



CRÍTICA AL FUNCIONALISMO NORMATIVISTA

Eduardo Demétrio Crespo

O DIREITO À RESERVA DA VIDA PRIVADA E DEVERES DE DIVULGAÇÃO DE DADOS DE AÇIONISTAS

Jorge Manuel Coutinho de Abreu

A EFICIÊNCIA COMO OBJETO DE DESENVOLVIMENTO

Patrícia Borba Vilar Guimarães

Thiago Garcia

REFORMAS INSTITUCIONAIS: CONTRIBUIÇÕES DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO

Maria Pia Guerra

A CAPACIDADE CIVIL E A CURATELA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL APÓS A LEI N. 13.146/2015

Nicolau Eládio Bassalo Crispino

Carina Baia Rodrigues

INQUISIÇÃO E JURISDIÇÃO: O CONFLITO SOBRE O CRIME DE BIGAMIA

Gustavo César Machado Cabral

Ana Luiza Ferreira Gomes Silva

Victor Alves Magalhães

O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA COMUNIDADES QUILOMBOLAS

Leonardo Passinato e Silva

Emiko Aparecida de Castro Matsuoka

UMA UNIVERSIDADE PARA O SEMIÁRIDO: O PENSAMENTO DE OTTO DE BRITO GUERRA

José Albenes Bezerra Júnior

DE QUE MANEIRA O DIREITO ASSEMELHA-SE À LITERATURA E À INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA DO DIREITO?

Murillo Ricart

Polliana Fernandes da Silva Santos

Flávio Quinaud Pedron

A INTEGRIDADE DO DIREITO E O DEVER DE O MINISTÉRIO PÚBLICO PROCESSAR DIRETAMENTE O AGENTE PÚBLICO: O CASO DOS DANOS MORAIS COLETIVOS PRATICADOS PELO MINISTRO DA EDUCAÇÃO

Emanuel Melo Ferreira

REVISTA JURÍDICA
DE
UFERSA



REVISTA JURÍDICA DA UFERSA

Editor-Chefe

Dr. Rafal Lamera Giesta Cabral
(UFERSA | Mossoró, RN, Brasil)

Editor-Adjunto

Dr. Marcelo Lauar Leite
(UFERSA | Mossoró, RN, Brasil)

Conselho Editorial

Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores (UFRGS | Porto Alegre, RS, Brasil)

Dra. Ana Cláudia Farranha Santana (UnB | Brasília, DF, Brasil)

Dra. Andressa Guimarães Torquato Fernandes (UFF, Niterói, RJ, Brasil)

Dr. Cristiano Paixão (UnB | Brasília, DF, Brasil)

Dr. Douglas Antônio Rocha Pinheiro (UnB | Brasília, DF, Brasil)

Dr. Fernando César Costa Xavier (UFRR | Boa Vista, RR, Brasil)

Dr. Gustavo César Machado Cabral (UFC | Fortaleza, CE, Brasil)

Dr. Gustavo Silveira Siqueira (UERJ | Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Dr. Marcelo Lauar Leite (UFERSA | Mossoró, RN, Brasil)

Dr. Mário Sérgio Falcão Maia (UFERSA | Mossoró, RN, Brasil)

Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral (UFERSA | Mossoró, RN, Brasil)

Dr. Samuel Rodrigues Barbosa (USP | São Paulo, SP, Brasil)

Dr. Sérgio Said Staut Júnior (UFPR | Curitiba, PR, Brasil)

Dr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu (FDUC | Coimbra, Portugal)

Dr. Pedro Canastra de Azevedo Maia (FDUC | Coimbra, Portugal)

Ficha catalográfica

R454

Revista Jurídica da UFERSA [recurso eletrônico] / Universidade Federal Rural do Semiárido
v. 3, n. 5, (jan./jun. 2018) – Mossoró, 2019 –

Semestral

ISSN: 2526-9488

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal Rural do Semiárido.

CDD: 340

CDU: 34

Bibliotecária Keina Cristina Santos Sousa e Silva - CRB15/120



REVISTA JURÍDICA DA UFERSA

Pareceristas desta Edição

- Me. Arthur Levy Brandão Kullok (FDUC | Coimbra, Portugal)
Me. Bruna Franceschini (FDUC | Coimbra, Portugal)
Dra. Brunna Laporte Cazabonnet (URC | Alegrete, RS, Brasil)
Dra. Cynara de Barros Costa (UFCG | Campina Grande, PB, Brasil)
Me. Fábio Fidelis de Oliveira (FDUL | Lisboa, Portugal)
Dr. Francisco Rogério Madeira Pinto (UnB | Brasília, DF, Brasil)
Me. Henrique Montagner Fernandes (UFRGS | Porto Alegre, RS, Brasil)
Dr. Hernan Alejandro Olano García (ULGC| Bogotá, Colômbia)
Dr. Hugo Luís Pena Ferreira (UFG | Goiânia, GO, Brasil)
Me. Juliana Aparecida Rigato (PUC | São Paulo, SP, Brasil)
Me. Karina Granado (UFSCar | São Carlos, SP, Brasil).
Dr. L'Inti Ali Miranda Faiad (USP | São Paulo, SP, Brasil)
Dra. Luciana Santos Silva (UESB | Itapetinga, BA, Brasil)
Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas (UFERSA | Mossoró, RN, Brasil)
Me. Jacson Gross (UNILASALLE | Canoas, RS, Brasil)
Dr. Marcelo Maurício da Silva (UNIRN | Natal, RN, Brasil)
Me. Marianny Alves (USP | São Paulo, SP, Brasil)
Me. Nadja Karin Pellejero (UCPel | Pelotas, RS, Brasil)
Me. Rafael Reis Ferreira (FDUC | Coimbra, Portugal)
Dr. Raimundo Márcio Ribeiro Lima (FDUC | Coimbra, Portugal)
Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques (IDP | Brasília, DF, Brasil)
Me. Rômulo Magalhães Fernandes (PUC | Belo Horizonte, MG, Brasil)
Me. Sarah Caroline de Deus Pereira (UEMT | Cáceres, MT, Brasil)
Dr. Walter Guandalini Junior (UFPR | Curitiba, PR, Brasil)

Assessoria Técnica

- Giovanna Helena Vieira Ferreira (UFERSA | Mossoró, RN, Brasília)



NOTA EDITORIAL

A Revista Jurídica da Ufersa apresenta a seus leitores sua nova edição (Vol. 3, n. 5, jan./jun., 2019). Após três anos de existência, o fluxo editorial aumentou exponencialmente com novas submissões e avaliações, com um constante aperfeiçoamento do trabalho editorial.

Nessa edição, o leitor dispõe de 10 artigos que dialogam diretamente com o núcleo estruturador da REJUR: a pluralidade de ideias sobre direito, Estado e sociedade. Os artigos dessa edição possuem autores de Portugal e de diversos Estados brasileiros, como Amapá, Bahia, Brasília, Ceará, Rio Grande do Norte e São Paulo.

A convite editorial, dois autores europeus submeteram contribuições que passam a ser apresentadas para o público brasileiro: o primeiro artigo, de autoria do professor Doutor Eduardo Demetrio Crespo (Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo – Espanha), expõe uma *Crítica al funcionalismo normativista*. O segundo texto, da lavra do prof. Dr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra, Coimbra – Portugal), que também compõe o Conselho Editorial Internacional da REJUR, apresenta a pesquisa *O direito à reserva da vida privada e deveres de divulgação de dados de acionistas*.

O terceiro artigo dessa edição é a contribuição de Thiago Garcia e Dra. Patrícia Borba Vilar Guimarães, com *A eficiência como objeto de desenvolvimento*. A pesquisa foi desenvolvida na Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, em Natal.

Da Universidade de Brasília, a Dra. Maria Pia Guerra compartilhou uma crítica às ações que marcam a redemocratização brasileira pós-ditadura, com a pesquisa *Reformas institucionais: contribuições da justiça de transição e do direito e desenvolvimento*.

Carina Baia Rodrigues e Dr. Nicolau Eládio Bassalo Crispino, ambos da Universidade Federal do Amapá – UNIFAP, apresentam o texto *A capacidade civil e a curatela da pessoa com deficiência mental após a lei n. 13.146/2015*.

O sexto artigo desse número é uma contribuição do Dr. Gustavo César Machado Cabral, Ana Luiza Ferreira Gomes Silva e Victor Alves Magalhães, da Universidade Federal do Ceará, com o texto *Inquisição e jurisdição: o conflito sobre o crime de bigamia*.

Na sequência, Dr. Leonardo Passinato e Silva e Emiko Aparecida de Castro Matsuoka, discutem *O sistema de seguridade social brasileiro e as políticas públicas para comunidades quilombolas*, com uma crítica relevante ao contexto atual.

O oitavo artigo é do Dr. José Albenes Bezerra Júnior, com uma importante reflexão histórica ao Rio Grande do Norte, com o texto

Uma universidade para o semiárido: o pensamento de Otto de Brito Guerra.

No penúltimo quadro, Murillo Ricart Mendes Souza Silva, Pollianna Fernandes da Silva Santos e Dr. Flávio Quinaud Pedron, da Faculdade Guanambi (Bahia), discutem *De que maneira o direito assemelha-se à literatura e à interpretação construtiva do direito?*.

Encerrando a edição desse número, a contribuição do doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Emanuel Melo Ferreira, com uma investigação de um caso concreto com o título *A integridade do direito e o dever de o Ministério Público processar diretamente o agente público – o caso dos danos morais coletivos praticados pelo Ministro da Educação.*

Desejo uma boa leitura a todos e, mais uma vez, reitero nossos agradecimentos à equipe editorial, Prof. MARCELO LAUAR LEITE e a discente GIOVANNA HELENA VIEIRA FERREIRA, aos membros permanentes do corpo editorial, e aos inúmeros pareceristas *ad hoc* que atuaram nesta edição.

PROF. DR. RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL
EDITOR-CHEFE | AGOSTO 2019



SUMÁRIO

CRITICA AL FUNCIONALISMO NORMATIVISTA | 1-13

DR. EDUARDO DEMETRIO CRESPO

O DIREITO À RESERVA DA VIDA PRIVADA E DEVERES DE DIVULGAÇÃO DE DADOS DE ACIONISTAS | 14-20

DR. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU

A EFICIÊNCIA COMO OBJETO DE DESENVOLVIMENTO | 21-44

DRA. PATRÍCIA BORBA VILAR GUIMARÃES

THIAGO GARCIA

REFORMAS INSTITUCIONAIS: CONTRIBUIÇÕES DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO | 45-67

DRA. MARIA PIA GUERRA

A CAPACIDADE CIVIL E A CURATELA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL APÓS A LEI N. 13.146/2015 | 68-88

DR. NICOLAU ELÁDIO BASSALO CRISPINO

CARINA BAIA RODRIGUES

INQUISIÇÃO E JURISDIÇÃO: O CONFLITO SOBRE O CRIME DE BIGAMIA | 89-103

DR. GUSTAVO CÉSAR MACHADO CABRAL

ANA LUIZA FERREIRA GOMES SILVA

VICTOR ALVES MAGALHÃES

O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA COMUNIDADES QUILOMBOLAS | 104-119

DR. LEONARDO PASSINATO E SILVA

ME. EMIKO APARECIDA DE CASTRO MATSUOKA

UMA UNIVERSIDADE PARA O SEMIÁRIDO: O PENSAMENTO DE OTTO DE BRITO GUERRA | 120-132

DR. JOSÉ ALBENES BEZERRA JÚNIOR

DE QUE MANEIRA O DIREITO ASSEMELHA-SE À LITERATURA E À INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA DO DIREITO? | 133-144

ME. MURILLO RICART

ME. POLLIANA FERNANDES DA SILVA SANTOS

DR. FLÁVIO QUINAUD PEDRON

A INTEGRIDADE DO DIREITO E O DEVER DE O MINISTÉRIO PÚBLICO PROCESSAR DIRETAMENTE O AGENTE PÚBLICO: O CASO DOS DANOS MORAIS COLETIVOS PRATICADOS PELO MINISTRO DA EDUCAÇÃO | 145-160

ME. EMANUEL MELO FERREIRA



CRÍTICA AL FUNCIONALISMO NORMATIVISTA

CRITICISM OF NORMATIVIST FUNCTIONALISM

EDUARDO DEMETRIO CRESPO*

RESUMO

El artículo gira en torno al modelo de pensamiento del funcionalismo “normativista” formulado por Günther Jakobs y de las bases metodológicas que han hecho desembocar su teoría de la pena en el ambiguo concepto del llamado “derecho penal del enemigo” como teoría de la excepción penal.

Palavras-chave: Funcionalismo normativista; teoria de la pena en Günther Jakobs; Derecho Penal del enemigo.

ABSTRACT

The article revolves around the "normative" model of functionalism formulated by Günther Jakobs and the methodological bases that took his theory of punishment to the ambiguous concept of the so-called "criminal law of the enemy" as a theory of criminal exception.

Keywords: Normative Functionalism; theory of grief in Günther Jakobs; criminal law of the enemy.

* Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca (Espanha).
Professor Catedrático de Direito Penal da Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha).
eduardo.demetrio@uclm.es

Recebido em 29-01-2018 | Aprovado em 29-01-2018¹

¹ Artigo convidado. Texto revisado de la conferencia pronunciada en Lima el 01 de abril de 2009 en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el marco de las Jornadas ‘Crítica al normativismo funcionalista’. Publicado anteriormente em: *Revista de Derecho penal y Criminología*, MADRID, n. 3, 2010, p. 13-26; MONTROYA, I. (coord.), *Crítica al funcionalismo normativista y otros temas actuales del Derecho penal*, Lima: Palestra y Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 101-113; Sabadini, P. (comp.), *Estudios críticos del Derecho penal moderno*, Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2011, p. 17-30.



SUMÁRIO

¿QUÉ CABE DENOMINAR COMO “FUNCIONALISMO” EN DERECHO PENAL?; 1 EL “FUNCIONALISMO NORMATIVISTA” EN JAKOBS; 2 PRINCIPALES CRÍTICAS AL FUNCIONALISMO NORMATIVISTA EN JAKOBS; 3 DE LA “SOCIEDAD SIN HOMBRES” DE NIKLAS LUHMANN AL “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO” DE GÜNTHER JAKOBS; CONCLUSIONES.

■ ¿ QUÉ CABE DENOMINAR COMO “FUNCIONALISMO” EN DERECHO PENAL?

Se ha dicho que por funcionalismo cabe entender orientaciones de la dogmática jurídico-penal que intentan construir las categorías del sistema *a partir de los fines* del Derecho penal. No se trataría en este sentido de un fenómeno moderno, sino que se remontaría al menos a las sistemáticas teleológicas inspiradas en el neokantismo².

Ahora bien, dentro de este amplio marco se divisan distintos *tipos de funcionalismo* de corte muy diverso, que hay que distinguir necesariamente por conducir a consecuencias muy diferentes. Entre estos son especialmente relevantes el funcionalismo puramente político-criminal de *Roxin* y el funcionalismo de carácter sociológico o sistémico de *Jakobs*.

El *pensamiento de Roxin* es funcionalista porque busca –en el sentido antes expuesto– la acomodación del Derecho penal a ciertos fines y principios político-criminalmente asentados en la Constitución propia del Estado de Derecho³.

El *pensamiento de Jakobs* es funcionalista porque define el derecho como una prestación consistente en garantizar la identidad normativa y con ella la constitución misma de la sociedad. En este sentido se ha afirmado que la concepción de Jakobs “constituye el intento más radical y acabado hasta ahora de construir la teoría de la pena y del delito en términos de funcionalidad para el mantenimiento del sistema social”⁴.

Otros intentos destacables de incorporar al derecho penal una consideración sociológica de corte funcionalista han sido los de *Callies* y *Amelung* que –basándose en algunas aportaciones de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann– relacionan delito y perturbación de funcionamiento del sistema social. También el pensamiento de *Hassemer* ha estado fuertemente influenciado por teorías sociológicas del control social.

1 EL “FUNCIONALISMO NORMATIVISTA” EN JAKOBS

El modelo dogmático propuesto por *Jakobs* se contrapone en esencia a la dogmática ontologicista de *Welzel*, frente a la cual propone una completa “renormativización” de los

² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Introducción, en B. Schünemann, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1991, p. 19.

³ CRESPO, Eduardo Demetrio. *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*. In: Revista Derecho Penal Contemporáneo, Bogotá, n. 25, p. 87-132, 2008.

⁴ PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito*, San Vicente del Raspeig: Universidad de Alicante, 2000, p. 291.

conceptos jurídico-penales con el propósito de que puedan cumplir con la función que él atribuye a la pena, que no es otra que la “prevención general positiva” como *ejercicio de reconocimiento de la norma* (o garantía de la vigencia de las expectativas normativas) mediante tres elementos: a) ejercicio en la confianza en la norma; b) ejercicio de fidelidad en el derecho; y c) ejercicio de aceptación de las consecuencias⁵.

Como acertadamente ha señalado *Peñaranda Ramos* este esquema se corresponde con la relevancia cada vez menor que *Jakobs* atribuye a la relación interna entre el autor potencial del hecho y la norma, en aras de la significación social de la vigencia de las normas y su infracción⁶. Como consecuencia la pena no se dirige a prevenir futuras infracciones (al estilo de la prevención general negativa) sino que tiene por objeto restablecer según el pensamiento clásicamente hegeliano la vigencia de las normas quebrantadas. Se trataría en este sentido *más de una teoría retributiva que preventiva*⁷.

Esta idea ha sido aun más claramente perfilada por su discípulo *Lesch* al formular una “teoría funcional de la retribución”⁸ en la que queda puesto de relieve que la única función de la pena es servir a la *autoconfirmación de la identidad de la sociedad* mediante la prestación de que los delitos dejen de concebirse como tales en el futuro.

De este modo *Jakobs* ha ido deconstruyendo el edificio sistemático de la teoría del delito en sus bases mismas a través del *formalismo de las categorías* y la utilización de conceptos vagos e imprecisos que carecen de capacidad de subsunción. Esto se muestra ya en la distinción entre injusto y culpabilidad, pues siendo lo decisivo el quebrantamiento y vigencia de la norma, la culpabilidad termina convirtiéndose en presupuesto de la acción, lo que conduce a su discípulo *Lesch* a formular incluso un “tipo total de culpabilidad”. Característica esencial de este análisis funcional, cuyo método resulta de la combinación entre *Hegel* y *Luhmann*, como ha destacado recientemente *Schünemann*, es que *no se relaciona al hecho real de la lesión de un bien jurídico*, sino solo a su relevancia comunicativa para la vigencia del Derecho en la sociedad⁹.

2 PRINCIPALES CRÍTICAS AL FUNCIONALISMO NORMATIVISTA EN JAKOBS

Algunas de las críticas más severas a la teoría de *Jakobs* fueron vertidas en su día por *Baratta*¹⁰ acusándola de ser conservadora, tecnocrática e incluso autoritaria, favorecer la expansión del derecho penal y promover la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes, acogiendo lo peor de la teoría de sistemas de *Luhmann*.

⁵ Vid. infra amplia bibliografía de G. Jakobs.

⁶ PEÑARANDA, *Op. cit.*, p.296.

⁷ CRESPO, Eduardo Demetrio. *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.

⁸ LESCH. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln. Berlin. Bonn. München: Heymann, 1999.

⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. El propio sistema de la teoría del delito. In: *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, v.1, p. 13, fev. 2008.

¹⁰ BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. In: *RevicyhLUZ: Revistas Científicas e Humanísticas*, Venezuela, n. 15, p. 2 - 26, 1987.

