isto não apresenta objeção alguma; os problemas que se colocam dizem respeito à norma penal em branco em sentido estrito, ou seja, aquela em que a determinação da conduta antinormativa fica encomendada a uma disposição de nível normativo hierárquico inferior à lei penal em questão, na medida em que isto implica uma delegação às autoridades administrativas para que estas decidam quando uma conduta que guarda relação com as indicações da lei passa a ser punível.

Em tais casos, as vozes contrárias ao seu uso pelo direito penal invocam, basicamente, a ofensa ao princípio da legalidade e a falta de segurança jurídica. Na primeira hipótese, não seria possível a Administração, mediante disposições de nível normativo hierárquico inferior à lei que necessita de complemento, decidir em que momento uma determinada conduta deve se converter em punível, porque o princípio da legalidade suporia um monopólio da lei na fixação da conduta delitiva, razão pela qual o tipo penal deve conter (frise-se, sem exceção) todos os elementos que contribuem para a determinação do conteúdo de injusto de uma classe de delito. (JESCHECK, 1981, p. 335)

Na segunda hipótese, instalar-se-ia insegurança jurídica na medida em que o conteúdo do tipo penal que demanda o complemento é cambiante em função das modificações das normas extrapenais colmatadoras, infringindo, assim, os princípios da legalidade e igualdade. (TRABADO ÁLVAREZ, 2001, p. 68)

Todavia, tais posicionamentos não merecem prosperar. Com efeito, apesar desse rechaço às normas penais em branco em sentido estrito por determinados setores doutrinários, tem-se entendido, em geral, que seu emprego é válido e, muitas vezes, até mesmo necessário, não havendo que se falar em ofensa aos princípios constitucionais da legalidade e/ou da segurança jurídica, desde que a lei penal em branco determine com certeza a norma jurídica regulamentar à qual ela remete para ser complementada, isto é, com clareza, concreção e precisão.





Neste sentido, tratando do princípio da legalidade, preconiza Norberto Javier de la Mata Barranco que a complementação da norma em branco é admissível sempre que as características da matéria a tornem necessária e, em todo caso, respeitem-se os limites materiais da reserva de uma lei que não deva ser questionada, isto é, sempre que a lei penal contenha o núcleo do tipo e fixe os limites de uma remissão que não suponha – por sua indeterminação – uma deslegalização efetiva, tanto em sua faceta formal, relativa ao nível necessário das normas sancionadoras, como material, preterdeterminação normativa de condutas e sanções. (DE LA MATA BARRANCO, 1996, p. 82)

Ainda com relação a este princípio, não deve encontrar guarida a alegação concernente à transferência da competência legislativa à Administração. Expõe Klaus Tiedemann, que não há problema em se utilizar o recurso técnico da remissão penal a uma decisão administrativa, sendo possível se afirmar que as normas em branco da regulamentação penal acerca de delitos que envolvem questões complexas (citando, aqui, o meio ambiente) não tem demonstrado dificuldades especiais, de modo que a remissão ao direito administrativo mediante expressões tais como “não autorizado”, “sem permissão”, etc., não se tem feito mais imprecisa porque a unidade formal dos tipos penais tem se dissolvido com as respectivas disposições administrativas. (TIEDEMANN, 1985, p. 35)

Portanto, imprescindível para não se ofender o princípio da legalidade é que as normas penais em branco não descrevam a proibição de maneira difusa, afetando a certeza da lei, fato este que pode ocorrer, inclusive, em leis que não recorram à técnica especial do reenvio. (REYNA ALFARO, 2002, p. 248)

Além disso, Luis Miguel Reyna Alfaro (2002, p. 249) esclarece que o emprego das normas penais em branco gera como consequência a unidade legislativa em matéria penal. A utilização da referida técnica legislativa torna, aliás, desnecessária a existência de leis especiais de conteúdo penal, e que não fazem senão gerar uma desnecessária dispersão legislativa nessa seara do Direito<sup>46</sup>.

Quanto à segurança jurídica, Klaus Tiedemann (1997, p. 260) aduz que a aceitação das normas penais em branco guardam fundamentação mais por razões

<sup>46</sup> Também nesse sentido: Castiglione, 2006, p. 1.284.



desta natureza, porque o reenvio às normas administrativas garantem, frequentemente, maior segurança jurídica do que as novas noções de um direito penal autônomo. Porém, frise-se que o próprio autor elimina a possibilidade da sanção múltipla ou duplicidade de sanções, em respeito ao princípio constitucional do *ne bis in idem*<sup>47</sup>.

Na esteira da mencionada relação que vincula o direito penal ao administrativo adotada pelo direito pátrio, encontra-se em um primeiro plano a autorização administrativa, que também deve ser objeto de análise, porquanto a plena realização do tipo de injusto somente se produz, em tais hipóteses de acessoriedade relativa, quando o comportamento a ser analisado pelo magistrado lesiona um ato proibido da autoridade ou não está coberto por uma permissão ou autorização. (DE LA MATA BARRANCO, 1996, p. 89)

Importante frisar, que a autorização administrativa está sujeita a todas as críticas às quais foram submetidas as normas penais em branco. Contudo, registre-se que ela pode ser expressão de segurança jurídica enquanto potencial de concretização de uma normativa administrativa que pode auxiliar, dentro do comportamento indispensável, a definir a tipicidade.

Nestas hipóteses de acessoriedade administrativa, conforme explica Paz Mercedes de la Cuesta Aguado, a lei penal não remete a uma determinada lei ou regulamento, nem a algum tipo de regulamentação de caráter geral, mas, outrossim, acolhe como elemento, normalmente típico – entendido aqui como elemento normativo do tipo<sup>48</sup> –, um ato administrativo singular. Por sua vez, tal ato fixa o âmbito do risco permitido para cada caso concreto, definindo os limites do

<sup>47</sup> Luiz Regis Prado, a título de esclarecimento, afirma que, “como postulado garantista, decorrente dos princípios da legalidade (formal/material), segurança jurídica e proporcionalidade – inerentes ao Estado democrático de Direito –, sufraga direito fundamental a não ser submetido ao duplo sancionamento (= ser punido duas vezes pelo mesmo fato) na hipótese de concorrência de sanções penais e administrativas sobre um único fato, com mesmo fundamento e autor”. (PRADO, 2013, p. 95).