El núcleo central de la argumentación anterior vincula el pensamiento de *Jakobs* a la teoría de los sistemas sociales de *Niklas Luhmann*, relación que no ha sido negada por el propio *Jakobs*, sino matizada, al tiempo que se reconoce asimismo la ascendencia de la tradición filosófica que se remota a *Hegel* e incluso el parentesco con la doctrina del “daño intelectual del delito” defendida significativamente por *Francesco Carrara* dentro de la Escuela clásica¹¹.

Sin embargo, desde la Filosofía del Derecho, se pone en duda no solo la fidelidad con que las tesis de *Luhmann* se acogen en la Ciencia del Derecho Penal, sino que además se niega que las propuestas funcionales de la prevención general positiva identificadas como sistémicas lo sean realmente a partir del giro autopoiético que adopta la teoría de *Luhmann* a partir de los ochenta¹².

Conviene pues examinar con algo de detalle en qué consiste esta relación:

a) *Luhmann* distingue entre “*expectativas cognitivas*” y “*expectativas normativas*”. *Jakobs* entiende la norma como una expectativa de conducta que se estabiliza contrafácticamente. A su vez, *Luhmann*, como hace *Jakobs*, entiende que la sociedad se compone de comunicaciones y no de sujetos.

b) La “función” en *Luhmann* se refiere a un sistema diferenciado de comunicaciones en el seno de la sociedad como sistema general y omniabarcante, de modo que su clausura operativa o autopoiesis se cimienta sobre su cabal cumplimiento¹³. Es esta misma clausura operativa la que explica en *Jakobs* que el Derecho penal se conciba como un *sistema de comunicaciones* que atiende a la función de protección de expectativas normativas de conducta.

c) Solo la referencia al entorno –que da cuenta de la dimensión cognitiva del sistema jurídico- en el interior del sistema permite obtener la diferencia, a efectos de la autoobservación de las comunicaciones jurídicas, entre autorreferencia y heterorreferencia¹⁴. Para *Prieto Navarro* lo determinante es el modo en que ambas dimensiones, cognitiva y normativa, resultan combinadas a través de las operaciones del sistema¹⁵. Según este autor la exigencia de preservar la conciencia normativa frente al delito a través de la comunicación que representa la pena significa únicamente que la igualdad de la respuesta ha de garantizar las expectativas de los sujetos¹⁶.

d) El corolario es que el Derecho es indiferente ante los efectos psicológicos que su modo de operación pueda desplegar, consecuencia última de la concepción luhmaniana de la “sociedad sin hombres”. Por su parte, una de las

¹¹ PEÑARANDA. *Op. cit.*, p. 304.

¹² PRIETO NAVARRO, Evaristo. Teoría de sistemas, funciones del Derecho y control social: perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal. In: *Revista DOXA*, Alicante, n. 23, p. 265 - 288, 2000; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. In: *Revista DOXA*, Alicante, n. 23, p. 233 – 264, 2000.

¹³ PRIETO NAVARRO. *Op. cit.*, p. 268.

¹⁴ PRIETO NAVARRO. *Op. cit.*, p. 271.

¹⁵ *Ibid.*, p. 272.

¹⁶ *Ibid.*, p. 277.

características básicas del sistema de *Jakobs* es la “ausencia de referentes externos al derecho positivo desde los que analizar críticamente las normas”¹⁷.

A partir de ahí *Jakobs* aborda desde un *punto de vista absolutamente formal* (neopositivismo formalista) la función del Derecho penal al preocuparse solo por la seguridad de las expectativas normativas sin que importe el contenido de las normas o los valores implicados¹⁸. Para *Portilla Contreras* el formalismo jurídico de *Jakobs* no solo representa una continuación de la tesis de *Kelsen*, sino que llega incluso a superar la teoría sistémica¹⁹.

De la *crítica del formalismo* se ha defendiendo el autor analizado diciendo que esto es algo propio de cualquier concepción con el grado de abstracción que la suya implica, lo que en realidad no resta un ápice de vigor a la crítica. Por otro lado, como con razón ha señalado *Prieto Navarro*, “ni cabe pedagogía a través del Derecho, pues eso rebasa con mucho sus competencias funcionales, ni puede alentarse una conciencia fiel al mismo”²⁰.

Se aboca por esta vía a la crítica de la aparente “asepsia” de una construcción como la de *Jakobs* hacia las cuestiones de legitimidad del sistema normativo. *Jakobs* no desconoce este aspecto, si bien lo esquiva en el sentido de que para una teoría funcionalista las cuestiones de legitimación no pueden resolverse en el plano interno del Derecho penal. En este sentido se ha pronunciado también *Müssig*²¹ al advertir que la cuestión de los criterios de legitimación material de las normas penales desbordarían el cauce formal de la prevención general positiva remitiendo al análisis de los criterios materiales de identidad de una sociedad determinada.

Otra crítica -desde la teoría de la norma- ha sido formulada por *Peñaranda Ramos* al señalar que las expectativas de conducta “no pueden ser contrafácticamente estabilizadas a la larga si la facticidad de la norma es continua y manifiestamente transgredida”, por lo que la dirección de conductas debería ser una segunda función del derecho derivada de la anterior²². A esto dedicó también en parte su atención *Luhmann* en su obra *Das Recht der Gesellschaft* pronunciándose en sentido negativo: la probabilidad de sanciones pertenece al instrumental simbólico que permite reconocer si existe o no una expectativa en el sentido del derecho.

A este respecto se ha dicho que la prevención general positiva puede ofrecer sin embargo una visión más completa que la propia teoría de sistemas de *Luhmann*, de modo que la peculiaridad del modo de validez del derecho se orientaría simultáneamente a los dos polos: a) la facticidad de la observancia regular de las normas, obtenida en su caso mediante coerción, y b) la legitimidad de la regla misma, que produce su observancia por el propio respeto hacia ella²³. De esta opinión se muestra en España *Peñaranda Ramos* que entiende que esto significaría con relación a la amenaza de la pena que “esta no puede ser de tal

¹⁷ CONTRERAS, Guillermo Portilla. Los excesos de formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del derecho penal. In: *Revista General de Derecho Penal*, Espanha, n. 4, p. 8, 2005.

¹⁸ HIRSCH, Hans Joachim. El principio de culpabilidad y su función en el Derecho Penal. In: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 5, p. 179, jan. 1995.

¹⁹ CONTRERAS. *Op. cit.*, p. 2.

²⁰ PRIETO NAVARRO. *Op. cit.*, p. 285.

²¹ MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*. Alemania: Frankfurt Am Main: P. Lang, 1994.

²² PEÑARANDA. *Op. cit.*, p. 315.

²³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 5°. ed. Madrid: TROTТА, 2010. 696 p.

intensidad que desplace en la práctica la posibilidad de que el cumplimiento se produzca por aquella motivación que no puede ser impuesta”²⁴.

En esta línea de considerar la pena estatal como medio para fomentar un cumplimiento libre y voluntario de las normas se moverían asimismo propuestas como las de *Baurman y Kuhlen*. También la de *Andrew von Hirsch*, al entender la pena como desaprobación del hecho que, a su vez, suministra razones a su autor para desistir de su realización²⁵. Pero se trataría aquí en todo caso de propuestas interpretativas muy diferentes a las del funcionalismo normativista que propone *Günther Jakobs*, en la que no queda ni rastro de algo tan fundamental en un Derecho penal del hecho, como es la protección de bienes jurídicos esenciales.

3 DE LA “SOCIEDAD SIN HOMBRES” DE NIKLAS LUHMANN AL “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO” DE GÜNTHER JAKOBS

Uno de los excesos del neofuncionalismo penal ha consistido en la “*normativización del concepto de persona*”, que ha permitido a *Günther Jakobs* distinguir entre un Derecho penal basado en acciones de personas y otro en acciones de “no personas” o “derecho penal del enemigo”²⁶. Por mi parte, en trabajos anteriores, he defendido asimismo la idea de que el derecho penal del enemigo representa una “excepción consecuente”, o lo que es lo mismo, una “consecuencia necesaria” a la que se ve abocado el funcionalismo normativista de Jakobs en su modo de entender la función de la pena²⁷.

La normativización del concepto de persona significa en *Jakobs* que “desde el punto de vista de la sociedad no son las personas las que fundamentan la comunicación personal a partir de si mismas, sino que es la comunicación personal la que pasa a definir los individuos como personas”²⁸. De este modo *Jakobs* transita de *Hegel* a *Luhmann*, pasando por *C. Schmitt*, para fundamentar toda una teoría de la excepción, basada en la dicotomía ciudadano / enemigo.

Toda esta articulación teórica acontece en varios pasos siempre anclados en su punto de partida metodológico –lo que no cambia en su discurso– que van a mi modo de ver desde un primer intento de presentar como descriptivo un discurso penalmente inaceptable desde el punto de vista del Estado de Derecho en el artículo “Derecho penal de ciudadano y Derecho penal del enemigo”²⁹, pasando por su contribución “¿Terroristas como personas en

²⁴ PEÑARANDA. *Op. cit.*, p. 318.

²⁵ VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. 1º. ed. Madrid: TROTТА, 1998. 184 p.

²⁶ CONTRERAS. *Op. cit.*, p. 10.

²⁷ CRESPO, Eduardo Demetrio. Del Derecho Penal liberal al Derecho penal del enemigo. In: *Revista de derecho penal e criminología*, Espanha, n. 14, p. 87-116, 2004; *Idem.*, El derecho penal del enemigo *darf nicht sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado derecho penal del enemigo y la idea de seguridad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Espanha: Edisofer, v. 1, 2006. p. 473-510.

²⁸ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. 1º. ed. Madrid: Civitas, 1996. 85p.

²⁹ JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. In: *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, p. 19, 2003 a.

Derecho?”³⁰, y el ulterior “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”³¹.

No es este el momento de abordar con detalle todas las perspectivas de discusión a que se ha prestado este lamentable concepto, para lo que nos remitimos a trabajos anteriores y a la amplia bibliografía aparecida entretanto³², pero sí de fijarnos en la íntima vinculación y desarrollo que lleva desde la prevención general positiva sistémica al derecho penal del enemigo mediante la propia normativización (abstracción) del concepto de persona.

Como es sabido en el segundo de los artículos mencionados *Jakobs* formula claramente la siguiente tesis: *un derecho penal del enemigo es lícito (darf sein) en el marco de lo imprescindible, porque de lo contrario el Estado (cuya vigencia no puede ser entendida de un modo abstracto) se vendría a pique*. Que la actual concepción de *Jakobs*, a diferencia de lo sostenido en 1985, no es descriptiva, sino que ha sufrido una evolución progresivamente encaminada a la defensa del Derecho penal del enemigo bajo determinadas condiciones, es algo que está fuera de duda. Paradójicamente, y pese a la rotundidad de sus afirmaciones, cuando el profesor *Jakobs* hubo de afrontar la objeción (planteada en la discusión que tuvo lugar tras su ponencia en Frankfurt Oder el 08 de mayo de 2005) acerca del peligro que implica una teoría capaz de legitimar un Derecho penal excepcional al margen del Estado de Derecho, el autor contestó que su planteamiento era en un porcentaje del 98% únicamente descriptivo.

Parecía entonces que se trataba de nuevo más bien de evitar que se produzca una “contaminación” de las características propias del Derecho penal del enemigo al resto del Derecho penal. Pero se jugaba aquí en realidad en el *carácter ambiguo del concepto*, que admite diversos usos según el contexto. A la discusión sobre el carácter descriptivo o prescriptivo de la fórmula del llamado “derecho penal del enemigo” subyace a su vez una cuestión relativa a la teoría del derecho. En virtud de la falacia realista imperante en la cultura jurídica de corte hegeliano según la cual “lo que es real es racional”, se pasa por alto la distinción metalingüística entre lo “descriptivo” y lo “normativo”, inexistente en la cultura jurídica y política funcionalista³³. Como con acierto ha subrayado *Ferrajoli*, se presenta por esta vía como legítimo un concepto que en realidad representa una contradicción en los términos o la negación misma del derecho penal, dado que la figura del enemigo pertenece en realidad a la lógica de la guerra, que es en esencia la negación del derecho³⁴.

Esto no puede impedir ver que no se trata más que de un nuevo desarrollo en su pensamiento metodológico, en el cual el criterio del bien jurídico como concepto delimitador de la intervención penal pierde toda relevancia, y se sustituye por la función preventivo-general positiva de la “estabilización de la norma”. El propio *Jakobs* ya reconocía en su trabajo

³⁰ *Idem.*, ¿Terroristas como personas en Derecho?. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. España: Edisofer, 2006 a. p. 77-92. v. 2.

³¹ *Idem.*, ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. España: Edisofer, p. 93-116, 2006 b.

³² Vid. especialmente, MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*. 1º. ed. Buenos Aires: Editora Hammurabi, 2005. 168 p.; CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. España: Edisofer, 2006. v. 1.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2006; FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal. In: *Nuevo Foro Penal*, Colombia, n. 69, p. 13-31, 2006.

³³ FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal. In: *Nuevo Foro Penal*, Colombia, n. 69, 2006. p. 17

³⁴ *Ibid.*, p. 16.

del año 1985 sobre la tentativa que en situaciones excepcionales la vigencia de la norma podía verse amenazada si no se entra en la esfera privada del autor, aunque dichas normas debieran quedar separadas del “Derecho penal del ciudadano” para no contaminarlo. Se trataba, en todo caso, sólo de una aparente contradicción porque lo que se pone de relieve en realidad es que de su modelo de pensamiento se extrae *consecuentemente* la necesidad de recurrir a un sistema excepcional para determinados supuestos (sujetos que no ofrecen *seguridad cognitiva*) que no encajan en el artificial edificio conceptual normativo del autor.

Merece la pena, además, observar que la *capacidad legitimadora* de la teoría del derecho penal del enemigo puede llegar a abarcar ciertamente un segmento más amplio que el que se deriva en primera instancia del estado actual de un determinado ordenamiento jurídico. Si este fuera el caso, apelar al carácter meramente descriptivo de una construcción que en el fondo ofrece cobertura teórica (“justificación”) para esa realidad que dice describir se convierte sólo en un argumento circular. Pero, como señalamos más arriba, punto de llegada es toda una “teoría de la excepción penal”, que constituye a su vez un esclarecedor manifiesto de su propia teoría del derecho, del derecho penal y de la pena, y de las bases de la teoría del Estado que la sustentan³⁵.

Jakobs habla en el último de los artículos mencionados de los “presupuestos de la juridicidad” y con ello de sus límites. En su opinión se trata solo de describir a quién el sistema jurídico trata como enemigo, de una mera constatación. Para *Jakobs* hay que distinguir entre un Derecho postulado, un Derecho-modelo y la estructura normativa real de una sociedad. En su opinión ser persona en derecho es algo sinalagmático, ya que requiere que el otro participe, y por otro lado, postular un derecho y tener realmente ese derecho no es lo mismo.

Siempre según este autor “las normas necesitan de una cimentación cognitiva si se pretende que ofrezcan orientación, no basta con que puedan ser expuestas como correctas o plausibles, sino que es necesario que se establezcan”³⁶. “Todo aquel que prometa de modo más o menos confiable fidelidad al ordenamiento jurídico tiene derecho a ser tratado como persona en derecho, quien no preste esa promesa de modo creíble será tendencialmente heteroadministrado”³⁷. “Una sociedad que realmente acontece no puede prescindir de una exclusión más o menos amplia de sus adversarios recalcitrantes. Sin embargo el Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho en la medida en que vincula a su vez a los ciudadanos, más exactamente, al Estado, sus órganos y funcionarios, en la lucha contra los enemigos. Lo que sucede es que el Derecho penal del enemigo no es una regulación para la aniquilación ilimitada, sino en un Estado de Derecho administrado con inteligencia, una ultima ratio que es aplicada conscientemente en cuanto excepción, como algo que no es idóneo para su uso

³⁵ JAKOBS. 2006 c. así como la introducción de Cancio Meliá y Feijoo Sánchez, en la que los autores aceptan que el proceso de reformulaciones de la teoría de la pena de Jakobs ha conocido tres fases: a) una primera más psicologicista (hasta principios de los años noventa), en la que la pena se entiende en sentido preventivo; b) una segunda caracterizada por la identificación de su teoría de la pena con un concepto funcional de retribución; c) y una tercera basada en una reconocitivización de la teoría de la pena. Esta última, además del dolor penal como presupuesto del funcionamiento de la pena, incorpora el derecho penal del enemigo como reacción frente a los sujetos imputables peligrosos.

³⁶ JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA, Carlos. *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. España: Edisofer, p. 93-116, 2006 b.

³⁷ *Ibid.*, p. 106.

permanente”³⁸. En una reciente contribución concluye “el derecho penal del enemigo es un *derecho de la excepción* y como tal debe designarse para evitar confusiones con el derecho penal del ciudadano. Si el Derecho penal del enemigo es necesario es algo que depende del entorno del Estado de derecho, esto es, también de sus enemigos”³⁹.

En opinión de *Portilla Contreras* la distinción entre amigo-enemigo de *Schmitt* es el soporte de la separación entre el Derecho penal del ciudadano y el Derecho penal del enemigo. Para este autor “sin duda alguna, *Jakobs* asume la teoría de *C. Schmitt* no solo cuando, como él, atribuye al Estado el *ius belli*, esto es, la posibilidad de determinar quién es el enemigo y combatirlo, de declarar la guerra y, en consecuencia de disponer de la vida de las personas; también cuando revela que la lucha contra el enemigo se despliega fuera de la Constitución civil, esto es, en el estado de naturaleza”⁴⁰.

Sin embargo, como destaca *Beck* en su obra “*Der kosmopolitische Blick*”⁴¹, *Schmitt* subraya en el “Concepto de lo político” que se expresa el respeto al enemigo precisamente porque se le reconoce como tal y no como delincuente⁴². En este sentido es claro que en *Jakobs* se trata justamente de lo contrario, en conceder al “delincuente” la categoría de “enemigo” al que hay que combatir privándole de cualquier derecho, y por encima de todo, de su capacidad de actuar⁴³.

Jakobs justamente no desconoce este punto crucial:

“El concepto de *Schmitt* no se refiere a un delincuente sino al *hostis*, al otro; dentro del Estado, sólo cuando se llega a una guerra civil existe una confrontación política en el sentido de *Schmitt*. En cambio el enemigo del Derecho penal del enemigo es un delincuente de aquellos que cabe suponer que son permanentemente peligrosos, un *inimicus*. No es otro, sino que debería comportarse como un igual, y por ello se le atribuye culpabilidad jurídico-penal, a diferencia del *hostis* de *Schmitt*. Si en mis consideraciones me hubiera referido a *Carl Schmitt*, ello habría constituido una cita radicalmente fallida”⁴⁴.

Esto no significa, sin embargo, que pueda eludir tan fácilmente la vinculación al pensamiento *schmittiano*, sino que su proximidad al mismo hay que buscarla no tanto en el diagnóstico, sino, en palabras de *Prieto Navarro*, en algo previo, en “su apuesta por el carácter

³⁸ *Ibid.*, p. 107.

³⁹ *Idem*. An der Grenzen rechtlicher Orientierung: Feindstrafrecht. In: *Nullum ius sine scientia. Festschrift für Jaan Sootak zum 60. Geburtstag am 16. Juli 2008*, Talinn: Juura, p. 131-153, 2008. p. 153.

⁴⁰ CONTRERAS, Guillermo Portilla. Los excesos de formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del derecho penal. In: *Revista General de Derecho Penal*, Espanha, n. 4, p. 8, 2005.

⁴¹ BECK, Ulrich. *Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden*. Alemanha: Brochuras, p. 205, 2004.

⁴² En dicha obra puede leerse: “También en esa otra forma moderna de hacer la guerra ahora, la llamada guerra fría, se quiebran todos los ejes conceptuales que soportaban antes el sistema tradicional de delimitar y regular la guerra. La guerra fría se burla de todas las distinciones clásicas entre guerra, paz, neutralidad, entre política y economía, entre combatiente y no combatiente; *lo único que mantiene es la distinción entre amigo y enemigo, cuya estricta consecuencia constituye su origen y esencia*” - SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*: texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios. Madrid: Versión de R. Agapito, 1998.

⁴³ CRESPO, Eduardo Demetrio. El derecho penal del enemigo *darf nicht sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado derecho penal del enemigo y la idea de seguridad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Espanha: Edisofer, v. 1, p. 486, nota 41, 2006.

⁴⁴ JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA, Carlos. *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Espanha: Edisofer, p. 108-109, 2006 b.

auténticamente aleccionador del caso excepcional frente a la normalidad del cumplimiento de la norma”⁴⁵. Dicho de otro modo, la teoría del “derecho penal del enemigo”, sobre la base de la distorsión del lenguaje, procede a la disolución misma del derecho mediante la criminalización del enemigo y la militarización de la justicia⁴⁶.

■ CONCLUSIONES

El funcionalismo normativista de *Günther Jakobs* mediante la progresiva renormativación de los conceptos, la pérdida del horizonte valorativo, y la falta de límites, ha construido un *método de pensamiento absolutamente formalizado*, alejado de la realidad, y con capacidad de adaptación a cualquier sistema jurídico.

El último estadio de evolución de dicho método, que toma como punto de partida la prevención general positiva entendida como estabilización de la vigencia de las normas, ha desembocado en el llamado “*derecho penal del enemigo*”. A la pregunta decisiva acerca de la legitimidad de un tal derecho se responde por su principal artífice teórico afirmativamente, bien que en el “marco de lo necesario”. Esta afirmación se hace posible a su vez por la *relativización del propio concepto del Estado de Derecho* con el argumento de que dicho concepto no puede interpretarse como vigencia abstracta, sino concreta.

Como se ha visto el “derecho penal del enemigo” representa una consecuencia de una metodología jurídico-penal con un *enorme potencial de legitimación* de toda clase de medidas contrarias al Estado de Derecho. Frente a esto hay que alzar la voz en el plano científico y recordar que los Derechos Humanos, y su salvaguarda, como la separación de poderes o el principio democrático, son ciertamente elementos constitutivos del Estado de Derecho. Como advierte *E. Díaz*, no todo Estado es Estado de Derecho (no basta con un Estado administrativo de Derecho), sino que el Estado de Derecho supone la institucionalización jurídica de la democracia política, que encuentra en los Derechos Humanos su verdadera razón de ser⁴⁷.

Desde el punto de vista aquí adoptado *no es posible “normativización” alguna del concepto de persona* que permita distinciones tales entre “personas” y “no personas” (“individuos” o “fuentes de peligro” a las que el derecho debe heteroadministrar). El Estado de Derecho tampoco se pone caprichosamente en juego, como dice *Jakobs*, por no adoptar un tal Derecho penal del enemigo. Al contrario, debe ceñirse a un *Derecho penal del hecho* respetuoso con los límites, principios y garantías que le son propios. Allí donde se detecten trasvases de dichos límites, estos deben denunciarse y subsanarse. Solo desde el respeto a los Derechos Humanos se puede configurar el vínculo entre el *ser* y el *deber ser* del Derecho penal. Los Derechos Humanos han de ser, en último término, la *barrera infranqueable* a toda pretensión político-criminal, filosófico-política, filosófico-jurídica, sociológica o dogmática.

⁴⁵ PRIETO NAVARRO, Evaristo. Excepción y normalidad como categorías de lo político. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura. *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Madrid: Thomson-Civitas, p. 130, 2008.

⁴⁶ FERRAJOLI. *Op. cit.*, p. 20-21.

⁴⁷ DÍAZ, Elías. Estado de derecho y derechos humanos. In: BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo; LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier; SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid: [s.n.], p. 17, 2004.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. In: *RevicyhLUZ: Revistas Científicas e Humanísticas*, Venezuela, n. 15, 1987.

BAURMANN. Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positive Generalprävention. Alemanha: Heidelberg, Decker, 1994.

BECK, Ulrich. *Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden*. Alemanha: [s.n.], 2004.

CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Espanha: Edisofer, v. 1, 2006.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Prevención general e individualización judicial de la pena, Salamanca: *Ediciones Universidad de Salamanca*, 1999.

_____. Del Derecho Penal liberal al Derecho penal del enemigo. In: *Revista de derecho penal e criminología*, Espanha, n. 14, 2004.

_____. El derecho penal del enemigo *darf nicht sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado derecho penal del enemigo y la idea de seguridad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Espanha: Edisofer, v. 1, 2006.

_____. *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*. In: *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, Bogotá, n. 25, 2008.

CONTRERAS, Guillermo Portilla. Los excesos de formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del derecho penal. In: *Revista General de Derecho Penal*, Espanha, n. 4, 2005.

DÍAZ, Elías. Estado de derecho y derechos humanos. In: BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo; LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier; SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid: [s.n.], 2004.

FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal. In: *Nuevo Foro Penal*, Colombia, n. 69, 2006.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. In: *Revista DOXA*, Alicante, n. 23, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 5°. ed. Madrid: TROTТА, 2010.

HIRSCH, Hans Joachim et al. El principio de culpabilidad y su función en el Derecho Penal. In: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 5, jan. 1995.

JAKOBS, Günther et al. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. 1°. ed. Madrid: Civitas, 1996.

_____. Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico. In: JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*. Tradução de Peñaranda Ramos et al. Madrid: Civitas, 1997 a.

_____. *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin: [s.n.], 1997 b.

_____. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, 2 ed., Madrid: Marcial Pons, 1997 c.

_____. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. In: *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, p. 19, 2003 a.

_____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Tradução de Cancio Meliá e Feijóo Sánchez, Madrid: Civitas, 2003 b.

_____. La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo. Tradução de T. Manso. In: MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, Valencia: [s.n.], 2004.

_____. ¿Terroristas como personas en Derecho?. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Espanha: Edisofer, v. 2, 2006 a.

_____. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA, Carlos. *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Espanha: Edisofer, v. 2, 2006 b.

_____. *La pena estatal: significado y finalidad*. Tradução de José Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2006 c.

_____. An der Grenzen rechtlicher Orientierung: Feindstrafrecht. In: *Nullum ius sine scientia. Festschrift für Jaan Sootak zum 60. Geburtstag*, Talinn: Juura, 2008.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, 2003.

KUHLEN, Lothar. Zum Strafrecht der Risikogesellschaft. In: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*: GA. Heidelberg: Decker, 1994.

LESCH. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln. Berlin. Bonn. München: Heymann, 1999.

LUHMANN, Niklas. Normen in soziologischer Perspektive. In: *Soziale Welt*. Alemanha: [s.n.], v. 20, 1969.

_____. *Rechtssoziologie*, 3° ed., Opladen: Westdt. Verl, 1987.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*. 1°. ed. Buenos Aires: Editora Hammurabi, 2005.

MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*. Alemanha: Frankfurt Am Main: P. Lang, 1994.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito*, San Vicente del Raspeig: Universidad de Alicante, 2000.

PRIETO NAVARRO, Evaristo. Teoría de sistemas, funciones del Derecho y control social: perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal. In: *Revista DOXA*, Alicante, n. 23, 2000.

_____. Excepción y normalidad como categorías de lo político. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura. *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Madrid: Thomson-Civitas, 2008.

SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político: texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*. Madrid: Alianza, 1998.

SCHÜNEMANN, Bernd. El propio sistema de la teoría del delito. In: *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, v.1, fev. 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Introducción, en B. Schünemann, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1991.

VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Editorial Trotta, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2006.



O DIREITO À RESERVA DA VIDA PRIVADA E DEVERES DE DIVULGAÇÃO DE DADOS DE ACIONISTAS

RIGHT TO PRIVACY RESERVE AND SHAREHOLDER DATA DISCLOSURE DUTIES

JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU*

RESUMO

O direito à reserva da vida privada, embora direito de personalidade e (constitucionalmente) fundamental, é limitável em medida necessária e adequada à proteção de interesses relevantes. O texto ilustra brevemente algumas das limitações a esse direito no domínio do direito das sociedades comunitário-europeu.

Palavras-chave: Reserva da vida privada. Acionistas. Limitações.

ABSTRACT

The right to a private life reserve, while a (constitutionally) fundamental right of personality, is limited to the extent necessary and appropriate to the protection of relevant interests. The text briefly illustrates some of the limitations to this law in the field of Community-European company law¹.

Keywords: Private life reserve. Shareholders. Limitations.

* Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal (FDUC).

Professor Catedrático da FDUC.

jabreu@fd.uc.pt

Recebido em 27-11-2018 | Aprovado em 27-11-2018²

¹ Elaborado pelos Editores.

² Artigo convidado. Texto

Texto da comunicação feita no IV Congresso Internacional Hispano-Luso-Brasileño Derechos Humanos/Direitos Humanos, realizado nos dias 4 e 5 de julho de 2018 na Facultad de Derecho da Universidad de Valladolid. Publicado anteriormente em: *Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, a. 10, v. 20, 2018, p. 13-19.



SUMÁRIO

DIREITO À RESERVA DA VIDA PRIVADA (NÓTULA); 1 DIVULGAÇÃO DAS REMUNERAÇÕES DOS ADMINISTRADORES; 2 PUBLICITAÇÃO DAS PARTES RELACIONADAS COM SOCIEDADE EM NEGÓCIOS COM ELA REALIZADOS; 3 IDENTIFICAÇÃO DOS ACIONISTAS; 4 PUBLICITAÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS EFETIVOS; 5 SOCIEDADE “ANÓNIMA” E (NÃO) ANONÍMIA DAS AÇÕES; REFERÊNCIAS

■ DIREITO À RESERVA DA VIDA PRIVADA (NÓTULA)

Este direito, consagrado nas diversas constituições nacionais e em instrumentos internacionais (Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 12º, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 17º, 1, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 8º), desdobra-se no poder de as pessoas interditar o acesso a informações sobre as suas vidas privadas e no poder de impedirem a divulgação dessas informações por quem a elas tenha acedido, direta ou indiretamente e lícita ou ilícitamente.

A vida privada de uma pessoa compreende o modo de estar consigo mesmo (o ser e o atuar em solidão), os comportamentos de relação com os outros no recato do lar familiar e de outros lugares ou ambientes de privacidade, os atos de comunicação à distância (correspondência postal, telefónica, telemática) com esses outros (do círculo das relações de família, de afetos e outros de cariz pessoal). Em suma, é da vida privada o que está, ou deve estar, fora do alcance do olhar e dos ouvidos do público (menos ou mais extenso).

Como outros direitos de personalidade, o direito à reserva da vida privada protege o “segredo do ser”. É pelo menos duvidoso que proteja também “segredos do ter” tais como o segredo de recursos financeiros ou o segredo de aplicações do dinheiro. Seja como for, deve entender-se (e tem-se entendido) que estes “segredos do ter” são limitáveis na medida necessária e adequada à proteção de outros interesses relevantes, maxime interesses público-gerais (v.g., combate à corrupção, à fraude fiscal, ao branqueamento de capitais e ao financiamento de terrorismo).

Limitações ao sigilo do ter são bem aceitáveis em relação às sociedades mercantis. Por razões de transparência interna – as sociedades não são organizações monolíticas, os elementos constituintes do substrato pessoal e orgânico têm interesses diversos e às vezes conflituais. Mas também por razões de transparência externa – as sociedades vivem com e para as relações com terceiros, não são organizações fechadas de pessoas, e têm muitas vezes uma projeção socioeconómica e política que não pode ser ignorada pela instância político-jurídica.

Vamos então à ilustração breve destas ideias, apresentando alguns exemplos (principalmente) de direito comunitário-europeu.

1 DIVULGAÇÃO DAS REMUNERAÇÕES DOS ADMINISTRADORES³

No princípio do século eram poucas as legislações nacionais que impunham a divulgação (individualizada) das remunerações de cada administrador. Embora muitos “códigos” de *corporate governance* a recomendassem. Apesar de alguns entenderem que o direito de personalidade dos administradores (mais precisamente, o direito à reserva da vida privada ou direito à autodeterminação informativa) inviabiliza, não havendo consentimento destes, a publicitação das remunerações.⁴

A tendência, hoje, é claramente a favor da publicitação. Marco importante é o art. 9º-B da Diretiva 2007/36/CE (a chamada “diretiva dos direitos dos acionistas” – DDA), introduzido pela Diretiva (UE) 2017/828, de 17 de maio de 2017.

Esse artigo é todo dedicado à elaboração, votação e publicação de um relatório anual das sociedades cotadas sobre as remunerações atribuídas ou devidas a cada administrador no exercício social anterior. Depois de votado ou discutido em assembleia geral, o relatório deve ser disponibilizado ao público no sítio *web* da sociedade durante pelo menos 10 anos (1º parágrafo do nº 5 do art. 9º-B).

Como se diz no considerando (33) da Diretiva de 2017, esta divulgação promove mais transparência da sociedade, maior responsabilização dos administradores, melhor supervisão pelos acionistas, e facilita avaliações por parte de potenciais investidores e de outros interessados.

Compreensivelmente, o relatório não pode incluir dados pessoais dos administradores não necessários para os fins visados – *v.g.*, dados sobre a origem racial ou étnica, as opiniões políticas ou filosóficas, a situação familiar (nº 2 do art. 9º-B).

2 PUBLICITAÇÃO DAS PARTES RELACIONADAS COM SOCIEDADE EM NEGÓCIOS COM ELA REALIZADOS

Nos negócios celebrados entre uma sociedade e parte (com ela) relacionada é muito frequente a existência de conflito de interesses: divergência de princípio entre o interesse da parte relacionada e o interesse da sociedade, convindo portanto àquela um negócio em certos termos e a esta negócio em termos diferentes.

Também nesta matéria, por demasiado tempo descurada, a citada Diretiva de 2017 trouxe contributos interessantes introduzindo o (longo) art. 9º-C na DDA.⁵

³ Embora os administradores não tenham de ser acionistas – e são estes que aparecem no título deste trabalho –, são-no muitas vezes e, de todo o modo, parece oportuno referi-los aqui.

⁴ V. referências em ABREU, J. M. COUTINHO DE., *Governança das sociedades comerciais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 91. Os *Princípios de governo das sociedades do G20 e da OCDE*, Editions OCDE, Paris, 2016, também recomendam a divulgação individualizada das remunerações (nº V., 4).

⁵ Para uma análise do preceito, v. ABREU, J. M. COUTINHO DE., Remunerações dos administradores e transações com partes relacionadas na Diretiva dos Direitos dos Acionistas II, *In: Direito das sociedades em revista*, v. 19, Coimbra, 2018, p. 18-26.

De acordo com a al. h) do art. 2º da Diretiva de 2007 (aditada pela Diretiva de 2017), que remete para a *International Accounting Standard* (IAS) nº 24, é parte relacionada de uma sociedade (a) uma pessoa (humana) ou um membro próximo da família dessa pessoa que tem o controlo ou controlo conjunto sobre a sociedade ou influência significativa sobre ela, ou é membro do pessoal dirigente da sociedade ou de uma empresa controladora dela; (b) e uma entidade (coletiva) se, entre outras hipóteses, for membro, juntamente com a sociedade, de um mesmo grupo empresarial, ou for controlada por uma pessoa referida em (a). E, apesar de a Diretiva não definir “transações” (com parte relacionada), valerá também a noção oferecida pela IAS 24: transferência de recursos, serviços ou obrigações, independentemente de haver ou não um débito de preço – *v.g.*, compras e vendas de bens, prestação e recebimento de serviços, locações, acordos financeiros, prestação de garantias.

Para aqui interessa especialmente chamar a atenção para o disposto no nº 2 do art. 9º-C: “Os Estados-Membros devem assegurar que as sociedades anunciem publicamente as transações relevantes com partes relacionadas o mais tardar no momento em que forem realizadas. O anúncio deve conter, no mínimo, informações sobre a natureza da relação com as partes relacionadas, o nome da parte relacionada, a data e o valor da transação e outras informações necessárias para avaliar se a transação é justa e razoável do ponto de vista da sociedade e dos acionistas que não são partes relacionadas, incluindo os acionistas minoritários”.

O preceito não esclarece onde é feito o anúncio público. O considerando (44) da Diretiva diz que ele pode ser feito “num sítio *web* da sociedade ou por outros meios facilmente disponíveis”.

3 IDENTIFICAÇÃO DOS ACIONISTAS

O direito de as sociedades cotadas conhecerem os seus acionistas detentores de participações qualificadas com direito de voto vem sendo atribuído pelas “diretivas da transparência” comunitário-europeias⁶.

Também nesta matéria algo avançou com a citada Diretiva 2017/828, que aditou à DDA o art. 3º-A, precisamente epigrafado “Identificação dos acionistas”.

Diz o nº 1 deste artigo: “Os Estados-Membros devem assegurar que as sociedades tenham o direito de identificar os seus acionistas. Os Estados-Membros podem prever que as sociedades com sede social no seu território só sejam autorizadas a solicitar a identificação dos acionistas detentores de mais do que uma certa percentagem das ações ou dos direitos de voto. Essa percentagem não pode ser superior a 0,5%.” Este limiar (facultado, não imposto) de 0,5%, apesar de em alguns casos poder ser demasiado alto e de não fazer sentido para as ações nominativas⁷, é ainda assim bem inferior aos limiares que têm sido estabelecidos nas “diretivas da transparência”⁸.

⁶ Desde a Diretiva 88/627/CEE, de 12 de dezembro de 1988. V. agora a Diretiva 2004/109/CE, de 15 de dezembro de 2004, várias vezes alterada.

⁷ Aliás, o art. 3º-A parece visar tão só as ações ao portador.

⁸ A partir de 5%, atualmente (art. 9º, 1, da Diretiva 2004/109/CE).

A pedido da sociedade, os intermediários (entidades que prestam serviços de guarda ou de administração de ações ou serviços de manutenção de contas de valores mobiliários em nome dos acionistas ou de outras pessoas: al. d) do art. 2º da DDA, acrescentada pela Diretiva de 2017) devem fornecer as informações relativas à identidade dos acionistas (nºs 2 e 3 do art. 3º-A), sem que isto possa ser considerado violação de “qualquer restrição da divulgação de informações imposta por contrato ou por qualquer disposição legislativa, regulamentar ou administrativa” (nº 6).

As “informações relativas à identidade do acionista” incluem, segundo a al. j) do art. 2º da DDA (aditada também em 2017), o nome e os elementos de contacto do acionista e, no caso de ser pessoa coletiva, ainda o número de registo ou o seu identificador único; o número de ações detidas; e, quando solicitado pela sociedade, as categorias ou classes das ações detidas e/ou a data desde a qual as ações são detidas.

Os “dados pessoais” dos acionistas (pessoas singulares) devem ser tratados de modo a permitir que a sociedade identifique os seus acionistas a fim de com eles comunicar diretamente e assim facilitar o exercício dos direitos de socialidade e o envolvimento deles na vida da sociedade (nº 4, 1º parágrafo, do art. 3º-A). Porém, os Estados-membros “podem prever, por lei, o tratamento dos dados pessoais para outros fins (3º parágrafo desse nº 4) – v.g., para fins fiscais ou de supervisão a cargo de entidades públicas.