<sup>48</sup> No entendimento da citada autora, a autorização administrativa não configura um elemento normativo, e sim, um elemento descritivo, já que, efetivamente, não é preciso qualquer valoração jurídica ou social para que se possa concretizar o significado do mesmo, referindo-a à antijuridicidade. (DE LA CUESTA AGUADO, 1994, p. 233). No entanto, deve-se compreender a autorização administrativa como um elemento normativo do tipo, já que a própria validade da autorização é questão de natureza jurídica (por exemplo, se ela é válida ou não), o que bem demonstra que se trata de elemento normativo.



socialmente aceito. E, com isto, em certa medida, ocorre um deslocamento até a autoridade administrativa da faculdade selecionadora de condutas que mediante o tipo penal corresponde ao legislador, razão pela qual, ainda que formalmente seja difícil falar em remissão no sentido da lei penal em branco, possa aludir-se a um reenvio de caráter material. (DE LA CUESTA AGUADO, 1994, p. 233, 243-244 e 322)<sup>49</sup>.

Essa acessoriedade administrativa configura, portanto, uma técnica legal que delimita a ação positivamente (contra a autorização) ou negativamente (sem a autorização) e se fundamenta no princípio da unidade do ordenamento jurídico,<sup>50</sup> isto é, que o direito penal não sanciona o permitido administrativamente ou que se encontra dentro do risco permitido; o que este tolera não pode se transformar em um risco penalmente desaprovado.

De toda sorte, a autorização administrativa permite à Administração o controle das atividades perigosas, e inclusive lesivas ao bem jurídico penalmente protegido, sendo que tais permissões ou licenças atuam como uma espécie de garantia do administrado no que diz respeito à atividade que ele realiza estar permitida pela autoridade competente.

Depreende-se, portanto, que a norma administrativa é chamada a delimitar o âmbito do risco permitido e as condições de acesso à realização das atividades arriscadas. Ainda, mesmo quando o tipo penal não contenha qualquer referência ou remissão à normativa administrativa que permita considerar sua natureza de norma penal em branco, descabível negar, entretanto, o valor funcional da mesma para a determinação judicial do risco permitido.

<sup>49</sup> Para ela, a função dogmática do risco deve ser vista também na tipicidade. Id., p. 169.

<sup>50</sup> Paz Mercedes de la Cuesta Aguado, no sentido de elucidar tal questão, frisa que a autorização não é revogação parcial, referida a certos casos excluídos do âmbito de aplicação da norma, senão que deve ser encontrada no critério da unidade do sistema jurídico: se algo é permitido por este, então não pode ser depois proibido pelo direito penal. Não se pode esquecer o caráter meramente fragmentário do direito penal, a cuja função de último recurso de força só deve vir para os casos em que todos os controles anteriores falharem. O problema não é, portanto, que a autorização administrativa revogue a norma penal, senão que o tipo de injusto deve refletir um conteúdo antijurídico material comum a todo o ordenamento e quando uma parte do ordenamento permita um determinado comportamento, tanto em quanto está permitido, não pode ser punido pela lei penal. (E LA CUESTA AGUADO, 1994, p. 172).



Relativamente à tutela penal do meio ambiente, tendo em vista todas as características apontadas no decorrer deste trabalho, especialmente aquelas atinentes a tamanha complexidade técnica inerente a essa matéria – a qual utiliza conceitos que determinados ramos das ciências exatas, da natureza e biológicas tem ocupado de definir e cuja criação, portanto, é extrajurídica –, é preciso notar que tanto a utilização das normas penais em branco como a remissão às normas regulamentares, particularmente, às autorizações administrativas, mostra-se bastante adequada. Primeiro, porque o complemento dos tipos penais poderá trazer maior determinação à norma (prestigiando o princípio da legalidade) e efetuar uma concretização mais efetiva do perigo que se pretende evitar.

Segundo, porque a utilização das mencionadas cláusulas de natureza administrativa, no âmbito daqueles tipos penais ambientais construídos como delitos de perigo, poderá pôr fim ao descomedimento da conduta típica, evitando-se, destarte, que a punibilidade abarque um campo excessivamente extenso e servindo também para fundamentar a conversão dos delitos de perigo abstrato em delitos de perigo abstrato-concreto ou hipotético.

Um terceiro motivo para a inclusão de cláusulas desse tipo, conforme o entendimento de Klaus Tiedemann (1997, p. 147), seria evitar ao juiz a difícil prova do nexo causal exigível nos delitos de perigo concreto que, tal como demonstra a prática, podem ficar inaplicados, e nos casos em que, por incidir causas sobrevindas ou acumuladas, transformam-se em *probatio* diabólica. 9 DE LA CUESTA AGUADO, 1994, p. 230)

Última questão: a criação de *tipos penais abertos* como técnica legislativa da sociedade de risco na construção dos delitos ambientais.

Para finalizar, justifica-se a não inclusão dos tipos abertos como um dos elementos que devem integrar a tutela penal do meio ambiente. Apesar de reconhecidas sua existência palpável e sua utilização em muitas legislações ocidentais, configurando, inegavelmente, um instrumento próprio do direito penal de risco, o emprego dessa técnica legislativa deve ser coibido.

O direito penal deve afastar o emprego dos tipos abertos, especialmente os que contém cláusulas gerais, porque com a descrição incompleta que eles fazem do tipo, violam as funções de garantia e fundamentadora, franqueando ao magistrado e



à doutrina a possibilidade de construção e complementação do modelo-tipo, superpondo-se ao princípio da reserva legal e afetando, sensivelmente, a liberdade do agente, as garantias individuais e as garantias de liberdade.

Nesse sentido, a receptividade dos tipos culposos é maior que a dos tipos abertos, pois naqueles o tipo objetivo contém elementos (ainda que parciais) que indiciam a ilicitude, sendo o dever objetivo de cuidado apenas um elemento normativo de valoração jurídica. (MARTINS, 2010, p. 366)<sup>51</sup>. Os tipos dos delitos culposos tem que ser completados pelo juiz, mas este encontra uma diretriz clara no conceito de cuidado objetivamente devido para evitar lesões aos bens juridicamente tutelados. (CEREZO MIR, 2007, p. 474 e nota de rodapé n. 59)

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade contemporânea se caracteriza efetivamente como uma sociedade de risco, cujos elementos a diferenciam das sociedades de épocas anteriores. A existência de riscos artificiais produzidos pela vontade e decisão do ser humano atinge grandes dimensões, com capacidade de alcançar um número indeterminado de pessoas e ameaçar até a própria existência da humanidade, além do que esses novos riscos trazem consigo tecnologias igualmente novas e, na maioria das vezes, altamente complexas. Desde o momento em que se fala, atualmente, de riscos devidos à ação do homem, seu tratamento jurídico é uma questão ineludível, na medida em que a conduta humana e as relações sociais são objetos do Direito, cujo modelo de sociedade apela, desde logo, à crescente intervenção do direito penal.

Entre os avanços técnicos e/ou científicos dos últimos tempos, poucos tem levantado tanta polêmica social, política e jurídica quanto a proteção do meio ambiente, que, por apresentar um risco que pode desembocar em uma catástrofe para a humanidade, integra essa sociedade de risco. E o direito penal deve atuar na tutela desse importante bem jurídico supraindividual.

<sup>51</sup> Desse modo, os tipos penais culposos não são abertos.



A Lei nº 9.605/98, com lastro no § 3º do art. 225 da Constituição Federal do Brasil, criou tipos penais voltados à proteção do meio ambiente contra as condutas que envolvem a ofensa ou a exposição a perigo desse bem jurídico. Ocorre, no entanto, que a atuação do direito penal nesse campo tem sido constantemente criticada, particularmente, devido às construções de vários tipos que por utilizarem determinados instrumentos de técnica legislativa própria de um direito penal de risco e de tutela antecipatória, implicariam em atentado aos fundamentos e princípios penais constitucionais, culminando, assim, na inconstitucionalidade.

Com efeito, conforme se afirmou em alguma medida no presente trabalho, as propostas de mitigação do princípio da reserva legal, o amplo emprego de mecanismos de antecipação da tutela penal e o abandono de categorias tradicionais como o da culpabilidade podem representar indevida violação de princípios fundamentais do direito penal, os quais, mais do que conquistas tradicionais de segurança jurídica dos cidadãos, configuram-se como consequências necessárias e obrigatórias da opção do constituinte brasileiro e, portanto, da sociedade, pelo Estado Social e Democrático de Direito.

Nesse ponto, deve-se notar que quaisquer medidas propugnadas pelas novas teorias do direito penal não podem representar um retrocesso na afirmação histórica dos direitos humanos, entre os quais se incluem, sem sombra de dúvidas, os princípios fundamentais do direito penal consagrados, explícita ou implicitamente, na Constituição Federal.

Em outras palavras: no embate entre a proposta teórica de um discurso jurídico e os princípios do direito penal que materializam os direitos humanos fundamentais não pode haver dúvida quanto ao vencedor. A consolidação histórica dos princípios garantidores do cidadão não pode estar sujeita às razões de conveniência do momento. Sob o discurso da modernidade, não se pode esconder um retrocesso autoritário.

Dessa forma, os desafios da sociedade contemporânea podem e devem ser enfrentados por um direito penal que incorpore novos instrumentos de ação sem que isso, contudo, possa significar a possibilidade de abandono de suas bases tradicionais, consubstanciadoras dos direitos fundamentais do homem.





A propósito, as experiências fascistas e comunistas europeias bem demonstraram as consequências de um pensamento revolucionário para o qual os direitos fundamentais do homem, quando inconvenientes às pretensões de poder do partido, podem e devem ser afastados em nome da segurança pública. Do contrário, a modernidade representaria apenas um dos inúmeros momentos históricos em que sob o pretexto de garantir a segurança do cidadão, simplesmente se lhe impôs o terror.

Com base nessas considerações, é preciso que se crie um modelo de tutela penal voltado ao meio ambiente que esteja em consonância com o Estado Social e Democrático de Direito. Todavia, diante das peculiaridades das atividades em questão surge a necessidade de se recorrer a uma específica antecipação da tutela penal ambiental, ocasião para se deve socorrer do discurso jurídico próprio do direito penal de risco, dotado igualmente de características particulares, no sentido de se afastar a todo custo a lesão ao bem digno de tutela jurídico-penal.

Assim, o direito penal de risco emerge como uma possível solução para a tutela penal no contexto da pós-modernidade, propugnando pela sua antecipação a um momento anterior ao dano ao bem jurídico, por meio do emprego de instrumentos legais que conferem a esse direito penal o colorido antecipatório, a saber: o ancoramento no princípio da precaução, a utilização de crimes de perigo abstrato, o recurso das normas penais em branco e a criação de tipos penais abertos.

Porém, impera um conflito parcial entre as políticas criminais defendidas pelo discurso jurídico em questão e os princípios fundamentais do direito penal consentâneo ao Estado Social e Democrático de Direito, razão pela qual, como se afirmou, quaisquer medidas adotadas pelas novas teorias do direito penal não podem representar, em hipótese alguma, um retrocesso na afirmação histórica dos direitos humanos, sendo que entre os quais se incluem, indubitavelmente, os princípios fundamentais do direito penal, já consagrados, explícita ou implicitamente, na Constituição da República Federativa do Brasil, apresentando-se, desse modo, intransponíveis.