Terá sido esse acautelar do direito à reserva da vida privada e do tratamento dos dados pessoais que induziu o legislador da Diretiva de 2017 a atribuir o direito de conhecer a identificação dos acionistas apenas à sociedade, não à generalidade dos sócios. Cautela talvez exagerada, pois, além do mais (v. *supra*, nº 1), nas sociedades só com ações nominativas o direito de informação dos sócios faculta o acesso àqueles dados pessoais.

4 PUBLICITAÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS EFETIVOS

Contudo, às vezes é grande a opacidade das ações – nominativas ou (em maior grau) ao portador. Principalmente quando o titular nominal ou formal das ações não coincide com o titular económico ou material, isto é, aquele em cuja esfera jurídica se repercutem os resultados financeiros das ações (dividendos e quotas de liquidação e, em geral, os riscos e vantagens patrimoniais ligados às mesmas). Assim sucede com os *nominees*, *trustees*, *Treuhänder* e outros fiduciários, em suma todos quantos aparecem como titulares em nome próprio mas por conta de outrem⁹ – outrem que preserva o anonimato. E essa opacidade é em alguns casos impeditiva da proteção de certos interesses públicos.

⁹ Sobre estas figuras (ou algumas delas), v. indicações em COURET, ALAIN., *ADR, EDR, nominees, trustees, partnerships, global custodians, etc.*, *Rev. Sociétés*, 1999, p. 554, s., MERKT, HANNO, “*Die Geschichte der Namensaktie*” em R. VON ROSEN / W. G. SEIFERT (Hrsg.), *Die Namensaktie*, Deutsches Aktieninstitut, 2000, p. 90-92, HAMILTON, Robert W., *The law of corporations*, West Group, St. Paul-Minnesota, 2000, p. 258-259., s., MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL., *Cláusulas do contrato de sociedade que limitam a transmissibilidade das ações*, Almedina, Coimbra, n. 75, 2006, p. 224., GOWER & DAVIES. *Principles of modern company law*, Sweet & Maxwell, London, 2012, p. 455. FIGUEIREDO, ANDRÉ. Titularidade indireta de ações e exercício de direitos de voto, *In: Revista de Direito das Sociedades*, n. 3, a. 4, 2012, p. 512., s., MOHAMED, JEAN., *Aktien und Aktienrepräsentanz im Zuge des Transparenzregisters (?)*, Vol. 38, n. 45, 2017, págs. 2133-2142., ANTUNES, José Engrácia (2018), “A

Ora, a Diretiva (UE)2015/849, de 20 de maio de 2015, “relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo”, promove em boa medida maior transparência.

Para o que aqui interessa, e muito resumidamente, as sociedades (em geral) ficam obrigadas a obter e conservar informações sobre a identidade dos seus “beneficiários efetivos” (art. 30º, 1), quer dizer, da “pessoa ou pessoas singulares que, em última instância detêm (...) o controlo da sociedade” – controlo direto ou indireto (art. 3º, 6)¹⁰. Essas informações são conservadas em um registo central (art. 30º, 3). Acessível, sem restrições, às autoridades públicas competentes e, com algumas restrições, às “entidades obrigadas” (identificadas no art. 2º) e a “todos os membros do público” (art. 30º, 5 e 9)¹¹ – incluindo, portanto, os sócios da sociedade respetiva.

5 SOCIEDADE “ANÓNIMA” E (NÃO) ANONÍMIA DAS AÇÕES

Resulta do dito atrás que se vem assistindo à debilitação do anonimato nas sociedades anónimas. Mas não são as ações ao portador – anónimas – conaturais ou da essência de tais sociedades? Poderia pensar-se (e é pensamento frequente) que sim. Pois, de um lado, tais ações não mostram o nome dos titulares nos papeis em que são representadas e/ou¹² não permitem, em geral, que a sociedade emitente conheça a todo o tempo a identidade dos titulares; de outro lado, esta anonímia (o sem nome, ou o nome geralmente não revelável) cola perfeitamente com a designação daquelas sociedades: “anónimas”. Mas não é assim.

“Sociedade anónima” para designar o tipo societário atualmente assim chamado é locução que vem do *Code de Commerce* francês de 1807. Mas não foi adotada em todos os países, longe disso. Optaram alguns pela expressão “sociedade por ações” (*Aktiengesellschaft*, *società per azioni*, etc.), outros preferiram designações centradas em “corporação” (*corporation*) ou “companhia” (*company*), etc. Aliás, as sociedades avoengas das sociedades anónimas hodiernas eram (desde os primórdios do séc. XVII) designadas “companhias”.

Sociedade “anónima” por quê? As sociedades deste tipo sempre tiveram nome... Para mais, antes do *Code* de 1807, “*société anonyme*” designava a figura hoje conhecida entre nós como “associação em participação” (Portugal), “sociedade em conta de participação” (Brasil), “*cuenta en participación*” (Espanha); e o Código Comercial português de 1833, no § 571 dizia da “associação em conta de participação” que “[e]sta sociedade também se denomina momentânea e *anonyma*”. Designação que, afora a controversa qualificação da figura como sociedade, parece mais apropriada para ela do que para as modernas sociedades anónimas. Com efeito, a sociedade em participação não tinha nome ou firma, não aparecia ao público

titularidade por conta de participações sociais - breve apontamento”. *Direito das Sociedades em Revista*, a. 10, v. 19. Lisboa: Almedina, pp. 51-70.

¹⁰ No entanto, este preceito exceciona (muito discutivelmente, tendo em vista até a referida Diretiva 2017/828) as sociedades cotadas “num mercado regulamentado sujeita[s] a requisitos de divulgação de informações consentâneas com o direito da União ou sujeita[s] a normas internacionais equivalentes que garantam suficiente transparência das informações relativas à propriedade”.

¹¹ Esta última formulação (“todos os membros do público”) foi introduzida pela Diretiva (UE) 2018/843, de 30 de maio de 2018, que alterou a Diretiva 2015/849 (na versão original estava “quaisquer pessoas ou organizações que possam provar um interesse legítimo”).

¹² Esta disjuntiva serve abarcar também as ações escriturais.

como sociedade, revelando-se somente o sócio “ostensivo” e ficando na sombra o sócio “oculto”.

A melhor explicação para aquela designação parece ser esta: a sociedade anónima, ao invés da sociedade em nome coletivo (tipo prevalecente no início do séc. XIX), não podia então conter na respetiva denominação o nome de nenhum sócio, dava-se a conhecer unicamente por designação do objeto social.

Depois, importa sublinhar que as sociedades anónimas (e suas antecessoras) sempre conviveram com as ações nominativas. Mais: nos séculos XVII e XVIII só muito excepcionalmente se encontram ações ao portador.

E hoje, na União Europeia, já há países que aboliram as ações ao portador. Portugal é um deles: fê-lo pela Lei 15/2017, de 3 de maio.

REFERÊNCIAS

ABREU, J. M. COUTINHO DE., *Governança das sociedades comerciais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 91.

_____, Remunerações dos administradores e transações com partes relacionadas na Diretiva dos Direitos dos Acionistas II, *In: Direito das sociedades em revista*, v. 19, Coimbra, 2018, p. 18-26.

ANTUNES, José Engrácia (2018), "A titularidade por conta de participações sociais - breve apontamento". *Direito das Sociedades em Revista*, a. 10, v. 19. Lisboa: Almedina, pp. 51-70.

COURET, ALAIN., *ADR, EDR, nominees, trustees, partnerships, global custodians, etc.*”, *Rev. Sociétés*, 1999, p. 554

FIGUEIREDO, ANDRÉ. Titularidade indireta de ações e exercício de direitos de voto, *In: Revista de Direito das Sociedades*, n. 3, a. 4, 2012, p. 512.

GOWER & DAVIES. *Principles of modern company law*, Sweet & Maxwell, London, 2012, p. 455.

HAMILTON, Robert W., *The law of corporations*, West Group, St. Paul-Minnesota, 2000, p. 258-259.

MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL., *Cláusulas do contrato de sociedade que limitam a transmissibilidade das ações*, Almedina, Coimbra, n. 75, 2006, p. 224.

MERKT, Hanno. “Die Geschichte der Namensaktie” em R. VON ROSEN / W. G. SEIFERT (Hrsg.), *Die Namensaktie*, Deutsches Aktieninstitut, 2000, p. 90-92.

MOHAMED, JEAN., *Aktien und Aktienrepräsentanz im Zuge des Transparenzregisters (?)*, Vol. 38, n. 45, 2017, págs. 2133-2142.



A EFICIÊNCIA COMO OBJETO DE DESENVOLVIMENTO

THE EFFICIENCY AS AN OBJECT OF DEVELOPMENT

PATRÍCIA BORBA VILAR GUIMARÃES* | THIAGO GARCIA**

RESUMO

Este estudo tem como objetivo demonstrar a íntima relação entre o princípio constitucional da eficiência e o objetivo constitucional de desenvolvimento. Demonstra-se que apesar das críticas de que como princípio não é aplicável ao sistema jurídico, em virtude das teorias apresentadas sob o enfoque utilitarista ou de seu valor econômico, a eficiência revela-se um poderoso instrumento de desenvolvimento à medida que os conceitos econômicos são utilizados para fazer uma releitura do sistema jurídico, como orientadores, não como doutrinadores, de tal maneira que a persecução da eficiência contribua sobremaneira para o aumento das liberdades que sob a perspectiva de Amartya Sen são fins e meios para o desenvolvimento.

Palavras-chave: Eficiência. Desenvolvimento. Recursos públicos.

ABSTRACT

This study aims to establish a relationship between the constitutional principle of efficiency and the constitutional objective of development. There are criticisms that efficiency as a principle is not applicable to the legal system because theories are presented focused on the utilitarian approach and emphasize economic value. But, can be high-level development tools, when economic concepts are used to reread the legal system. Concepts are visible as guides and not as doctrinators. In this way, the search for efficiency contributes to the increase of freedoms, purposes and means for development, from the perspective of Amartya Sen.

Keywords: Efficiency. Development. Public resources.

* Doutora em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Advogada. Professora da UFRN.
patriciaborb@gmail.com

** Graduado em Direito pela UFRN.
thiago_garcia97@hotmail.com

Recebido em 6-5-2019 | Aprovado em 24-6-2019



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 CONCEITO DE EFICIÊNCIA; 2 CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO; 3 EFICIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO; 4 A EFICIÊNCIA E O DIREITO: UM EXEMPLO; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

■ INTRODUÇÃO

Constantemente, os noticiários relatam casos de desvio de recursos públicos que fragilizam as contas públicas e findam por obstar o desenvolvimento. Em meados dos anos 1990, a eficiência foi adicionada aos princípios constitucionais expressos, o que deveria influenciar de maneira substancial a Administração Pública. Entende-se que, diante da grave crise fiscal enfrentada pelos vários entes da federação, a utilização eficiente dos recursos públicos merece maior atenção.

A Constituição Federal relaciona entre os objetivos fundamentais da República a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, inc. II). No *caput* do artigo 37 encontram-se os princípios norteadores da Administração Pública, modificado pela emenda constitucional nº 19 de 1998, que formalmente inseriu o princípio da eficiência como norte fundamental dos atos administrativos.

A ideia de desenvolvimento ligada exclusivamente ao crescimento econômico já fora objeto de intensa discussão. Amartya Sen, por exemplo, apresentou como desenvolvida aquela sociedade que garanta *liberdades* aos seus cidadãos, não apenas riqueza.

A má gestão do dinheiro público pode gerar consequências devastadoras e, às vezes, irreversíveis para a sociedade, pois retira dos administrados a oportunidade de obterem melhores condições (qualidade) de vida, restringido, portanto, suas liberdades e direitos.

Este estudo objetiva demonstrar a relação existente entre a eficiência e o objetivo republicano de desenvolvimento. Pretende-se apontar que apesar das críticas de que a eficiência como princípio não é aplicável ao sistema jurídico – em virtude das teorias apresentadas sob o enfoque utilitarista ou de seu valor econômico, a eficiência revela-se um poderoso instrumento de desenvolvimento à medida que os conceitos econômicos são utilizados para fazer uma releitura do sistema jurídico – como orientadores, não como doutrinadores, de tal maneira que a persecução da eficiência contribui sobremaneira para o aumento das liberdades, que sob a perspectiva de Amartya Sen são fins e meios para o desenvolvimento.

A metodologia empregada nesta pesquisa é a revisão de literatura com aplicação do método dedutivo analisado sob a perspectiva de uma problemática da realidade. Os materiais de pesquisa utilizados são obras de doutrinadores administrativistas e constitucionalistas, além de textos científicos de economistas e estudiosos do direito ao desenvolvimento.

Esta pesquisa se divide em três sessões. Inicialmente busca-se contextualizar o leitor acerca da conceituação dos termos eficiência e desenvolvimento. Em seguida, demonstra-se

a relação entre ambos. Por fim faz-se um breve apanhado da análise econômica do direito atrelada ao princípio da eficiência como instrumento de prevenção de ilícitos.

1 CONCEITUANDO EFICIÊNCIA

Os princípios são comparados a uma estrutura que mantém firme uma edificação. Servem como “vigas mestras” ou “apoio lógico ao edifício científico”. São pressupostos pontos referenciais para a ciência jurídica¹.

Entende-se que os princípios são as estruturas, alicerces sob as quais, como normas reguladoras, as leis se sustentam. Ao mesmo tempo em que atuam como espírito ou fundamento das normas, os princípios mostram-se critérios de compreensão e inteligência do sistema jurídico².

Os princípios norteadores da administração pública foram listados no art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988. Por esse dispositivo, a administração pública de qualquer dos poderes deveria obedecer a estes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Posteriormente, foi incorporado ao texto constitucional através da Emenda Constitucional nº 19 de 1998: o princípio da eficiência.

Apesar de não ser um princípio expresso, o dever de agir com eficiência não era uma novidade. O Decreto-Lei nº 200/1967 já previa, por exemplo, que a supervisão ministerial tinha como objetivo a *eficiência* administrativa. Também, a própria redação original do texto constitucional destacava que os três poderes deveriam manter sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (art. 74, inc. II). Ademais, ainda dispunha que a lei disciplinaria a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades (art. 144, § 7º). Sendo assim, qual a razão para a emenda constitucional?

A Exposição de Motivos Interministerial – EMI nº 49/1995 expõe que o Estado brasileiro estava, àquela altura, inserido em um contexto de crise econômica que já se estendia por 15 (quinze) anos. Para aquele governo, a reforma administrativa que invariavelmente implicaria em mudanças constitucionais seria necessária para o devido equacionamento da crise fiscal. O objetivo era assimilar novos conceitos que conduzissem a ação estatal em direção à eficiência e à qualidade dos serviços prestados.

Os resultados esperados demonstram certa congruência com a conceituação do termo, à frente apresentada. Dentre os resultados esperados, estava à incorporação da eficiência na administração pública, em que o Estado, usando os recursos disponíveis, deveria estar apto a gerar mais benefícios. As medidas propostas visavam “transformar a

¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 19ª edição, 2002, p. 59-61.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 32ª edição, 2015, p. 54.

administração pública brasileira em poderoso instrumento do desenvolvimento econômico e social”³.

Os recursos públicos são escassos e finitos. A eficiência parte do conceito econômico de conseguir maiores benefícios com a aplicação dos mesmos recursos, os mesmos benefícios com a aplicação de menos recursos, ou ambos⁴.

A eficiência não é propriamente um conceito jurídico, mas econômico. É o emprego de racionalidade a medição e aplicação dos custos e utilidades que satisfazem as necessidades públicas⁵.

Apesar de não haver sobreposição entre os princípios, sob pena de isso trazer insegurança jurídica⁶, o professor Vladimir da Rocha França defende não ser concebível a administração pública não ser investida da “obrigação de ser diligente e criteriosa na busca e efetivação do interesse público”, tendo, ademais, ainda maior relevância “quando se está diante da discricionariedade administrativa”⁷.

A partir da segunda metade do século XX, o pensamento jurídico influenciado pelas ideias de Ronald H. Coase, mais tarde incrementadas pelas de Richard Posner, passaram a ser disseminadas internacionalmente num movimento que ficou conhecido como *Law and Economics* ou Análise Econômica do Direito (AED)⁸.

Inicialmente, Posner defendeu o método da AED a fim de analisar as normas de maneira a promover a eficiência, maximizando o bem-estar social. Segundo esse modelo os recursos econômicos deveriam ser usados de maneira que o confronto entre a satisfação e custo, alcançasse o nível máximo, através da maximização entre custos e vantagens⁹.

Os professores Cooter & Ulen apresentaram uma síntese da relação entre economia e direito na obra *Direito & Economia*. Para eles, a eficiência é sempre relevante para a definição de políticas públicas, pois é melhor atingi-las a um custo menor do que a um custo mais alto¹⁰.

Destacam que para os economistas, a eficiência se dá quando uma destas duas condições é atingida: não é possível atingir o mesmo resultado a um custo menor ou não é possível alcançar melhores resultados com o mesmo custo¹¹.

Todavia, o conceito acima é associado ao conceito de eficiência econômica. O modelo de eficiência social, apresentado através da eficiência ou ótimo de Pareto, consiste na

³ Cf. EMI nº 49/1995.

⁴ PEDRAJA, F.; SALINAS, J. *Es posible medir la eficiencia de los servicios públicos?* ECONOMISTAS – COLEGIO DE MADRID, Madrid, nº 105, p. 86-93, jul 2005, p. 86-93.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 671

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 245.

⁷ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 165-177, abr. 2000. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47532>>. Acesso em: 04 Jun. 2019.

⁸ TABAK, Benjamin Miranda. *A Análise Econômica do Direito: Proposições Legislativas e Políticas Públicas*. Revista de Informação Legislativa, v. 52, p. 321-345, 2015, p. 323.

⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 9. ed. rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 33, 34.

¹⁰ COOTER, R.; ULEN, T.. *Direito & Economia*. 5 ed. Tradução Luis M. Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 26.

¹¹ *Ibid.*, p. 38.

maximização do bem-estar social à medida que se tornar impossível aumentar o bem-estar de um indivíduo sem que isso implique em piorar o bem-estar de outro¹².

Mas, a aplicação prática da eficiência de Pareto não é algo fácil. Nem sempre é possível melhorar a situação de uma parte sem que isso prejudique a outra. De maneira que “geralmente haverá um ganhador e um perdedor, de forma que o julgamento resultará no aumento do bem-estar de uma parte e na redução do bem-estar da outra”¹³.

Outra teoria, a de Kaldor-Hicks, mede a eficiência a partir de uma visão global e não interna as partes. Caso o benefício total seja maior que o custo total inicial, resultando numa evidente melhoria global, a medida se tornou eficiente. O problema é que a medida pode ser eficiente mesmo que o bem-estar de uma parte tenha sido atingido negativamente, pois a medida teria gerado melhora no bem-estar global¹⁴.

Por isso, há aqueles que entendem esses critérios de aferição da eficiência como contrapostos aos argumentos de natureza ética e social¹⁵. Entretanto, é válido retomar o entendimento de que o objetivo empregado aos conceitos econômicos é fazer uma releitura do sistema jurídico, valendo-se de regras e princípios econômicos como orientadores, não como doutrinadores¹⁶.