Desta feita, repise-se, os novos desafios da sociedade contemporânea podem e devem ser enfrentados por um direito penal que incorpore também novos



instrumentos de ação, sem que isso, entretanto, possa significar a possibilidade de abandono das suas bases tradicionais que identificam os direitos fundamentais do ser humano. Apresenta-se então o princípio de criação e interpretação utilizado nesse trabalho: busca-se conciliar a necessidade de prevenção efetiva dos riscos decorrentes das condutas atentatórias ao meio ambiente com a preservação do fundamento ético-democrático do direito penal conformado pela Constituição Federal.

Com vistas a isso, indicam-se, a partir dos instrumentos utilizados pelo direito penal de risco, os elementos necessários para a tutela penal do bem jurídico supraindividual meio ambiente que possa ser vulnerado ou exposto a perigo de lesão, sem que isso, todavia, implique na renúncia aos pressupostos constitucionais para a aplicação efetiva da norma penal.

Portanto, sob a ótica político-criminal, foca-se a determinação das bases fundamentais para a tipificação dos comportamentos relacionados ao meio ambiente no Direito brasileiro. Para isso, toma-se inicialmente a constatação de que na atual sociedade as atividades relacionadas ao meio ambiente constituem um caso típico de conflito jurídico-social: por um lado, as atividades voltadas à produção de energia, ao estudo de pesquisas em diversas áreas do conhecimento científico e tecnológico e outras dessa mesma natureza são todas importantes para o presente e futuro desenvolvimento do homem e da sociedade como um todo; por outro lado, figuram como fonte de alto risco e insegurança para o ser humano e o meio ambiente, dependendo como são empregadas por seus agentes.

Diante disso, tem-se que o direito penal de risco pode subsidiar a construção das bases fundamentais para a tipificação das condutas atentatórias ao meio ambiente, levando-se em consideração que seus instrumentos são um aparato necessário para essa tarefa, que tem como objetivo a antecipação da tutela penal.

No entanto, como o emprego da técnica legislativa derivada dos fundamentos político-criminais que sustentam esse direito penal de risco não é dotado de legitimidade na totalidade dos seus instrumentos, em face das precisas limitações impostas pelo Estado Social e Democrático de Direito, apenas alguns deles devem ser usados na construção dos tipos penais referentes às atividades humanas de cunho ambiental que exponham a perigo ou causem lesão a esse bem



jurídico supraindividual, ou seja: os delitos de perigo abstrato-concreto ou hipotético – e, em alguns casos, mas excepcionalmente, os delitos de perigo concreto –, as normas penais em branco propriamente ditas e as autorizações administrativas.

A utilização desses instrumentos legais e o respeito aos princípios fundamentais do Estado Social e Democrático de Direito podem conviver harmoniosamente e constituir um verdadeiro ponto de equilíbrio nessa balança da discussão de natureza político-criminal, diminuindo-se assim o risco inerente às atividades relacionadas ao meio ambiente (conferindo segurança coletiva) e observando-se as garantias às quais devem fazer jus todos os indivíduos que compõem a sociedade contemporânea (concretizando segurança jurídica).

## REFERÊNCIAS

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. La instrumentación técnico legislativa de la protección penal del medio ambiente. **Estudios penales y criminológicos**, v. 5, Santiago de Compostela, 1982.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Madrid: Hammurabi, 1999.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. **Principios de derecho penal**: parte general. 3. ed. Madrid: Akal, 1994.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.
- BINDING, Karl. Die Normen und ihre Übertretung. T. I. Leipzig: Duncker und Humblot, 1872, p. 74, *apud* DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales**. El caso de las leyes en blanco. València: Tirant lo Blanch y Universitat de València, 1999.
- BOEHMER-CHRISTIANSEN, Sonja. The precautionary principle in Germany. In: O'RIORDAN, Timothy; CAMARON, James (coord.). **Interpreting the precautionary principle**. London: Eartscan Ltda., 1994.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introducción al derecho penal**. Santiago: Temis, 1989.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los delitos de peligro. In: **Estudios Penales. Libro homenaje al Profesor José Antón Oneca**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1982.
- CASTIGLIONE, Hugo. Conductas relacionadas con la afectación al medio ambiente. Residuos peligrosos. Tendencias jurisprudenciales. In: **Revista de Derecho Penal y Procesal Penal**, Buenos Aires, fasc. 7, 2006.



- CEREZO MIR, José. **Derecho penal**: parte general. São Paulo: Revista dos Tribunais; Lima: ARA Editores, 2007.
- COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Sobre la reserva de ley orgánica y ley ordinaria en materia penal y administrativa. In: **Comentarios a la legislación penal**. Tomo III. Madrid: Edersa, 1984.
- CURY URZUA, Enrique. **La ley penal en blanco**. Bogotá: Temis, 1988.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. O direito e a legislação penal brasileiros no século XXI: entre a normatividade e a política criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. **Respuesta penal al peligro nuclear**. Barcelona: PPU, 1994.
- DESPAX, Michel. Droit de l'environnement. Paris: Librairie Techniques, 1980, *apud* SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. **Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa**. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita. Barcelona: Cedecs, 1996.
- DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales**. El caso de las leyes en blanco. València: Tirant lo Blanch y Universitat de València, 1999.
- ESCRIVÁ GREGORI, José María. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1976.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**: contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade de risco". In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 9, fasc. 33, jan./mar. 2001.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte Geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FREITAS MARTINS, Ana Gouveia e. **O princípio da precaução no direito do ambiente**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002.
- GONÇALVES, Marcel Figueiredo. Sobre a fundamentação dos delitos cumulativos: alguns questionamentos. In: **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, vol. 4, 2013.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.



- HASSEMER, Winfred; MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto en derecho penal**. València: Tirant lo Blanch, 1995.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Parte General. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1981.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. 3. ed., t. II. Buenos Aires: Losada, 1964.
- KINDHÄUSER, Urs Konrad. **Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa**. Trad. Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1996.
- KUHLEN, Lothar. Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§324 StGB). In: **Goldammer's Archiv für Strafrecht**, Heidelberg, a. 133, 1986.
- KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. In: **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, 105, 4, 1993.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MARTÍN MATEO, Ramón. **Tratado de derecho ambiental**. V. 1. Madrid: Trivium, 1991.
- MARTINS, José Renato. **A utilização do direito penal na efetividade da tutela do meio ambiente em face da sociedade de risco**. São Paulo: Lex, 2007a.
- MARTINS, José Renato. **Fundamentos de direito penal econômico e a legislação penal tributária brasileira**. São Paulo: Lex, 2007b.
- MARTINS, José Renato. **Tutela penal em decorrência das atividades nucleares**. Curitiba: Juruá, 2010.
- MENDES, Paulo de Sousa. **Vale a pena o direito penal do ambiente?** Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.
- MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955-1957, t. I, n. 24.
- MILARÉ, Edis. **Direito ao ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MILARÉ, Edis; COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito penal ambiental: comentários à Lei 9.605/98**. Campinas: Millennium, 2002.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**. Parte Especial. 5. ed. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1983.
- NAVARRETE, Miguel Polaino. **El bien jurídico en el derecho penal**. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.
- POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. Mídia, direito penal e garantias. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.





- PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001.
- PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y derecho penal. In: **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo**. El análisis crítico de la Escuela de Francfort. Trad. Eduardo Demetrio Crespo. Toledo: Universidad Castilla-La Mancha, 2003.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, José Miguel. **Curso de derecho penal**. Parte General. Barcelona: Cedecs, 1996.
- REALE JÚNIOR, Miguel. A lei de crimes ambientais. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 345, jan.-mar. 1999.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituição de direito penal**. Parte Geral. 2. ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Meio ambiente e Direito penal brasileiro. In: **Revista de Ciências Penais**, São Paulo, ano 2, n. 2, 2005.
- REY HUIDOBRO, Luis Fernando. **El delito de estupefacientes**. Su inserción en el ordenamiento penal español. Barcelona: Bosch, 1987.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. **La tipicidad**. 4. ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1979.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites. In: **Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología**, Mendoza, año 2, n. 4, 2002.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español: parte general**. Madrid: Carasa, 1979.
- RODRIGUEZ RAMOS, Luis. Alternativas de la protección penal del medio ambiente. In: **Cuadernos de política criminal**, n. 19. Madrid: Edersa, 1983.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte General. Tomo I. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006.
- RUIZ, José Juste. **Derecho internacional del medio ambiente**. Madrid: McGraw-Hill, 1999.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SANTANA VEGA, Dulce María. **El concepto de ley penal en blanco**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.
- SCHRÖDER, Horst. Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte. In: JZ, Tübingen, 1967, *apud* MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. **La responsabilidad penal por riesgos en la construcción**. València: Tirant lo Blanch, 1998.
- SÉGUIN, Elida. **O direito ambiental: nossa casa planetária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.





- SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Delitos contra el medio ambiente**. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. São Paulo: Manole, 2003.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María. **Delitos de peligro y criminalidad económica**. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.
- TIEDEMANN, Klaus. El derecho penal del ambiente. Cuestiones dogmáticas novedosas. In: MAZUELOS COELHO, Julio (Coord.). **Derecho penal económico y de la empresa**. Lima: San Marcos, 1997.
- TIEDEMANN, Klaus. **Poder económico y delito**. Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa. Barcelona: Ariel, 1985.
- TORÍO LÓPEZ, Angel. Los delitos de peligro hipotético. Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. In: **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. XXXV, fasc. I, ene.-abr. 1981.
- TRABADO ÁLVAREZ, Concepción. **Protección penal del medio ambiente**. Derecho penal y normativa extrapenal sobre medio ambiente. Asturias: Septem Ediciones, 2001.
- WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: IBdef., 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal: parte general**. 5. ed. Buenos Aires: Ediar, 1986.



# REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS

**Chamada de Artigos, Resenhas e Ensaios para o Periódico  
*Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia  
Brasileira de Direito Constitucional***

**Invitación a publicar Artículos, Reseñas y Ensayos en la Revista  
*Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da  
Academia Brasileira de Direito Constitucional***

**Call for Articles, Reviews and Essays for the publication *Constituição,  
Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de  
Direito Constitucional* (Constitution, Economics and Development: Law Journal of  
the Brazilian Academy of Constitutional Law)**

A Revista ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista  
Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (ISSN 2177-8256,  
disponível em <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), com periodicidade  
semestral, está recebendo artigos, resenhas e ensaios para a publicação do seu  
quinto número até **15 de outubro**, de acordo com as informações abaixo.

Cordialmente,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsável ([ilton@abdconst.com.br](mailto:ilton@abdconst.com.br))

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente ([rafael@abdconst.com.br](mailto:rafael@abdconst.com.br))

La Revista ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista  
Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (ISSN 2177-8256,  
disponible en <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), con periodicidad semestral,



está recibiendo artículos, reseñas y ensayos para la publicación de su quinto número hasta **15 de octubre**, de acuerdo con las informaciones que se mencionan más abajo.

Un cordial saludo,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsable (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente. (rafael@abdconst.com.br)

The Law Journal ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (ISSN 2177-8256, available at <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), published every semester, is receiving articles, reviews and essays to be published in its fifth edition until **October 15th**, according to the information below.

Cordially,

Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente (rafael@abdconst.com.br)

#### **Português - Linha Editorial:**

O periódico científico ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** publica artigos, resenhas e ensaios inéditos nos âmbitos da teoria e da dogmática jurídica, privilegiando a perspectiva transdisciplinar, assim como de outros saberes, sobre Constituição, Economia e Desenvolvimento.

A linha editorial incentiva a produção de estudos das relações jurídico-constitucionais com a prática e o pensamento econômicos a partir da perspectiva democrática e da efetivação dos direitos fundamentais. Ainda, fomenta as discussões acadêmicas sobre o desenvolvimento econômico, jurídico, humano e social e uma leitura crítica da Escola *Law and Economics*.