Baseado nesses ideais econômicos é que juristas apresentam o princípio da eficiência econômica como orientador da administração pública a fim de se conseguir os melhores resultados ao custo de utilização da menor quantidade possível dos recursos escassos.

Há uma subdivisão ao princípio da eficiência, uma relacionada à ação do agente público e outra relacionada à organização e estrutura da administração pública, porém, requerendo que ambos desempenhem as suas funções de maneira a atingir os melhores resultados possíveis¹⁷.

Essa obrigação do administrador não é vinculada apenas ao princípio da moralidade, mas a eficiência se pressupõe à medida que o dever demonstra ser o de “alcançar a solução que seja ótima ao atendimento das finalidades públicas”. Assim, não bastando à observação da possibilidade ou legalidade, mas importando que seja “a melhor solução”¹⁸.

A eficiência – associada à administração pública – estabelece um método de ação que conduz a resultados céleres e satisfatórios, o que, infelizmente, não é próprio da realidade brasileira, salvo raras exceções¹⁹.

¹² NIED, Paulo Sérgio. *O conceito de eficiência econômica e a ruptura do contrato de sociedade*. In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012, Uberlândia. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 4297-4314.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 318-321.

¹⁶ COOTER, R.; ULEN, T.. *Direito & Economia*. 5 ed. Tradução Luis M. Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25-33.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32ª. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 243-244.

¹⁸ HÄRGER, Marcelo. *Reflexões Iniciais sobre o Princípio da Eficiência*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, p.151-161, dez. 1999.

¹⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 21ª edição, 2018, p. 127.

Nesse sentido, o princípio da eficiência reúne três ideias centrais: prestabilidade, presteza e economicidade. A prestabilidade está relacionada ao atendimento público; a presteza à celeridade; e a economicidade a satisfação “alcançada do modo menos oneroso possível”. Assim, “para satisfazer o princípio constitucional da eficiência, a Administração Pública deve atender o cidadão na exata medida da necessidade deste e com agilidade, mediante adequada organização interna e ótimo aproveitamento dos recursos disponíveis”²⁰. A eficiência se traduz na “exigência de promoção satisfatória dos fins atribuídos à administração pública”²¹.

Detalhe que às vezes passa despercebido ou não é relacionado por alguns doutrinadores quanto à eficiência é que esta impõe a administração pública a busca pela qualidade, que nada mais é que a adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização dos recursos públicos, evitando desperdícios e garantindo maior rentabilidade social²².

Relaciona-se, também, o princípio da eficiência ao da economicidade previsto no art. 70 da Constituição Federal, uma vez que se busca a melhor relação custo/benefício nas contratações administrativas. Porém, nesse sentido, o menor preço pode não se revelar como a melhor alternativa para a Administração Pública. É preciso que seja o menor preço dentre os bens e serviços que atinjam um padrão mínimo de qualidade²³.

Pode-se entender a eficiência como uma exigência jurídica imposta à administração pública a fim de que essa atue de maneira “idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas”. Esses atributos qualificam a eficiência como a busca pela racionalidade e otimização dos meios, a fim de que se atinjam satisfatórios resultados dotados de qualidade, como fim²⁴.

Destacando, também, a qualidade dos fins atingidos a partir dos gastos eficientes do poder público, juridicamente, o princípio da eficiência não se basta ao “razoável ou correto aproveitamento dos recursos e meios disponíveis em função dos fins prezados”. Ou seja, apesar de ser um dever do administrador público a busca pelo ótimo, a eficiência não serve apenas para otimizar os meios, mas relaciona-se a “qualidade do agir final”²⁵.

O conceito econômico de eficiência induz ao ótimo aproveitamento de recursos escassos a fim de realizar o máximo de resultados desejados, não sendo exigível, portanto, apenas a eficácia, ou seja, que o Estado alcance os resultados (finalidade) indiferente quanto

²⁰ COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Administração Pública (princípios)*. In: Dimitri Dimoulis. (Org.). Dicionário brasileiro de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 2012, p. 37.

²¹ ÁVILA, Humberto. *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 4, p. 1-25, out.-dez., 2005, p. 24. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/moralidade-raoabilidade-e-eficiencia-na-atividade-administrativa>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

²² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 33ª. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017, p. 257.

²³ GARCIA, F. A.. *Licitações e Contratos Administrativos-Casos e Polêmicas*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 5.

²⁴ MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência*. Revista do Serviço Público, v. 51, n. 2, p. 105-119, abr.-jun. 2000, p. 112-113. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328>>. Acesso em 04 jun. 2019.

²⁵ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 85, 86.

aos meios, mas que os atinja da melhor forma (eficiência) possível, tendo, assim, uma dimensão qualitativa. Dessa forma, conclui que “a eficiência diz respeito ao cumprimento das finalidades do serviço público, de molde a satisfazer necessidades dos usuários, do modo menos oneroso possível, extraindo-se dos recursos empregados a maior qualidade na sua prestação”²⁶.

Essas conceituações apresentadas destacam a estreita relação do princípio da eficiência com a economia, partindo da definição econômica do princípio, que entende a eficiência como a “aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços”²⁷.

A literatura administrativa faz distinção entre eficiência e eficácia. Chiavenato, por exemplo, aponta a eficácia como um fim, “uma medida de alcance de resultados”, enquanto a eficiência é apontada como um meio, “uma medida da utilização dos recursos nesse processo”. Acrescenta, ainda, que a “eficiência é uma relação entre custos e benefícios, ou seja, uma relação entre recursos aplicados e produto final obtido”²⁸.

Apesar disso, defende-se que o princípio da eficiência está intimamente relacionado ao conceito de eficácia, pois na promoção do bem comum a administração deve recorrer tanto aos meios como aos resultados. Assim, o princípio da eficiência é bipotencial, pois volta sua ação jurídica tanto para a ação instrumental realizada, como para o resultado por ela obtido. Portanto, o princípio exige tanto o aproveitamento máximo das potencialidades existentes, isto é, dos recursos escassos que a coletividade possui, como o resultado quantitativa e qualitativamente otimizado, no que concerne ao atendimento das necessidades coletivas²⁹.

2 CONCEITUANDO DESENVOLVIMENTO

A primeira concepção de desenvolvimento remete ao efeito de crescer, evoluir, progredir. A origem biológica do termo adveio do entendimento de desenvolvimento como ação de transformar. Posteriormente, a migração do termo do campo biológico para o social, admitiu a aplicação da mesma ideia de progresso, crescimento e expansão à sociedade. Assim, desenvolvimento atingiu a concepção de pôr em movimento um processo de mudança que faz evoluir a sociedade para um estado superior³⁰.

A ideia de progresso vinculado ao termo desenvolvimento não é nova. Esse conceito remonta a antiga sociedade grega e implica dizer que a sociedade se move em direção a uma

²⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O Serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 298-299.

²⁷ SZTAJN, Raquel. Law and Economics. In: Zylbersztajn, Décio; Sztajn, Raquel. (Org.). *Direito e economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 83.

²⁸ CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações*. 7ª. ed. rev. e atual. 6ª reimp. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2003, p. 155.

²⁹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p 99.

³⁰ SANTOS, Elinaldo Leal *et al.* *Desenvolvimento: Um Conceito Multidimensional*. Desenvolvimento Regional em debate, Revista Eletrônica do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional da Universidade do Contestado, v. 2, p. 44-61-61, 2012, p. 45-47. Disponível em: < http://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/1858/1/ART_ElinaldoSantos_2012.pdf>. Acesso em 04 jun. 2019.

condição melhor que a de onde partiu, pois essa posição é mais benéfica e produz existências mais felizes³¹.

A Constituição Federal de 1988 textualmente atribuiu ao Estado brasileiro o papel de garantidor do desenvolvimento nacional³². Embora não posicionado constitucionalmente como tal, reconhece-se o direito ao desenvolvimento como direito fundamental decorrente, valendo-se da disposição do §2º, art. 5º, da CRFB/1988³³. A doutrina defende o direito ao desenvolvimento como parte integrante dos direitos fundamentais de terceira dimensão³⁴.

Após a segunda guerra mundial surgiu uma preocupação prática com o crescimento econômico. As economias prejudicadas pela guerra estavam em processo de reconstrução, os países subdesenvolvidos se esforçavam para iniciar o seu desenvolvimento econômico, os países capitalistas avançados concentravam seus esforços em aumentar a taxa de crescimento a longo prazo, e, os países socialistas estavam decididos a alcançar as economias capitalistas através de uma rápida expansão econômica. O interesse, à época, era notadamente o crescimento econômico, e, talvez por isso, o conceito de desenvolvimento tenha estado por tanto tempo a esse atrelado³⁵.

É bem verdade que o Estado somente terá condições de atingir seus objetivos se conseguir impulsionar o crescimento econômico. Mas, é preciso atentar-se às outras concepções e dimensões do desenvolvimento³⁶.

Há muito existe uma discussão econômica mais ampla, pois há economistas que defendem a inter-relação da ciência econômica com outras áreas do conhecimento, não sendo a busca pela riqueza um fim, mas antes um instrumento³⁷.

Há muito se defende que o desenvolvimento deve ser medido através da análise do bem-estar disponível a uma população e não frente à renda *per capita*³⁸.

Para Amartya Sen, o desenvolvimento está relacionado à melhora da vida e das liberdades desfrutadas, de maneira que a maximização da renda ou riqueza não é o objetivo básico do desenvolvimento³⁹.

O desenvolvimento do Estado, portanto, depende do desenvolvimento dos direitos fundamentais do cidadão. À parte disso, o crescimento econômico apenas fará sentido para

³¹ DUPAS, Gilberto. *O Mito do Progresso*. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

³² Cf. art. 3º, inc. II, CRFB/1988.

³³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. *Direito ao desenvolvimento na constituição brasileira de 1988*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico, Salvador, n. 16, nov./jan., 2009. p. 12. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-henrique-justino-de-oliveira/direito-ao-desenvolvimento-na-constituicao-brasileira-de-1988>>. Acesso em 04 jun. 2019.

³⁴ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2009, 3ª ed., p. 362-364.

³⁵ SEN, Amartya Kumar. *Economía del crecimiento*. Trad. de Eduardo L. Suárez – México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 8.

³⁶ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Direito ao desenvolvimento na constituição brasileira de 1988*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico, Salvador, n. 16, nov./jan., 2009. p. 10. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-henrique-justino-de-oliveira/direito-ao-desenvolvimento-na-constituicao-brasileira-de-1988>> Acesso em 04 jun. 2019.

³⁷ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 19.

³⁸ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2ª ed. rev. São Paulo: Max Limonard, 2001, p.32-34.

³⁹ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 50-60.

poucos. Por isso, determinada ação econômica só deve ser utilizada se servir como instrumento de desenvolvimento em sentido amplo⁴⁰.

A ONU (Organizações das Nações Unidas), através da Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 4 de dezembro de 1986, estabeleceu um conceito amplo de desenvolvimento, apontando-o como “um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes”⁴¹.

Essa definição induz que o desenvolvimento é extensível a diferentes ramos do conhecimento e em todos esses é admitida a sua aplicabilidade.

Especificamente, a declaração sobre o direito ao desenvolvimento da ONU atribui aos Estados os deveres de: “formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa, e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes” (art. 2º §3); de “tomar providências para eliminar os obstáculos ao desenvolvimento resultantes da falha na observância dos direitos civis e políticos, assim como dos direitos econômicos, sociais e culturais” (art. 6º §3); e de ‘assegurar a igualdade de oportunidade para todos no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda’ (art. 8º §1).

Partindo desses deveres conferidos aos Estados, percebe-se que o desenvolvimento depende da superação dos ‘obstáculos resultantes da inobservância dos direitos’ que violam as liberdades básicas das pessoas⁴².

A privação dessas liberdades, ensina Sen, dá-se em razão da “pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência de serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”⁴³.

Assim, o desenvolvimento constitui-se da expansão dessas liberdades à medida que elimina essas privações que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas, a fim de que as pessoas tenham melhora na vida que levam e nas liberdades que desfrutam⁴⁴.

Liberdades, para Sen, são aquelas que conferem ao indivíduo a oportunidade de moldar o seu próprio destino⁴⁵, o que só é possível se a esse forem garantidas as formas instrumentais de liberdades: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantia de transparência e segurança protetora⁴⁶.

⁴⁰ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 68.

⁴¹ Declaração sobre o direito ao desenvolvimento da ONU adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 04 dez. 1986. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso 04 jun. 2019.

⁴² SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 9.

⁴³ *Ibid.*, p. 16.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 10, 16, 29.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 26, 77.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 58.

Essas liberdades possuem uma interligação, de maneira que somente se tornam eficazes em decorrência de uma relação de causa e efeito, na qual uma liberdade promove a outra consequencialmente⁴⁷.

A síntese do pensamento *seniano* é que “as liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais”. As liberdades, portanto, são os meios e os fins para o desenvolvimento⁴⁸.

Essa ponderação necessária entre os diferentes conceitos de desenvolvimento, fez surgir, à década de 1980, um conceito que dá uma idéia de equilíbrio a esse termo multidimensional.

O documento intitulado “*Our Common Future*”, que ficou mais conhecido como Relatório *Brundtland*, publicado em 1987, demonstrou a necessidade de atentar não apenas para o presente, mas especialmente para o futuro. Nesse documento, a definição de desenvolvimento é empregada como aquele que “atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades”. Pela primeira vez utilizava-se o termo desenvolvimento sustentável⁴⁹.

Sustentabilidade é toda ação que é destinada a manter as condições que sustentam os seres vivos, a fim de manter sua continuidade e atender as necessidades das gerações presentes e futuras⁵⁰.

O desenvolvimento sustentável indica a necessidade de manter os alicerces da vida e atividades humanas, daí a preocupação com o ambiente em que vivem, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar dos mesmos recursos que hoje estão à disposição⁵¹.

Conclui-se que para alcançar a plenitude das liberdades humanas é necessário o equilíbrio entre as demais dimensões do desenvolvimento, tendo que haver, em determinadas situações, a ponderação⁵².

Essa ponderação permite que determinadas ações sejam praticadas, mesmo ao custo de dano ambiental, como a construção de uma hidrelétrica, por exemplo. Notadamente, a ponderação prévia atribui maior peso a necessidade de fornecimento de energia elétrica, que a de se preservar o ambiente⁵³.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 57.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 10, 25, 54.

⁴⁹ CMMAD – Comissão mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento –. *Nosso futuro comum*. 2ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 1988, p. 46.

⁵⁰ BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é – o que não é*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p. 32

⁵¹ FIORILLO, C. A. P.; DIAFÉRIA, A.. *Biodiversidade e patrimônio genético no Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 31.

⁵² JARDIM, Jean de Sousa. *Desenvolvimento sustentável, desenvolvimento como liberdade e a construção da cidadania na perspectiva ambiental*. Revista do Programa de Mestrado em Direito do Uniceub, v. 2, n.1, p. 189-201, 2005. p. 199. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/187>>. Acesso em 04 jun. 2019.

⁵³ VIEGAS, Eduardo Coral. *O desenvolvimento sustentável como sobreprincípio*. In: Antônio Herman Benjamin; Eládio Lecey; Sílvia Cappelli. (Org.). *Mudanças climáticas, biodiversidade e uso sustentável de energia*. 1ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, v. 1, p. 159-169, 2008, p. 161-162.

No entanto, a necessidade de preservação do ambiente é atualmente indiscutível. Por isso, busca-se prioritariamente evitar a ocorrência de danos ambientais ao máximo possível. Porém, diante de uma inevitável ação prejudicial ao ambiente, emprega-se o máximo esforço para que o dano seja o mínimo possível. Seguindo essa lógica, haverá a maximização da proteção ambiental sem que isso cause prejuízo ao desenvolvimento econômico⁵⁴.

Percebe-se, portanto, que inicialmente o desenvolvimento esteve atrelado ao crescimento econômico, entretanto, diante das análises pluralistas do conceito assumiu ares multidimensionais que o consignaram como processo de progresso abrangente às áreas social, cultural, política e econômica, cujo valor maior não é apenas a maximização do bem estar individual e coletivo, mas também, o aumento das liberdades instrumentais que servem, ao mesmo tempo, conforme Sen, como meio e fim ao desenvolvimento.

3 EFICIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO

Usualmente, instrumento é o meio para se obter algo, uma ferramenta ou objeto que serve de auxílio ou é empregado para conseguir um resultado.

Empregar a eficiência como um instrumento de desenvolvimento significa afirmar que a eficiência pode servir como objeto de auxílio, como ferramenta, ou como meio de se atingir o desenvolvimento.

No entanto, existem críticas à ideia de eficiência como instrumento ou objeto de desenvolvimento.

Alguns juristas questionam a eficiência como princípio aplicável ao sistema jurídico, por entender ser esse incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Brockmann Moreira defende que não se deve aplicar um parâmetro que advém do setor privado – cujo objetivo é o lucro – ao interesse público, partindo da ideia de que a eficiência não é, pois, “princípio jurídico, muito menos poderia ser alçado à condição de norma constitucional”⁵⁵.

Bandeira de Mello segue o pensamento do italiano Guido Falzone, e, entende que o princípio da eficiência está para os brasileiros como o princípio da boa administração está para os italianos, não sendo aplicável, portanto, as características econômicas da eficiência, uma vez que seria um contraponto ao princípio da legalidade⁵⁶.

Não é preciso muito para entender que os critérios de eficiência econômica, como os de Pareto e Kaldor Hicks apresentados, distanciam-se de posições morais e filosóficas, à medida que a economia moderna tem se apegado à técnica em detrimento de discussões mais amplas. De forma que, assim como sugere Sen, a eficiência como um norte é questionável,

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ MOREIRA, Egon Bockmann.. *Processo administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2000, p. 320-341.

⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 30ª edição, 2013, p. 112-113, 125.

pois o que parece eficiência hoje pode não ser amanhã, bastando para isso uma mudança de prioridades ou objetivos⁵⁷.

Essas teorias são apresentadas sob o enfoque utilitarista da eficiência, cuja forma de avaliação se baseia na relação de satisfação ou felicidades resultantes⁵⁸. De maneira que as escolhas das ações, sob o viés utilitarista, são tomadas após análise dos benefícios consequentes em termos de bem-estar⁵⁹.

A abordagem utilitarista clássica, como ensinada, é obtida através da maximização da utilidade dos indivíduos, que por gravidade implica na maximização do bem-estar da sociedade, à medida que são somadas as utilidades individuais⁶⁰.

Amartya Sen contesta a validade do utilitarismo como critério de desenvolvimento, apontando as seguintes limitações: ‘o cálculo utilitarista tende a não levar em consideração desigualdades na distribuição da felicidade; desconsidera direitos e liberdades, uma vez que são valorizados apenas indiretamente e somente no grau em que influenciam as utilidades; e não mostra ser um critério sólido, pois é facilmente influenciável’⁶¹.

Ou seja, para Sen o critério utilitarista de elevação do bem-estar não é um critério confiável por ser limitado, omitindo-se quanto à distributividade, e, porque pode ser injusto com os desfavorecidos, em razão de esses possuírem demasiada tendência ao conformismo, já que aprenderam a sobreviver como podem, não tendo, pois, “coragem de exigir alguma mudança radical, chegando mesmo a ajustar seus desejos e expectativas àquilo que sem nenhuma ambição consideram exequível”⁶².

Quanto à distributividade, Sen afirma que um estado pode aplicar o ótimo de Pareto, ou seja, maximizar o bem-estar social até a medida de tornar impossível o aumento do bem-estar de um indivíduo sem que isso implique na piora do bem-estar de outro, na mesma medida que pode haver algumas pessoas na miséria extrema e outras nadando em luxo, desde que os miseráveis não possam melhorar suas condições sem reduzir o luxo dos ricos⁶³.

Seguindo esse entendimento, também é possível aplicar o critério de Kaldor-Hicks, de maneira que o benefício total seja maior que o custo total inicial, resultando numa evidente melhora global, tornando uma medida economicamente eficiente ao mesmo tempo que

⁵⁷ NIED, Paulo Sérgio. *O conceito de eficiência econômica e a ruptura do contrato de sociedade*. In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012, Uberlândia. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 4297-4314.

⁵⁸ “Na forma clássica do utilitarismo, como desenvolvido particularmente por Jeremy Bentham, define-se a utilidade como prazer, felicidade ou satisfação, e portanto tudo gira em torno dessas realizações mentais. Questões potencialmente importantíssimas como liberdade substantiva individual, a fruição ou a violação de direitos reconhecidos e aspectos de qualidade de vida não são refletidos de forma adequada nas estatísticas sobre prazer não podem influenciar diretamente uma avaliação normativa nessa estrutura utilitarista”. SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 81.

⁵⁹ SEN, A.. WILLIAMS, B.. *Utilitarianism and beyond*. Cambridge University Press, 1982, p. 3, 4.

⁶⁰ NEUBERGER, D.; MARIN, S. R.. *Algumas contribuições de Amartya Sen aos conceitos de 'eficiência' e 'equidade'*. In: IV Seminário de Ciências Sociais Aplicadas, 2014, Criciúma - SC. Anais do IV Seminário de Ciências Sociais Aplicadas, v. 04, 2014, p. 165.

⁶¹ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. 4ª reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 88, 89.

⁶² *Ibid.*, p. 89.

⁶³ *Id. Sobre Ética e Economia*. Companhia das Letras. 7ª ed. São Paulo. 2008, p. 48.

encoraja o aumento da desigualdade entre ricos e pobres, pois é possível manter pessoas na miséria extrema e outras nadando em luxo, desde que haja melhora no bem-estar global, de tal maneira, que ao menos em tese, haja a possibilidade de compensação ao prejudicado.

A crítica formulada sugere uma abordagem monista ao utilitarismo, em decorrência de sua abordagem valorativa do bem-estar sem que seja dada a devida consideração a ampliação das liberdades e direitos dos indivíduos⁶⁴.

Por esses motivos o Estado não pode se valer da eficiência econômica a qualquer custo. Como já mencionado, o objetivo empregado aos conceitos econômicos é fazer uma releitura do sistema jurídico, valendo-se de regras e princípios econômicos como orientadores, não como doutrinadores⁶⁵.

Apesar de estabelecer que não se trata de uma característica predominante, Amartya Sen reconhece a importância do desenvolvimento econômico na melhora da qualidade de vida das pessoas, pois a falta de renda implica em privações de capacidade, da mesma forma que os investimentos em garantias de liberdades influenciam no seu aumento⁶⁶.

O desenvolvimento não é apenas o resultado do crescimento econômico, mas não há desenvolvimento sem que haja melhora substancial no aspecto econômico, pois a melhora da qualidade de vida depende da alocação dos recursos de maneira eficiente pelos diferentes setores da economia⁶⁷.

Oliveira afirma que o desenvolvimento é o crescimento econômico “transformado para satisfazer as mais diversificadas necessidades do ser humano, tais como: saúde, educação, habitação, transporte, alimentação, lazer, dentre outras”. Apesar das controvérsias existentes, o crescimento econômico não é suficiente, mas é “um requisito para superação da pobreza e para construção de um padrão digno de vida”⁶⁸.

Por isso, o grande questionamento é como fazer um bom uso dos recursos econômicos a fim de atender adequadamente os interesses dos indivíduos.

A eficiência possui duas vertentes, uma referente à estruturação da máquina estatal a fim de torná-la racional para que as necessidades da sociedade sejam melhores satisfeitas e outra referente ao desempenho dos agentes públicos, a fim de que atinjam os melhores resultados possíveis⁶⁹.

⁶⁴ NEUBERGER, D.; MARIN, S. R.. *Algumas contribuições de Amartya Sen aos conceitos de 'eficiência' e 'equidade'*. In: IV Seminário de Ciências Sociais Aplicadas, 2014, Criciúma - SC. Anais do IV Seminário de Ciências Sociais Aplicadas, v. 04, 2014, p. 172.

⁶⁵ COOTER, R.; ULEN, T.. *Direito & Economia*. 5 ed. Tradução Luis M. Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25-33.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 35, 59, 61.

⁶⁷ VASCONCELOS, M. A.; GARCIA, M. E.. *Fundamentos de economia*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 205.

⁶⁸ OLIVEIRA, Gilson Batista. *Uma discussão sobre o conceito de desenvolvimento*. Revista da FAE, Curitiba, v. 1, p. 37-48, 2002, p. 40, 41. Disponível em: <<https://revistafae.fae.edu/revistafae/article/view/477>>. Acesso em 04 jun. 2019.

⁶⁹ MARTINS, Cristiane Fortes Nunes. *O Princípio da Eficiência na Administração Pública*. FAETE, 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/o-princ%C3%ADpio-da-efici%C3%AAncia-na-administra%C3%A7%C3%A3o-p%C3%ABblica>>. Acesso em 04 jun. 2019.

Mendes visualiza a eficiência como um princípio alertador, servido como limitador dos vícios que sabidamente existem na máquina pública, na medida que sobrevalorizam os meios e sacrificam os fins, razão e a serviço dos quais, a eficiência, vem a ser instituída⁷⁰.

Assim, pode-se concluir que o princípio da eficiência foi inserido na Constituição em razão da preocupação do constituinte reformador com o desempenho da administração pública. A ênfase passou a ser a busca pelos melhores resultados⁷¹.

Diante da necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços administrativos, não apenas tornou-se essencial a eficiência da administração pública, como a reforma do aparelho estatal passou a ser, por esses valores orientada⁷².

A administração eficiente é a que atende às necessidades reais dos cidadãos com o menor custo, favorecendo a concorrência e promovendo os serviços de maior qualidade⁷³.

Essa definição de eficiência está em harmonia com a apresentada, na qual para uma medida ser considerada economicamente eficiente precisa atender a uma destas duas condições: não ser possível atingir o mesmo resultado a um custo menor ou não ser possível alcançar melhores resultados com o mesmo custo⁷⁴.

A eficiência serve como objeto de desenvolvimento à medida que, na lição de Alexandre de Moraes impõe à administração pública e a seus agentes “a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível de recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social”⁷⁵.

Como restou demonstrado no primeiro tópico, à eficiência serve como meio. Mas, esse meio não se restringe a ausência de desperdício de recursos, o que significaria economicidade, apenas. De forma que a eficiência somente se mostrará efetiva quando a ação administrativa atingir o seu fim e propiciar a eficácia pretendida⁷⁶.

⁷⁰ MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; GONET, P. G. B.. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 788.

⁷¹ *Id.*, 2013, p. 826.

⁷² PALUDO, Augustinho Vicente. *Administração Pública: teorias e questões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 66.

⁷³ SÁNCHEZ, Isabel María García. *La nueva gestión pública: evolución y tendencias*. Presupuesto y Gasto Público 47/2007: 37-64. Secretaría General de Presupuestos y Gastos. Instituto de Estudios Fiscales. Universidad de Salamanca, p. 44. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2341565>>. Acesso em 04 jun. 2019.

⁷⁴ COOTER, R.; ULEN, T.. *Direito & Economia*. 5 ed. Tradução Luis M. Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 38.

⁷⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33ª ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017, p. 260, 261.

⁷⁶ MORAIS, Janaína Jacolina. *Princípio da Eficiência na Administração Pública*. Disponível em: <http://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2014/07/principio_eficiencia.pdf>. Acesso em 04 jun. 2019.

Dessa forma, a escolha de meios adequados para promover seus fins não é suficiente. A eficiência requer a satisfatoriedade dos fins. Ou seja, escolher a melhor maneira de realizar algo irrelevante, insignificante ou indesejado não se coaduna com a eficiência⁷⁷.

Reconhece-se, pois, que o crescimento econômico fornece subsídios ao Estado para que esse adquira os recursos necessários para implantar suas políticas públicas. Mas, é a aplicação eficiente dos recursos públicos que permite a redução dos gargalos institucionais causadores dos desperdícios, possibilitando o aumento dos recursos do Estado, que podem, então, ser reinvestidos em benefício da sociedade.

Além disso, a eficiência ainda é imprescindível em outro aspecto: quando há degeneração da intenção dos agentes públicos na aplicação dos recursos. Por óbvio, se os recursos são escassos, desviá-los dos seus objetivos constitucionais é uma restrição maldosa das liberdades individuais dos cidadãos. Daí a importância da busca pela aplicação eficiente do direito.

4 A EFICIÊNCIA E O DIREITO: UM EXEMPLO

Jean-Jacques Rousseau atribuiu à origem da relação social como a conhecemos, ao momento em que um sujeito ao cercar um lote de terra se pôs a dizer: “Isto é meu”, encontrando pessoas suficientemente dispostas a lhe dar crédito. Para Rousseau, a sociedade surgira da necessidade humana de proteger aquilo que imagina ser seu⁷⁸.

O homem era absolutamente livre em seu estado de natureza. Porém, fora necessário uma imposição limítrofe dessa liberdade. Sendo essa imposta e necessária em virtude da racionalização efetivamente econômica da proteção da propriedade privada. A necessidade humana de acumular bens gerava instabilidade e conflitos. Sendo, portanto, demasiadamente oneroso o custo da exclusão de terceiros daquilo que se entendia como privado. Para superar essa condição, os homens abriram mão de parte de seu poder, instituindo um poder maior e pleno, o poder do Estado, que era, por derradeiro, proprietário absoluto; assim, apenas por sua concessão e proteção era garantido o direito de propriedade aos particulares⁷⁹.

Em suma, o que se pretende apontar é que a formação da sociedade civil teve como fundamento a necessidade de se ter eficiência na proteção dos bens privados. Em algum momento na história, fora imprescindível que houvesse um equilíbrio entre o desejo humano de ter algo e o custo oneroso de proteger — excluir terceiros do usufruto — ao custo da força. Em algum momento, as pessoas firmaram um pacto social, com regras definidas sobre direitos e obrigações, designando um poder maior, o poder do Estado, para garantir o cumprimento

⁷⁷ ÁVILA, Humberto. *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 4, p. 1-25, out.-dez., 2005, p. 24. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/moralidade-raoabilidade-e-eficiencia-na-atividade-administrativa>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

⁷⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 27.

⁷⁹ CABRAL, Rodolfo de Carvalho. *Direito à terra e trabalho: o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra e a crítica da estrutura fundiária brasileira*. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito – Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009, p. 41-42.

desse pacto por meio da força respaldada pela outorga coletiva. Isso possibilitou o desenvolvimento da sociedade, uma vez que o Estado passou a ter o ônus de proteger os bens privados e as pessoas o de respeitar os limites impostos pelo Estado⁸⁰.

O decurso do tempo não mudou o sistema patrimonialista o qual está montada a sociedade. Pelo contrário, o aperfeiçoamento das regras desse sistema desencadeou o sistema capitalista, instando a busca do lucro, da vantagem.

A busca ambiciosa pelo capital tem servido como combustível de um fenômeno antiético e imoral: a corrupção. Ao questionar os fundamentos capitalistas do mercado mundial, Santos Dias menciona que “a ética sucumbe ao lucro”⁸¹.

O conceito de corrupção não é uno e a depender da abordagem utilizada chegar-se-á a uma explicação diferente. O mesmo ocorre quanto às teorias de prevenção. Apesar da exposição seguinte, sabe-se que a corrupção não é apenas consequência da racionalização econômica do agente. Essa abordagem econômica tende a limitar a corrupção à órbita dos interesses patrimoniais, sem considerar a sua relação com processos sociais e simbólicos⁸². Por isso, é preciso deixar claro que a abordagem seguinte está limitada a uma análise econômica do complexo fenômeno, tendo em vista o contorno temático do presente artigo.

As pessoas tendem a fazer aquilo que lhes parece mais benéfico. Diante das muitas possibilidades, utilizam um raciocínio lógico, atribuindo valor a cada uma das suas opções. Evidentemente, a racionalidade incentiva à escolha da opção menos onerosa⁸³.

Levitt & Dubner caracterizam a corrupção como “um ato econômico: obter mais gastando menos”. Por isso não são apenas os políticos ou grandes empresários que trapaceiam. É também aquela garçonete que não informa a gorjeta coletiva e o aluno que cola do colega vizinho para usurpar um rendimento que efetivamente não lhe é merecido⁸⁴.

A abordagem econômica destaca que corromper-se ou não é uma questão de escolha e as decisões são dotadas de valor. Uma escolha racional tende a maximizar a utilidade dos benefícios dessa decorrente. Assim, a escolha racional envolve uma prévia análise dos custos e benefícios e a maximização da eficiência econômica se dá à medida que os benefícios superam os custos⁸⁵.

⁸⁰ GARCIA, T.; DANTAS, T. K. S.. *Justificativa econômica do direito à propriedade intelectual sob a ótica econômica de Cotter & Ulen*. In: 6th ISTI (International Symposium on Technological Innovation), 2015, Aracaju, SE. 6th ISTI (International Symposium on Technological Innovation), 2015, v. 3, p. 355.

⁸¹ SANTOS DIAS, Maria das Graças dos. *Direito e pós-modernidade*. Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 11, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/424/366>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

⁸² FILGUEIRAS, Fernando. *A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social*. Campinas, v. 15, n. 2, p. 386-421, Nov. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 04 Jun. 2019.

⁸³ COOTER, R.; ULEN, T.. *Direito & Economia*. 5 ed. Tradução Luis M. Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 23-24.

⁸⁴ LEVITT, S. D.; DUBNER, S. J.. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta*. 7 ed. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 23, 28.

⁸⁵ COOTER, R.; ULEN, T.. *Direito & Economia*. 5 ed. Tradução Luis M. Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 35-74.

Na década de 1970, o Ford Pinto era um dos carros mais vendidos dos EUA. Mas, tinha um grave problema de segurança. O tanque de combustível do automóvel estava sujeito a explodir em caso de colisão. Mais de quinhentas pessoas morreram e outras tantas ficaram feridas em decorrência disso. Quando a empresa foi processada, veio a público que os engenheiros que projetaram o carro sabiam do defeito. Eles haviam feito uma análise econômica dos custos e benefícios de se fazer um *recall* em todos os automóveis já vendidos, tornando os carros mais seguros (equivalente a US\$ 137 milhões). Mas, também fizeram os cálculos relativos à quantidade de indenizações que, porventura, deveriam pagar as vítimas ou familiares das vítimas que ingressassem com uma ação judicial (equivalente a US\$ 49,5 milhões). A Ford “chegou à conclusão de que o custo de consertar o tanque não compensaria o benefício de um carro mais seguro”⁸⁶.

Percebe-se que a análise econômica feita pela companhia foi o fator decisivo na decisão tomada. Por que esse exemplo é relevante? Cooter & Ulen afirmam que “uma lei é uma obrigação apoiada por uma sanção estatal”⁸⁷. Ora, se não havia uma sanção legal suficientemente capaz de incentivar a companhia a tomar uma atitude mais “social”, de fato, de um ponto de vista puramente econômico, ela agiu corretamente. A companhia avaliou a situação e escolheu o que lhe era mais benéfico. A maximização econômica consiste na satisfação com o mínimo comprometimento de posses.

A lei da demanda, basicamente, consiste na relação inversamente proporcional entre preço e oferta. Sendo o preço, o qualificador necessário para designar a disposição do consumidor em adquirir o produto. Ou seja, à medida que o preço de um determinado produto diminui a busca por esse produto aumenta, e vice-versa. De forma que a precificação do produto está inteiramente relacionada com quanto o consumidor se dispõe a pagar⁸⁸.

Os economistas relacionam os efeitos das sanções legais no comportamento das pessoas quando preveem que as pessoas reagem às sanções impostas pelas leis da mesma forma que os consumidores reagem aos preços dos produtos. Os consumidores consomem menos dos produtos mais caros e mais dos mais baratos. Assim, as pessoas tendem a cometer menos ilícitos cujas penas sejam mais duras, por simplesmente não estarem dispostas a pagar o preço.

Certamente, a garantia de baixo risco e alta lucratividade, desprendendo-se dos conceitos de ética e moral, é um grande incentivo para o ingresso em qualquer negócio, seja esse lícito ou não. Ou seja, a quantidade de negócios ilícitos, é diretamente proporcional à disposição do criminoso em pagar o preço. Isso significa que, agindo racionalmente, a pessoa que se envereda em uma negociação corrupta, chegou à conclusão, após uma análise econômica da situação, que os benefícios de sua atitude criminosa compensam o eventual risco de ser pego e condenado⁸⁹.

Visto que as pessoas em geral, estão engajadas em obter a vantagem ou lucro, escolhem fazer, portanto, o que lhes parece ser mais benéfico. Este entendimento parte de uma análise econômica para apontar que as decisões que implicam em ações, mínimas ou

⁸⁶ SANDEL, Michael J.. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. 6ª Edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 57-58.

⁸⁷ COOTER, R.; ULEN, T.. *Direito & Economia*. 5 ed. Tradução Luis M. Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 41-49.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 475.

não, são dotadas de valor econômico. Uma vez sendo a corrupção, também uma questão de escolha, tem-se que é um ato econômico que consiste em obter mais gastando menos.

Assim, corromper-se é uma questão de escolha que se dá baseando-se, o indivíduo, na maximização da utilidade: uma relação entre o custo e o benefício resultante de sua atitude corrupta. A análise econômica do direito infere que as pessoas reagem às sanções legais como os consumidores reagem aos preços dos produtos. Ou seja, quando as pessoas se corrompem é porque não se sentem intimidadas pela sanção legal decorrente ou confiam na impunidade; estão dispostas a pagar o preço.

Assim, estão postos os elementos incentivadores à corrupção nas aquisições de bens e prestação de serviços à administração pública: a percepção da oportunidade de lucros extraordinários; a formação de conluio entre agente público e empresa (ou grupo de empresas); o abuso do poder discricionário por parte de agentes públicos para favorecer determinadas empresas; e o baixo valor esperado de eventuais punições⁹⁰.

Daí a necessária e imprescindível melhora de mecanismos de fiscalização (prevenção) e, conseqüentemente, de punição aos que se enveredam em condutas criminosas. Uma punição efetivamente mais severa, não apenas legalmente garantida, mas efetivamente executada, restringirá a ação daqueles que não estiverem dispostos a pagar o preço da corrupção.

A má gestão do dinheiro público tem conseqüências devastadoras para a sociedade, pois retira dos administrados a oportunidade de obterem melhores condições (qualidade) de vida. É justamente a falta dessas liberdades que lentificam o desenvolvimento de alguns países⁹¹.

Analisados os custos envolvidos, percebe-se que a política punitiva é menos eficiente que a preventiva, uma vez que é a sociedade quem paga pelo obstáculo ao desenvolvimento, perdendo as suas liberdades em detrimento dos recursos que deveriam ser investidos para promovê-la; no que seria capaz de servir ao seu objetivo: o desenvolvimento⁹².