**Avaliação dos Artigos:** Os artigos, resenhas e ensaios são analisados pelo Editor Responsável, primeiramente, para verificar a pertinência com a linha editorial da Revista. Posteriormente, é feito o *blind peer review*, ou seja, os trabalhos científicos são remetidos a dois professores-pesquisadores doutores, sem a identificação dos autores, para a devida avaliação de forma e de conteúdo. Após a análise dos pareceristas, o editor chefe informará aos autores o parecer negativo pela publicação ou requererá as alterações sugeridas pelos pareceristas. Neste caso, os autores deverão realizar as modificações propostas para prosseguir o processo de exame do trabalho e, a partir das alterações feitas, os pareceristas emitirão a opinião pela publicação ou não do texto.

**Envio dos Trabalhos Científicos:** todos os artigos, resenhas e ensaios deverão ser enviados para o Editor Responsável da **Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Ilton Norberto Robl Filho e Editor assistente Rafael dos Santos Pinto, no endereço eletrônico [trabalhosabdconst@googlegroups.com](mailto:trabalhosabdconst@googlegroups.com), preenchendo e seguindo as instruções da planilha disponível em: <https://docs.google.com/spreadsheet/viewform?formkey=dEpjclJCUEVWNVo1TEd5Qm9BMmt2dkE6MQ>

**Principais Normas Editoriais de Formatação:** os trabalhos serão redigidos em português, espanhol ou inglês e digitados em processador de texto Word.

Fonte para o corpo do texto: Times New Roman tamanho 13;

Fonte para as notas de rodapé e citações longas de mais de 3 linhas: Times New Roman tamanho 11;

Entrelinhamento para o corpo do texto: 1,5;

Entrelinhamento para as notas de rodapé e citações longas: 1,0;

Preferência ao uso da terceira pessoa do singular;

Estilo utilizado nas palavras estrangeiras: itálico;

Estilo utilizado para destacar palavras do próprio texto: negrito;



Número de páginas: no mínimo 10 e no máximo 30 páginas, justificado e com páginas não numeradas, podendo a juízo do Editor Responsável ser publicado artigo com mais de 30 páginas.

**Normas Editoriais de Estrutura do Texto:** os artigos, resenhas e ensaios deverão conter os elementos abaixo:

**Cabeçalho:** título, subtítulo, nome do(s) autor(es) – o número máximo de autores é três;

**Título:** deve ser claro e objetivo, podendo ser complementado por um subtítulo separado por dois pontos, em fonte maiúscula e minúscula, em negrito e centralizado;

**Nome do(s) autor(es):** indicação por extenso depois do título, alinhado à esquerda;

**Créditos:** qualificação e endereço eletrônico do(s) autor(es), informados abaixo do nome;

**Resumo:** síntese do conteúdo do artigo de 100 a 250 palavras, incluindo tabelas e gráficos, em voz ativa e na terceira pessoa do singular e localizado antes do texto (ABNT – NBR 6028); expressar na primeira frase do resumo o assunto tratado, situando no tempo e no espaço; dar preferência ao uso da terceira pessoa do singular; ressaltar os objetivos, métodos, resultados e as conclusões do trabalho;

**Resumo em outra língua:** nos textos em português e espanhol, será apresentado um resumo em inglês. Nos trabalhos em inglês e espanhol, o Editor Responsável providenciará, caso os autores não encaminhem, a tradução do resumo para o português;

**Palavras-chave:** até 5 (cinco) palavras significativas que expressem o conteúdo do artigo, escritas em negrito, alinhamento à esquerda, separados por ponto e vírgula ou ponto;

**Palavras-chave em outra língua:** nos textos em português e espanhol, serão apresentadas palavras-chave em inglês. Nos trabalhos em inglês e espanhol, o



editor responsável providenciará, caso os autores não encaminhem, a tradução das palavras-chave para o português;

Sumário: informação das seções que compõem o artigo, numeradas progressivamente em algarismo arábico;

Texto do artigo: deverá apresentar como partes uma introdução, desenvolvimento e conclusão, antecedida pelo resumo, resumo em outra língua (português e espanhol), palavras-chave e palavras-chave em outra língua (português e espanhol);

Citação, notas de rodapé e referências bibliográficas: deve-se seguir a ABNT – NBR 10520. As referências bibliográficas completas devem ser apresentadas no final do texto;

Anexo: material complementar ao texto, incluído ao final apenas quando indispensável;

Tabelas ou gráficos: devem ser adotadas as “normas de apresentação tabular” publicadas pelo IBGE.

### **Conselho Editorial:**

Editor Responsável Ilton Norberto Robl Filho (Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Coordenador Adjunto do Curso de Direito da Unibrasil, Professor Substituto da UFPR, Advogado Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR, Vice-Presidente do Centro de Estudos Jurídicos da Pós-Graduação em Direito da UFPR e Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR).

Membros do Conselho Editorial: Antonio Carlos Wolkmer (Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC)

Antônio José Avelãs Nunes (Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor *Honoris Causa* da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra)





Eroulths Cortiano Junior (Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR, Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR e Doutor em Direito pela UFPR)

Fábio Nusdeo (Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP)

Marco Aurélio Marrafon (Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR)

Marcos Augusto Maliska (Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR)

Marcus Firmino Santiago (Professor do Curso de Direito das Faculdades Espam/Projeção – Brasília e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho)

Mariana Mota Prado (Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale)

Ricardo Lobo Torres (Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF).

### **Español - Línea Editorial:**

La publicación periódica científica ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** edita artículos, reseñas y ensayos inéditos en los ámbitos de la teoría y de la dogmática jurídica, privilegiándose la perspectiva transdisciplinar, así como de otros saberes relacionados con la Constitución, Economía y el Desarrollo.

La línea editorial incentiva la producción de estudios en torno de las relaciones jurídico-constitucionales con la práctica y el pensamiento económicos desde la perspectiva democrática y de la efectividad de los derechos fundamentales. Asimismo, fomenta los debates académicos sobre el desarrollo económico, jurídico, humano y social y a una lectura crítica de la Escuela *Law and Economics*.