A prevenção assume duas formas: *ex ante*, ou seja, impedindo a formação dos acordos ilícitos através da ameaça de aplicação imediata de pesadas sanções a fim de tornar a negociação corrupta instável e/ou não lucrativa; e *ex post*, ou seja, evitando a reiteração da conduta, de maneira que os agentes, além de serem induzidos a interromperem a conduta ilegal, também sofram a ameaça de aplicação de sanções ainda mais duras, caso sejam identificados como reincidentes⁹³.

⁹⁰ CASTRO, Luciano I. de. *Combate à Corrupção em Licitações Públicas*. Madrid: WorkingPapers - Universidad Carlos III de Madrid, Documento de Trabajo 07-03, Serie de Economía 02, Abr. 2007, p. 3.

⁹¹ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 54-76.

⁹² GUIMARAES, Patricia Borba Vilar. *Contribuições teóricas para o direito e desenvolvimento*. IPEA: Brasília, 2013, v. 1824, 2013, p. 12-15. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1824.pdf>. Acesso em 04 jun. 2019.

⁹³ LIRA, Bruno de Oliveira. *Cartéis em licitação: utilizando a teoria dos leilões para avaliar a legislação licitatória nacional*. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/CCJ – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012, p. 46-47.

■ CONCLUSÕES

A reforma administrativa realizada em meados dos anos 1990 elevou a eficiência a posição de princípio constitucional. Entre os objetivos estava conferir eficiência e qualidade aos serviços prestados pelo Estado, transformando a Administração Pública em um instrumento poderoso de desenvolvimento.

A crise fiscal impõe ao Estado o desafio de atuar como garantidor do desenvolvimento nacional diante da realidade de aumento dos gastos públicos e escassez de recursos. Resta evidente, portanto, a importante e necessária aplicação eficiente dos recursos públicos.

Dentre as muitas definições de eficiência apontadas, destaca-se a que lhe confere o emprego de racionalidade a medição e aplicação dos custos e utilidades que satisfazem as necessidades públicas. Os conceitos econômicos de eficiência destacam a visão do princípio como aquele que propicia atingir melhores resultados ao mesmo custo, ou melhor, a um custo menor, alcançando a solução ótima às finalidades públicas.

Assim, a eficiência é tida como a busca pela racionalidade e otimização dos meios, tendo como fim, a busca de resultados qualitativamente satisfatórios, o que explica a relação íntima entre eficácia e eficiência, sendo este um princípio bipotencial, voltado tanto para os meios utilizados como para os resultados produzidos. Exige-se tanto o aproveitamento máximo das potencialidades existentes, como o resultado quantitativa e qualitativamente otimizado, no que concerne ao atendimento das necessidades coletivas.

A busca por melhores resultados indica progresso, crescimento, seguir em direção a uma condição melhor que a da partida, atingir um benefício maior; elementos esses integrantes da concepção de desenvolvimento.

Muitas discussões existem acerca do conceito de desenvolvimento. Mas o senso majoritário é que o desenvolvimento designa o progresso do bem-estar dos indivíduos, através da ampliação das liberdades em superação aos obstáculos resultantes da inobservância de direitos que violam as liberdades básicas das pessoas.

Apesar das críticas de que como princípio não é aplicável ao sistema jurídico, a eficiência revela-se como um congruente instrumento de desenvolvimento. Entretanto, os critérios de eficiência econômica, como os de Pareto e Kaldor Hicks apresentados, distanciam-se de posições éticas. Por isso, o Estado não pode se valer da eficiência a qualquer custo. Como mencionado, o objetivo empregado aos conceitos econômicos é fazer uma releitura do sistema jurídico, valendo-se de regras e princípios econômicos como orientadores, não como doutrinadores.

Apesar das controvérsias existentes, o crescimento econômico não é suficiente, mas é um requisito para superação da pobreza e para construção de um padrão digno de vida, servindo como subsídio para satisfazer as mais diversificadas necessidades do ser humano.

Porém, com os recursos escassos, o grande questionamento é como fazer bom uso dos recursos do Estado. A Administração eficiente é a que atende às necessidades reais dos cidadãos com o menor custo, promovendo os serviços de maior qualidade.

Reconhece-se que o crescimento econômico fornece subsídios ao Estado para que esse adquira os recursos necessários para implantar suas políticas públicas. Mas, é a aplicação

eficiente dos recursos públicos que permite a redução dos gargalos institucionais causadores dos desperdícios, possibilitando o aumento dos recursos do Estado, que podem, então, ser reinvestidos em benefício da sociedade.

Por fim, uma vez que analisada a corrupção como uma questão de escolha, a partir de uma análise prévia dos custos e benefícios dela resultante, nota-se que a garantia de baixo risco e alta lucratividade, a parte dos conceitos éticos, serve como grande incentivo para sua prática.

Por isso, faz-se necessário a melhora dos mecanismos de punição, tornando menos lucrativa, portanto, menos atrativa, quaisquer que seja a ação criminosa. Porém, a eficiência aduz que o custo/benefício da prevenção demonstra maior eficácia, à medida que a punição é uma medida que não diminui os efeitos já consagrados pela corrupção, a saber, a perda das liberdades dos indivíduos prejudicados em detrimento dos recursos que deveriam ser investidos para promovê-las.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 4, p. 1-25, out.-dez., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/moralidade-raoabilidade-e-eficiencia-na-atividade-administrativa>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 30ª edição, 2013.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 32ª edição, 2015.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é – o que não é*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

CABRAL, Rodolfo de Carvalho. *Direito à terra e trabalho: o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra e a crítica da estrutura fundiária brasileira*. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito – Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

CASTRO, Luciano I. de. *Combate à Corrupção em Licitações Públicas*. Madrid: WorkingPapers - Universidad Carlos III de Madrid, Documento de Trabajo 07-03, Serie de Economía 02, Abr. 2007.

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações*. 7ª. ed. rev. e atual. 6ª reimp. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2003.

CMMAD – Comissão mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento –. *Nosso futuro comum*. 2ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 1988.

COOTER, R.; ULEN, T.. *Direito & Economia*. 5 ed. Tradução Luis M. Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Administração Pública (princípios)*. In: Dimitri Dimoulis. (Org.). Dicionário brasileiro de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 2012.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2º ed. rev. São Paulo: Max Limonard, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DUPAS, Gilberto. *O Mito do Progresso*. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

FILGUEIRAS, Fernando. *A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social*. Campinas, v. 15, n. 2, p. 386-421, Nov. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 04 Jun. 2019.

FIORILLO, C. A. P.; DIAFÉRIA, A.. *Biodiversidade e patrimônio genético no Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 165-177, abr. 2000. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47532>>. Acesso em: 04 Jun. 2019.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 9. ed. rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GARCIA, F. A.. *Licitações e Contratos Administrativos-Casos e Polêmicas*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GARCIA, T.; DANTAS, T. K. S.. *Justificativa econômica do direito à propriedade intelectual sob a ótica econômica de Cotter&Ulen*. In: 6th ISTI (International Symposium on Technological Innovation), 2015, Aracajú, SE. 6th ISTI (International Symposium on Technological Innovation), 2015, v. 3.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O Serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARAES, Patrícia Borba Vilar. *Contribuições teóricas para o direito e desenvolvimento*. IPEA: Brasília, 2013, v. 1824, 2013, p. 12-15. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1824.pdf>. Acesso em 04 jun. 2019.

HÄRGER, Marcelo. *Reflexões Iniciais sobre o Princípio da Eficiência*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, p.151-161, dez. 1999.

JARDIM, Jean de Sousa. *Desenvolvimento sustentável, desenvolvimento como liberdade e a construção da cidadania na perspectiva ambiental*. Revista do Programa de Mestrado em Direito do Uniceub, v. 2, n.1, p. 189-201, 2005. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/187>>. Acesso em 04 jun. 2019.

LIRA, Bruno de Oliveira. *Cartéis em licitação: utilizando a teoria dos leilões para avaliar a legislação licitatória nacional*. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/CCJ – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

LEVITT, S. D.; DUBNER, S. J.. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta*. 7 ed. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MARTINS, Cristiane Fortes Nunes. *O Princípio da Eficiência na Administração Pública*. FAETE, 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/o-princ%C3%ADpio-da-efici%C3%Aancia-na-administra%C3%A7%C3%A3o-p%C3%ABblica>>. Acesso em 04 jun. 2019.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 21ª edição, 2018.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; GONET, P. G. B.. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2013.

MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência*. Revista do Serviço Público, v. 51, n. 2, p. 105-119, abr.-jun. 2000, p. 112-113. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328>>. Acesso em 04 jun. 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 33ª. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

MORAIS, Janaína Jacolina. *Princípio da Eficiência na Administração Pública*. Disponível em: <http://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2014/07/principio_eficiencia.pdf>. Acesso em 04 jun. 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann.. *Processo administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2000.

NEUBERGER, D.; MARIN, S. R.. *Algumas contribuições de Amartya Sen aos conceitos de 'eficiência' e 'equidade'*. In: IV Seminário de Ciências Sociais Aplicadas, 2014, Criciúma - SC. Anais do IV Seminário de Ciências Sociais Aplicadas, v. 04, 2014.

NIED, Paulo Sérgio. *O conceito de eficiência econômica e a ruptura do contrato de sociedade*. In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012, Uberlândia. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2009, 3ª ed.

OLIVEIRA, Gilson Batista. *Uma discussão sobre o conceito de desenvolvimento*. Revista da FAE, Curitiba, v. 1, p. 37-48, 2002. Disponível em: <<https://revistafae.fae.edu/revistafae/article/view/477>>. Acesso em 04 jun. 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. *Direito ao desenvolvimento na constituição brasileira de 1988*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico, Salvador, n. 16, nov./jan., 2009. p. 12. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-henrique-justino-de-oliveira/direito-ao-desenvolvimento-na-constituicao-brasileira-de-1988>>. Acesso em 04 jun. 2019.

PALUDO, Augustinho Vicente. *Administração Pública: teorias e questões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PEDRAJA, F.; SALINAS, J.. *Es posible medir la eficiencia de los servicios públicos?* ECONOMISTAS – COLEGIO DE MADRID, Madrid, n° 105, p. 86-93, jul 2005.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 19ª edição, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

SANDEL, Michael J.. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. 6ª Edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SÁNCHEZ, Isabel María García. *La nueva gestión pública: evolución y tendencias*. Presupuesto y Gasto Público 47/2007: 37-64. Secretaría General de Presupuestos y Gastos. Instituto de Estudios Fiscales. Universidad de Salamanca, p. 44. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2341565>>. Acesso em 04 jun. 2019.

SANTOS DIAS, Maria das Graças dos. *Direito e pós-modernidade*. Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 11, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/424/366>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

SANTOS, Elinaldo Leal *et al.* *Desenvolvimento: Um Conceito Multidimensional*. Desenvolvimento Regional em debate, Revista Eletrônica do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional da Universidade do Contestado, v. 2, p. 44-61-61, 2012, p. 45-47. Disponível em: <http://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/1858/1/ART_ElinaldoSantos_2012.pdf>. Acesso em 04 jun. 2019.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. *Economía del crecimiento*. Trad. de Eduardo L. Suárez – México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

_____. *Sobre Ética e Economia*. Companhia das Letras. 7ª ed. São Paulo. 2008.

_____. WILLIAMS, B.. *Utilitarianism and beyond*. Cambridge University Press, 1982.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 2005.

SZTAJN, Raquel. Law and Economics. In: Zylbersztajn, Décio; Sztajn, Raquel. (Org.). *Direito e economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Campus, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

TABAK, Benjamin Miranda. *A Análise Econômica do Direito: Proposições Legislativas e Políticas Públicas*. Revista de Informação Legislativa, v. 52, 2015.

VASCONCELOS, M. A.; GARCIA, M. E.. *Fundamentos de economia*. São Paulo: Saraiva, 1998.

VIEGAS, Eduardo Coral. *O desenvolvimento sustentável como sobreprincípio*. In: Antônio Herman Benjamin; Eládio Lecey; Sílvia Cappelli. (Org.). *Mudanças climáticas, biodiversidade e uso sustentável de energia*. 1ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, v. 1, 2008.

VILA, Humberto. *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 4, p. 1-25, out.-dez., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/moralidade-razoabilidade-e-eficiencia-na-atividade-administrativa>>. Acesso em: 04 jun. 2019.





REFORMAS INSTITUCIONAIS NA SEGURANÇA PÚBLICA: CONTRIBUIÇÕES DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO

POLICE INSTITUTIONAL REFORMS: CONTRIBUTIONS FROM TRANSITIONAL JUSTICE AND LAW AND DEVELOPMENT

MARIA PIA GUERRA*

RESUMO

O estudo de reformas institucionais pode partir, dentre outros campos, da justiça de transição (JT), dos direitos humanos e do direito e desenvolvimento (D&D). A opção por um ou outro eixo leva a distintos impasses. O artigo analisa as contribuições dos três campos teóricos ao estudo das reformas institucionais, buscando comparar e contrastar os seus limites e potencialidades. Toma como estudo de caso as reformas da segurança pública no Brasil, para identificar desafios práticos que podem ser esclarecidos por estas abordagens teóricas, tanto nas etapas de formulação como de implementação. Conclui com as recomendações de atenção à segmentação social e aos obstáculos de natureza material, cultural e política.

Palavras-chave: Reformas institucionais. Justiça de transição. Direito e desenvolvimento. Segurança pública.

ABSTRACT

Both transitional justice (JT) and law and development (D & D) study institutional reforms of police forces, leading to different impasses. The article analyzes the contributions of these two theoretical fields to the study of institutional reforms. It takes as a case study the police organization in Brazil, in order to identify practical challenges in development and enforcement that can be clarified by these theoretical approaches. In conclusion, it describes the recommendations for attention to social segmentation and obstacles of a material, cultural and political nature.

Keywords: Institutional reforms. Transitional justice. Law and development. Police forces.

* Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).
Professora da Faculdade de Direito da UnB.
mapia guerra@gmail.com

Recebido em 28-3-2019 | Aprovado em 24-7-2019



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 REFORMAS INSTITUCIONAIS NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: OS LIMITES DO DEBATE; 2 REFORMAS INSTITUCIONAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS; 3 REFORMAS INSTITUCIONAIS NO DIREITO E DESENVOLVIMENTO; 4 DESAFIOS PARA AS REFORMAS INSTITUCIONAIS NA SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL; 4.1. É preciso reformar o sistema de segurança?; 4.2. A reforma e a estratégia de implementação: entre o estado de direito e a sociedade; 4.3. A reforma e a estratégia de implementação: entre o governo federal e os entes locais; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

Embora exista algum consenso teórico nas ciências sociais sobre a importância das instituições para a transformação social, existe também, paradoxalmente, uma relativa incompreensão sobre a medida e a operacionalidade desta relação. Instituições importam, mas quais e como? A resposta para esta pergunta, diriam os mais otimistas, seria a chave para a produção da transformação social desejada.

Esta relação entre teoria e prática que aqui apontamos anuncia o interesse e as dificuldades no campo de estudo das reformas institucionais. Se por um lado reconhecemos que as reformas, assim como políticas públicas, são fundamentais, por outro temos poucos instrumentos analíticos para identificar os padrões e os processos de alteração. A reflexão acadêmica sobre o tema e a prática de reforma ainda são bastante desconectadas, ao menos no Brasil. E os estudos existentes parecem concentrar-se sobre casos específicos, em campos teóricos distintos. Ficamos com poucos recursos para identificar os possíveis erros e acertos das futuras iniciativas de um modo mais geral.

Neste artigo buscaremos comparar campos teóricos distintos que tratam do tema reformas institucionais, no intuito de identificar os pontos de convergência e divergência, as possibilidades e os limites de suas reflexões para o aprofundamento do debate. Para tanto, utilizaremos um eixo comum, que é o de reforma das instituições de segurança pública. Este eixo interessa não apenas pela sua importância em si e por ser objeto de estudo dos campos selecionados, mas porque é um dos casos-modelo das dificuldades resultantes do distanciamento entre teoria e prática que anunciamos acima.

O artigo tem a seguinte estrutura. Primeiro, descreveremos o debate sobre as reformas institucionais no (2) campo da justiça de transição (JT) e dos (3) direitos humanos, e a seguir (4) no campo do direito e desenvolvimento (D&D). Neste espaço anunciaremos as principais características já apontadas pela literatura. Terceiro, analisaremos (5) o caso da reforma das instituições de segurança pública. Neste espaço, iremos tensionar as contribuições dos três campos teóricos, no intuito de comparar e contrastar os seus limites e potencialidades. Ao final, indicaremos os elementos que podem ser aprofundados em estudos posteriores.

1 REFORMAS INSTITUCIONAIS NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: OS LIMITES DO DEBATE

Para compreender os limites do debate sobre reformas institucionais dentro do campo da justiça de transição, partimos de duas constatações. Primeiro, existe um certo consenso teórico acerca do conceito de justiça transicional. Em documento das Nações Unidas, seria o "amplo conjunto de processos e mecanismos associados às tentativas de uma sociedade de dar conta dos legados de abusos cometidos em larga-escala no passado, no intuito de assegurar responsividade, garantir justiça e alcançar reconciliação".¹ Estes processos poderiam ser classificados em quatro pilares, tal como consolidado por Ruti Teitel, que incluiriam o direito à memória e à verdade sobre os fatos ocorridos, o direito à responsabilização dos perpetradores de graves violações de direitos humanos, o direito à reparação para as vítimas e o direito às reformas institucionais necessárias à construção de uma sociedade democrática.² Este último, de acordo com o International Center for Transitional Justice, abarcaria as seguintes medidas:

- Expurgo de oficiais: investigação de antecedentes pessoais para responsabilizar e afastar do serviço público aqueles oficiais envolvidos em práticas abusivas ou corruptas;
- Reformas estruturais: reestruturação das instituições para promover integridade e legitimidade, garantindo responsividade, independência funcional e representação democrática;
- Controle: criação de órgãos de controle internos públicos e transparentes, para garantir responsividade à governança civil;
- Transformação dos regimes jurídicos: reforma e criação de regimes jurídicos que garantam proteção e a promoção dos direitos humanos, seja por meio de emendas constitucionais ou da incorporação de tratados internacionais de direitos humanos;
- Desarmamento, desmobilização e reintegração: dissolução de grupos armados e paramilitares e promoção de medidas - sensíveis à justiça - por meio das quais ex-combatentes possam ser reintegrados à sociedade civil;
- Educação: criação de programas de treinamento para agentes públicos sobre os parâmetros de direitos humanos nacionais e internacionais.³

Segundo, existe ao menos uma suspeita generalizada de que dentre estes o compromisso com as reformas institucionais seria o menos desenvolvido tanto na teoria como

¹ No original: "For the United Nations, transitional justice is the full range of processes and mechanisms associated with a society's attempt to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation" (NAÇÕES UNIDAS. *Guidance Note of the Secretary-General: United Nations Approach to Transitional Justice*. Nova Iorque, março de 2010).

² TEITEL, R. *Transitional Justice*. New York: Oxford University Press, 2000.

³ MAYER-RIECKH, A; GREIFF, P. *Justice as Prevention: Vetting Public Employees in Transitional Societies*. Nova Iorque: Social Science Research Council, 2007.

na prática.⁴ Comissões da Verdade se alastraram pela América Latina e pelo mundo nos últimos vinte anos.⁵ Programas de reparação mais ou menos extensos tornaram-se política de diversos Estados.⁶ E mesmo ações de responsabilização judicial avançaram nas esferas penais e civis.⁷ Iniciativas de reforma institucional, no entanto, tardaram a ser incorporadas às políticas internacionais e aos estudos teóricos e empíricos da área. Assim, por exemplo, no início dos anos 1990 a Autoridade Transicional das Nações Unidas para o Camboja (UN Transitional Authority for Cambodia - UNTAC) não obteve autorização para participar de reformas institucionais no sistema legal do país por ausência de mandato explícito nos Acordos de Paris. A limitação se tornou uma questão para o grupo na medida em que percebiam que embora estivesse dentro de sua competência supervisionar a efetividade das leis e processos judiciais, cumpriam o mandato em um sistema legal que não conhecia o princípio da independência judicial.⁸ Muitos dos objetivos dependiam de uma forma liberal de Estado, de natureza diversa da existente na estrutura administrativa anterior.