**Evaluación de los Artículos:** Los artículos, reseñas y ensayos son analizados primeramente por el Editor Responsable para verificarse la adecuación del trabajo a la línea editorial de la Revista. Posteriormente se realiza una evaluación *blind peer review* que consiste en la remisión de dichos trabajos científicos a dos profesores-investigadores doctores, sin que conste la identificación de los autores, para someterlos a la revisión de la forma y del contenido. Tras el análisis de los evaluadores, el editor jefe les informará a los autores el parecer negativo para la publicación o les solicitará los cambios sugeridos por los evaluadores. En este caso, los autores habrán de realizar las rectificaciones pertinentes para que se pueda proseguir con el proceso de examen del trabajo y, a partir de las alteraciones hechas, los evaluadores emitirán una opinión para la publicación o no del texto.

**Envío de los Trabajos Científicos:** todos los artículos, reseñas y ensayos deberán ser enviados al Editor Responsable de la **Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Ilton Norberto Robl Filho y Editor Asistente Rafael dos Santos Pinto, por correo electrónico a la siguiente dirección **trabalhosabdconst@googlegroups.com**, acompañados 1) de una autorización expresa para su publicación, divulgación y comercialización en la editora indicada por ABDCONST y 2) de una declaración de responsabilidad del autor sobre la autoría de la obra y su aceptación a las reglas y a los plazos editoriales, afirmándose expresamente el carácter inédito del trabajo.

**Principales Normas Editoriales y su Formato:** los trabajos deberán estar redactados en portugués, español o inglés y digitalizados en procesador de texto Word.

Fuente para el cuerpo del texto: Times New Roman tamaño 13;

Fuente para las notas a pie de página y para las citas textuales, cuando sean superiores a 3 líneas: Times New Roman tamaño 11;

Interlineado para el cuerpo del texto: 1,5;

Interlineado para las notas a pie de página y citas textuales largas: 1,0;



Se da preferencia al uso de la tercera persona del singular;

Estilo de fuente para palabras extranjeras: cursiva;

Estilo de fuente para destacar las palabras dentro del propio texto: negrita;

Número de páginas: no inferior a 10 y no superior a 30 páginas, justificado y con páginas no enumeradas, el artículo cuya extensión supere las 30 páginas podrá ser publicado si el Editor Responsable lo juzga conveniente.

**Normas Editoriales para la Estructura del Texto:** los artículos, reseñas y ensayos deberán contener los siguientes elementos:

Encabezado: título, subtítulo, nombre del autor o autores – el número de autores no deberá exceder de tres;

Título: debe ser claro y objetivo y puede ser complementado por un subtítulo separado por dos puntos, en fuente mayúscula y minúscula, en negrita y centralizado;

Nombre del autor o autores: completo después del título, alineado a la izquierda;

Créditos: cualificación académica y dirección de correo electrónico del autor o autores que hayan sido informados debajo del nombre;

Resumen: síntesis del contenido del artículo de entre 100 a 250 palabras, incluyendo tablas y gráficos, en voz activa y en tercera persona del singular y colocado antes do texto (ABNT – NBR 6028); se deberá expresar en la primera frase del resumen el asunto de que se trata, situándolo en el tiempo y en el espacio; dársele preferencia al uso de la tercera persona del singular y resaltar los objetivos, métodos, resultados y las conclusiones del trabajo;

Resumen en otro idioma: los textos redactados en portugués y en español, deberán presentarse acompañados de un resumen en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el Editor Responsable se encargará, en caso de que no lo hagan ellos, de providenciar la traducción del resumen en portugués;



**Palabras-clave:** hasta 5 (cinco) palabras significativas que expresen el contenido del artículo, escritas en negrita, alineadas a la izquierda, separadas por punto y coma o punto;

**Palabras-clave en otro idioma:** los textos en portugués y español, vendrán acompañados de las palabras-clave en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el editor responsable se encargará de providenciar, en caso de que no lo hagan, la correspondiente traducción de las palabras-clave en portugués;

**Sumario:** la información de las secciones que componen el artículo, deberán ir numeradas en guarismo arábigo por orden de aparición en el texto;

**Texto del artículo:** tendrá que presentar como partes: una introducción, el desarrollo y la conclusión, antecedida por el resumen, resumen en otro idioma (portugués y español), palabras-clave y palabras-clave en otro idioma (portugués y español);

**Citas, notas a pie de página y referencias bibliográficas:** ABNT – NBR 10520. Las referencias bibliográficas completas se deberán colocar al final del texto;

**Anexo:** material complementario al texto se incluirá al final apenas cuando sea indispensable;

**Tablas o gráficos:** los datos deben adoptar las “normas de presentación tabular” publicadas por el IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística).

### **Consejo Editorial:**

Editor Responsable Ilton Norberto Robl Filho. Coordinador de Investigación y de los Grupos de Estudio Nacionales en la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Coordinador Adjunto de la Licenciatura en Derecho de la *Unibrasil*, Profesor de la Licenciatura en Derecho de la UFPR, Abogado Miembro de la Comisión de Enseñanza Jurídica de la OAB/PR (Colegio de Abogados de Brasil/Paraná), Vicepresidente del Centro de Investigaciones Jurídicas do Programa de Postgrado en Derecho de la UFPR (*Universidade Federal do Paraná*) y Doctorando,



con grado de Maestría y Licenciado en Derecho por la UFPR (*Universidade Federal do Paraná*).

Miembros del Consejo Editorial:

Antonio Carlos Wolkmer

Profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la UFSC (*Universidade Federal de Santa Catarina*) y Doctor en Derecho por la UFSC

Antônio José Avelãs Nunes

Profesor Catedrático de la *Faculdade de Direito de Coimbra*, Doctor *Honoris Causa* por la UFPR y Doctor en Derecho por la *Faculdade de Direito de Coimbra*

Eroulths Cortiano Junior

Profesor del Programa de Posgrado y de la Licenciatura en Derecho de la UFPR, Presidente de la Comisión de Enseñanza Jurídica en la OAB/PR y Doctor en Derecho por la UFPR. Fábio Nusdeo. Profesor Titular de la *Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP (Universidade de São Paulo)* y Doctor en Economía por la USP

Marco Aurélio Marrafon

Presidente de la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor en Derecho por la UFPR

Marcos Augusto Maliska

Profesor del Curso de Maestría en Derecho de la Unibrasil y Doctor en Derecho por la UFPR

Marcus Firmino Santiago

Profesor en la Facultad de Derecho del Curso Espam/Projeção – Brasília y Doctor en Derecho por la UGF (*Universidade Gama Filho*)

Mariana Mota Prado

Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto y Doctora en Derecho por la Universidad de Yale



Ricardo Lobo Torres

Professor Titular de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor en Filosofía por la UGF (*Universidade Gama Filho*).

#### **English - Editorial line:**

The Law Journal ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** publishes unpublished articles, reviews and essays within the ambit of law theory and dogmatism, especially with the transdisciplinary perspective, as well as other knowledge areas, about Constitution, Economics and Development.

The editorial line encourages the production of studies on constitutional law relations with the economical practice and thinking, from the democratic perspective and the stating of fundamental rights. Yet, it motivates academic discussions on economic, law, human and social development and a critical reading of the Law and Economics School.

**Evaluation of Articles:** Articles, reviews and essays are firstly analyzed by the Chief Editor to verify if they are pertinent to the Law Journal editorial line. Then, they are sent for blind peer review – scientific works are sent to two PhD professors-researchers, with no author identification, to evaluate structure and content. After the professors' analysis, the chief editor will inform the authors of negative opinions or will require suggested changes. In this case, authors should do the suggested changes, and professors will give a second opinion for publishing the text or not.

**Sending Scientific Works:** Every article, review and essay should be sent to Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor - and Rafael dos Santos Pinto - Assistant Editor of ***Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** – to the email [trabalhosabdconst@googlegroups.com](mailto:trabalhosabdconst@googlegroups.com), along with 1) an express authorization for





publishing, promotion and commercialization by a press indicated by ABDCONST, and 2) the author's declaration of responsibility about text authorship and submission to editorial rules and deadlines, expressing the unpublished nature of the work.

**Main Editorial Rules for Formatting:** Works shall be written in Portuguese, Spanish or English in a Microsoft Word document.

- Main text font: Times New Roman, size 13
- Font for footnotes and long quotations (more than 3 lines): Times New Roman, size 11
- Main text line spacing: 1.5
- Footnotes and long quotations line spacing: 1.0
- Preferably written in third person singular
- Foreign words style: italics
- Text highlighted words style: bold
- Number of pages: minimum of 10 and maximum of 30 pages, justified text with un-numbered pages; Chief Editor may publish articles with more than 30 pages.

**Editorial Rules for Text Structure:** Articles, reviews and essays should have the following parts:

- Heading: title, subtitle, name of the author(s) – maximum of three authors
- Title: It should be clear and objective, and it may be complemented by a subtitle separated by colon, in upper and lower case, in bold and center aligned
- Name of the author(s): indicated after the title, left aligned
- Credits: qualifications and authors' emails below the names
- Abstract: synopsis of the article contents from 100 to 250 words, including tables and graphics, in active voice and third person singular, before the text (ABNT – NBR 6028); it should express the subject in the first sentence of the abstract,



determining time and space; preferably written in third person singular; it should highlight objectives, methods, results and conclusions of the work

- Abstract in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be an abstract in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the abstract translation to Portuguese – if authors do not send it

- Key-words: up to 5 (five) significant words that express the content of the article, written in bold, left aligned, separated by semicolon or dot

- Key-words in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be key-words in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the key-words translation to Portuguese – if authors do not send it

- Summary: information about the article sections, progressively numbered in Arabic numerals

- Article text: it should present an introduction, main text and conclusion – after the abstract, abstract in other language (Portuguese and Spanish), key-words and key-words in other languages (Portuguese and Spanish)

- Quotations, footnotes and bibliographic references: ABNT – NBR 10520. Complete bibliographic references should be presented at the end of the text

- Appendix: material to complement the text, included at the end if necessary

- Tables or graphics: refer to “*normas de apresentação tabular*” (tabular presentation rules), published by IBGE.

### **Editorial Council:**

Chief Editor Ilton Norberto Robl Filho (Coordinator of Research and of the National Study Groups at the Brazilian Academy of Constitutional Law, Adjunct Coordinator of the Law Course at Unibrasil, Professor of the Graduation in Law at UFPR and UPF, Lawyer Member of the Law Education Commission at OAB/PR, Vice-President of the Center of Legal Studies at UFPR, PhD student, Master and Bachelor in Law from UFPR).



### **Editorial Council Members:**

Antonio Carlos Wolkmer (Professor of the Post-Graduation Program in Law at UFSC and PhD in Law from UFSC)

António José Avelãs Nunes (Full Professor at Coimbra Faculty of Law, PhD *Honoris Causa* from UFPR and PhD in Law from Coimbra Faculty of Law)

Eroulths Cortiano Junior (Professor of the Program of Post-Graduation and Graduation in Law at UFPR, President of the Law Education Commission at OAB/PR and PhD in Law from UFPR)

Fábio Nusdeo (Full Professor at Largo São Francisco Faculty of Law – USP and PhD in Economics from USP)

Marco Aurélio Marrafon (President of the Brazilian Academy of Constitutional Law, Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Law from UFPR)

Marcos Augusto Maliska (Professor of the Master course in Law at Unibrasil and PhD in Law from UFPR)

Marcus Firmino Santiago (Professor of Law at Espam/Projeção – Brasília and PhD in Law from UGF, Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho)

Mariana Mota Prado (Professor of Law at Toronto University and PhD in Law from Yale University)

Ricardo Lobo Torres (Full Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Philosophy from UGF).

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST  
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar  
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR  
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167  
E-mail: [abdconst@abdconst.com.br](mailto:abdconst@abdconst.com.br)  
Editoração e Design Gráfico: Karla Knihs – [karla.kariny@gmail.com](mailto:karla.kariny@gmail.com)