O exemplo revela os desafios de um projeto de reforma institucional e, em última instância, os limites da justiça de transição. Qual o ponto de partida e de chegada da transição na qual se deve realizar a justiça? Ou, como descreveriam os primeiros autores da transitologia, mediante quais requisitos se completa a almejada consolidação democrática? No exemplo citado, a diferença de natureza entre os sistemas legais nos leva a indagar se existe afinal apenas um modelo de *rule of law* e uma receita de implantação.

Por certo, uma visão abrangente de justiça de transição exige a inclusão de políticas de reforma institucional, sem as quais a reparação e a responsabilização tornar-se-iam inócuas. O próprio Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas reconheceu, na 25ª sessão em março de 2014, referindo-se ao Sri Lanka, a necessidade de uma abordagem compreensiva de justiça transicional, que abarcasse as medidas capazes de fortalecer o ambiente institucional legal daquele país. A questão porém é: qual política de qual reforma institucional?

O objetivo aqui, vale notar, não é avançar a crítica a um projeto global de justiça transicional, como desenvolvido por Rosemary Nagy, mas indagar se a falta de reflexão sobre o modelo de democracia em horizonte - "o ponto final da transição" - não é justamente uma das razões para o esvaziamento dos programas de reformas institucionais no âmbito da justiça de transição.⁹

O fato é que a pouca operatividade das categorias não significou, a contrário senso, a ausência de reformas. Como descrito por Thomas Carothers em artigo amplamente citado,

⁴ WEICHERT, M. *The role of institutional reform in transitional justice and the obstacles for its development*. Trabalho apresentado na Global Fellows Forum, Hauser Global Program, New York University. Nova Iorque, 7 out. 2014.

⁵ HAYNER, P. *Unspeakable truths. Facing the challenge of Truth Commissions*. 2 ed. New York, London: Routledge, 2010.

⁶ ABRÃO, P; TORELLY, M. *O programa de reparações como eixo estruturante da Justiça de Transição no Brasil*. In: F Reátegui (org.). *Justiça de Transição: Manual para a América Latina*. Brasília/Nova Iorque: Ministério da Justiça/ICTJ, 2011, p. 473-516.

⁷ OSMO, C. *Judicialização da justiça de transição na América Latina*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição, 2016.

⁸ FERNANDO, B. Editorial: Institutional Reforms as an Integral Part of a Comprehensive Approach to Transitional Justice. *International Journal of Transitional Justice*, v. 8, 2014, 187–193.

⁹ NAGY, R. Transitional Justice as Global Project: critical reflections. *Third World Quarterly*, v. 29, n. 2, pp. 275-289, 2008.

um "renascimento do Estado de direito" ("*rule of law revival*"¹⁰) se estendeu por toda a política internacional durante as décadas de 1990 e 2000. Apenas o Banco Mundial, de 1990 a 2010, apoiou 330 projetos de fortalecimento de instituições de Estado de direito, dispendendo cerca de US\$ 2.9 bilhões no setor.¹¹ Foram investimentos do Banco no projeto *governance matters*, definidos a partir de análise periódica de mais de 200 países quanto à efetividade de indicadores de governança em seis áreas: voz e responsabilidade, estabilidade política e ausência de violência/terrorismo, eficiência governamental, qualidade regulatória e normativa, Estado de direito e controle da corrupção.¹²

Estes projetos inspiravam-se em duas perspectivas. De um lado, uma perspectiva instrumental, associada à *Institutional Economics*, que enfatizava as relações entre o crescimento econômico (níveis de investimento) e o comprometimento a padrões institucionais (estabilidade e proteção da propriedade).¹³ De outro, uma perspectiva deontológica, liderada por Amartya Sen, que ampliando o conceito de desenvolvimento incluía ainda outras dimensões da vida humana. O embate entre as duas posições refletia concepções distintas de Estado de direito. Se por um lado concepções formalistas teriam a vantagem de não sobrecarregar a análise com imperialismo cultural, de outro foram consideradas insuficientes por não levar em consideração o quadro moral local e as práticas de efetivação.¹⁴

No Brasil, neste mesmo período, diversos projetos pretenderam adequar as instituições brasileiras ao novo contexto democrático nacional e mundial. Na seara administrativa, por exemplo, o governo Fernando Henrique Cardoso, com a liderança direta de Bresser Pereira, divulgou e buscou implantar um amplo programa de reforma do Estado destinado a reduzir o patrimonialismo e a ineficiência, considerados, à semelhança do discurso de justiça transicional, heranças do passado brasileiro, o que se faria por meio de repasse de competências antes estatais ao terceiro setor e à iniciativa privada e da criação de agências reguladoras para as competências remanescentes.

¹⁰ "One cannot get through a foreign policy debate these days without someone proposing the rule of law as a solution to the world's troubles. How can U.S. policy on China cut through the conundrum of balancing human rights against economic interests? Promoting the rule of law, some observers argue, advances both principles and profits. What will it take for Russia to move beyond Wild West capitalism to more orderly market economics? Developing the rule of law, many insist, is the key. How can Mexico negotiate its treacherous economic, political, and social transitions? Inside and outside Mexico, many answer: establish once and for all the rule of law. Indeed, whether it's Bosnia, Rwanda, Haiti, or elsewhere, the cure is the rule of law, of course The concept is suddenly everywhere—a venerable part of Western political philosophy enjoying a new run as a rising imperative of the era of globalization. Unquestionably, it is important to life in peaceful, free, and prosperous societies. Yet its sudden elevation as a panacea for the ills of countries in transition from dictatorships or statist economies should make both patients and prescribers wary. The rule of law promises to move countries past the first, relatively easy phase of political and economic liberalization to a deeper level of reform. But that promise is proving difficult to fulfill" (CAROTHERS, T. *The Rule of Law Revival*. *Foreign Affairs*, v. 77, n. 95, 1998).

¹¹ PRADO, M. The paradox of rule of law reforms: how early reforms can create obstacles to future ones. *Rev. Sociol. Política*, Curitiba, v. 21, n. 45, mar. 2013.

¹² KAUFMANN; KRAAY; MASTRUZZI. *Governance Matters VI: Governance Indicators for 1996-2006*. World Bank Policy Research Working Paper n. 4280, jul. 2007

¹³ NORTH, D.C. *Institutional Change: a framework of analyses*. 1999. Disponível em <http://ecsocman.hse.ru/data/853/760/1216/9412001.pdf>. Acesso 28 de junho de 2012.

¹⁴ DANIELS, R; TREBILCOCK, M. The Political Economy of Rule of Law Reform in Developing Countries. *Michigan Journal of International Law*, v. 26, n. 1, 2004

O mesmo pode ser dito para a reforma do sistema de justiça, uma das medidas previstas nos estudos de justiça transicional. Em 1996, o Banco Mundial publicou o Documento n.º 319, intitulado "O setor judiciário na América Latina e no Caribe: Elementos para reforma", contendo relatório dos gargalos institucionais de sistemas legais de toda a região.¹⁵ Conforme descrito no prefácio do Diretor SriRam Aiyer, o documento tinha por objetivo auxiliar os países da América Latina e do Caribe, que então passavam por grandes ajustes do papel do Estado e da iniciativa privada, a melhorar a eficiência do judiciário, garantindo transparência, previsibilidade de decisões e melhoria do ambiente de negócios.¹⁶ Sugere medidas que foram posteriormente adotadas pelo Brasil, em especial pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, como a criação de órgão de controle externo - o Conselho Nacional de Justiça -, a verticalização das decisões na cúpula do judiciário e a criação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

Neste debate, ao menos no que se refere ao público brasileiro, as categorias tradicionais de justiça de transição acrescentaram pouco, não tanto por falta de oportunidade política, mas ora por falta de clareza sobre seus objetivos, ora por uma decisão, possivelmente acertada, de autocontenção conceitual. Em que sentidos e referente a quais medidas a reforma do sistema de justiça no Brasil em 2004 foi ou não adequada a uma nova democracia, considerando, inclusive, que algumas medidas, como a criação de um órgão de controle externo para o judiciário, estão também previstas nas análises de justiça transicional? No que se refere às demais medidas, como o destaque concedido às medidas para melhorar a previsibilidade e a celeridade das decisões judiciais, promotoras, segundo o modelo, de maior eficiência negocial, seria esta também uma medida defendida pela justiça transicional? Ou ainda, que tipo de legados (fatores históricos políticos e sociais, produzidos com ou sem respaldo do regime autoritário) deveriam ter sido levados em consideração para esta reforma? Seriam os mesmos referidos por Bresser Pereira, como a gestão patrimonialista e a gestão burocrática, em muito anteriores à instalação de um governo militar? Afinal, com quais

¹⁵ DAKOLIAS, M. *O setor judiciário na América Latina e no Caribe: Elementos para reforma*. Documento técnico n. 319, Banco Mundial. Nova Iorque: Banco Mundial, 1996

¹⁶ "Durante a década de 80, as abordagens desenvolvimentistas focalizavam uma agenda macro econômica que, sem necessidade, teve prioridade sobre as reformas institucionais. 'Por décadas, os governos na América Latina falharam em desenvolver instituições necessárias em resolver os problemas básicos da população tendo em vista que concentravam a maioria de seus recursos no gerenciamento de seus ativos e passivos e na regulação de quase todos os aspectos da vida econômica'. Todavia, como a estabilidade econômica tornou-se parte da realidade, muitos países passaram a trabalhar buscando a equidade social, bem como as reformas políticas e econômicas. Como resultado, o processo de desenvolvimento passa a envolver as reformas de segunda geração com um propósito mais amplo de focalizar as reformas institucionais, como a reforma do judiciário. Nas palavras de um Ministro de Justiça, não basta construir rodovias e fábricas para modernizar o estado ... um sistema de justiça confiável também é necessário'. (...). Objetivos da reforma do judiciário. A reforma econômica requer um bom funcionamento do judiciário o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente. Com a emergência da abertura dos mercados aumenta a necessidade de um sistema jurídico. Com a transição de uma economia familiar - que não se baseava em leis e mecanismos formais para resolução de conflitos - para um aumento nas transações entre atores desconhecidos cria-se a necessidade de maneiras de resolução de conflitos de modo formal. As novas relações comerciais demandam decisões imparciais com a maior participação de instituições formais. Todavia, o atual sistema jurídico é incapaz de satisfazer esta demanda, forçando, conseqüentemente, as partes a continuar dependendo de mecanismos informais, relações familiares ou laços pessoais para desenvolver os negócios. Algumas vezes isto desestimula as transações comerciais com atores desconhecidos possivelmente mais eficientes gerando uma distribuição ineficiente de recursos. Esta situação adiciona custos e riscos as transações comerciais e assim reduz o tamanho dos mercados, e conseqüentemente, a competitividade do mercado" (DAKOLIAS, M. *O setor judiciário na América Latina e no Caribe: Elementos para reforma*. Documento técnico n. 319, Banco Mundial. Nova Iorque: Banco Mundial, 1996).

critérios podemos avaliar o projeto de desenvolvimento (ou de consolidação democrática) que embasou estes planos de reforma do Estado de direito?

É de se notar que as dificuldades de análise e implementação das reformas não foram exclusivas do campo da justiça de transição. A euforia inicial quanto aos projetos do *Governance Matters* deu lugar nos últimos anos a algum ceticismo, uma vez que os resultados dos investimentos ficaram longe do esperado. O destaque para as reformas de melhoria do ambiente contratual e imobiliário, por exemplo, foi contraposto à diversidade de arranjos de propriedade existentes no mundo. Como mostram Trebilcock e Daniels (2004), em estudo sobre reformas frustradas na África, Ásia, América Latina e Leste Europeu, pouco se sabe ainda sobre como conduzir reformas institucionais bem sucedidas para o desenvolvimento econômico e social. Ainda, pode-se avançar, considerando que reformas são processos negociados, pouco se sabe sobre quais reformas são fundamentais e em qual ordem de prioridades.

2 REFORMAS INSTITUCIONAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

As recomendações da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) são um bom ponto de partida para tensionar as contribuições do campo dos direitos humanos - e justiça de transição - às reformas institucionais, tanto as relativas ao sistema de justiça como e especialmente, aqui, as relativas à segurança pública.

Tomando como eixo as decisões da CIDH no âmbito da justiça de transição, seguimos análise de Calabria para sumarizar as suas recomendações de modificação legislativa dos Estados nacionais.¹⁷ Quanto ao uso desproporcional de força por instituições e agentes responsáveis pelo cumprimento da lei, a corte recomendou em seus julgados, dentre outras medidas, a codificação de delitos como tortura, execução extrajudicial e desaparecimento forçado, a ratificação de convenções internacionais e a adaptação de procedimentos das organizações policiais às normas internacionais.¹⁸ Quanto às liberdades de pensamento e expressão e direitos político-eleitorais, exigiu a adaptação das legislações nacionais à proteção conferida no âmbito internacional.¹⁹

¹⁷ CALABRIA, C. Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, pp. 1286-1355, 2017.

¹⁸ Ver Caso Barrios Altos v. Peru, Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala, Caso Goiburú et al v. Paraguai, Caso Heliodoro-Portugal v. Panamá (CALABRIA, C. Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, pp. 1286-1355, 2017).

¹⁹ Ainda, quanto à jurisdição militar, recomenda que esta se restrinja, caso exista, aos delitos relativos a funções militares e cometidos por militares em serviço ativo (Ver Caso Cabrera García e Montiel-Flores v. México, Caso Fernández Ortega et al v. México, Caso Radilla Pacheco v. México, Caso Rosendo-Cantú et al v. México). Quanto às leis de anistia e exceção, exige sejam destituídas de eficácia ou excluídas do ordenamento jurídico, quando obstaculizem a investigação, processamento e condenação de responsáveis por graves violações de direitos humanos (Ver Caso Almonacid Arellano et al v. Chile, Caso Barrios Altos v. Peru, Caso Gelman v. Uruguai, Caso Gomes Lund et al ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil, Caso Massacres El Mozote e arredores v. El Salvador). Para as liberdades de pensamento e expressão e direitos político-eleitorais, ver Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo-Bustos et al) v. Chile, Caso Palamara Iribarne v. Chile, Caso Castañeda Gutman v. México (CALABRIA, C.

Nestes casos, a CIDH elaborou sugestões de modificação das constituições e legislações locais, uma espécie de recomendação que se tornou comum no sistema interamericano desde o início dos anos 1990. Nas duas áreas temáticas seguintes, porém, a corte investiu também em medidas materiais e reformas da estrutura organizacional. Assim, quanto ao sistema carcerário e justiça criminal, recomendou por um lado a abolição de penas de punição corporal e a criação de regras processuais rígidas para, caso exista, pena de morte, mas por outro, também, recomendou o melhoramento da infraestrutura dos centros de detenção, por meio de protocolos de redução de acidentes, criação de ouvidorias e elaboração de sistema de registro de presos.²⁰

O mesmo se pode dizer sobre o fortalecimento do Estado de direito, de suas instituições, garantias legais, procedimentos e normas. Aí, para a garantia do devido processo legal e do Estado democrático, a CIDH exigiu proteção do duplo grau de jurisdição e do devido processamento de *habeas corpus*, criação de programas de proteção de testemunhas e afastamento da prescrição para delitos de escravidão e delitos análogos. Exigiu também a proteção da independência judicial, como no caso Blanco Romero, em que ordenou à Venezuela cessar a remoção compulsória de juízes.²¹

Vale notar a tentativa de equilibrar medidas específicas o suficiente para terem efeito prático em casos de violação, mas também razoavelmente gerais para dar aos Estados autonomia para a constituição de seus ordenamentos jurídicos. O equilíbrio, tênue, é, como veremos, equivalente àquele presente nas tentativas de conceituação do Estado de direito. No caso Favela Nova Brasília, por exemplo, a CIDH reconheceu o problema da violência estrutural das organizações policiais contra a população negra e de baixa renda e exigiu do Estado brasileiro transparência e efetividade em crimes envolvendo agentes policiais. Ordenou, especificamente, a investigação por órgão independente da força policial envolvida, algo que pressupõe alteração da arquitetura institucional da segurança pública do país.²²

Retomando o exemplo relativo à reforma do judiciário brasileiro, por um lado as recomendações da CIDH avançaram pouco em discutir os diversos modelos de organização institucional e as suas estratégias de implementação, até mesmo porque estes temas não são propriamente objeto de decisão e fundamentação judicial, mas sim inquirições de natureza teórica e empírica. Neste sentido, existem divergências quanto ao melhor modo de efetivar a investigação de crimes cometidos por agentes do Estado. Por outro lado, as recomendações certamente apontam limites da reforma do judiciário brasileiro, especialmente no que tange à segmentação da celeridade e efetividade dos processos judiciais. Se ambas as perspectivas, a adotada no Brasil e a promovida pela CIDH, reconhecem a importância da segurança jurídica

Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, pp. 1286-1355, 2017.).

²⁰ Ver Caso Pacheco Teruel et al v. Honduras, Caso Yvon Neptune v. Haiti, Casos Caso Fermín Ramírez v. Guatemala, Caso Lori Berenson Mejía v. Peru (CALABRIA, C. Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, pp. 1286-1355, 2017).

²¹ Ver Caso Blanco Romero et al v. Venezuela, Caso Favela Nova Brasília v. Brasil (CALABRIA, C. Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, pp. 1286-1355, 2017).

²² Ver Caso Favela Nova Brasília v. Brasil (CALABRIA, C. Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, pp. 1286-1355, 2017).

e da celeridade, apenas a última parece ter levado em consideração as diferenças reais ligadas à classe e raça, especialmente quando relativas à segurança e justiça criminal.

3 REFORMAS INSTITUCIONAIS NO DIREITO E DESENVOLVIMENTO

O estudo de reformas institucionais também se desenvolve no campo do direito e desenvolvimento e do institucionalismo histórico. Estes estudos, assim como os de justiça de transição, destacam os fatores políticos nos processos de democratização. Compartilham a mesma dificuldade em definir o que seriam as reformas necessárias e prioritárias, uma vez que um modelo único dificilmente poderia ser estendido para os mais diversos contextos. Avançam, porém, principalmente na identificação de obstáculos e na elaboração de estratégias de implementação. Algumas destas estratégias são testadas, em seus estudos, em reformas da segurança pública, como veremos no tópico seguinte.

Em "Rule of Law Reform and Development: Charting the Fragile Path of Progress", Trebilcock e Daniels partem de um conceito minimalista de Estado de direito para identificar avanços e fracassos.²³ A opção se justificaria, para os autores, como uma abordagem metodológica para comparação entre os processos de reforma em todo o mundo e como uma abordagem estratégica para sua implementação, uma vez que um conceito menos carregado facilitaria, por exemplo, a mobilização de aliados internacionais. Mesmo Trebilcock e Daniels, porém, reconhecem no campo teórico a natureza política do dilema de definição de projetos de desenvolvimento, que não se esgota em padrões de certeza jurídica e previsibilidade das decisões, tal como indicado em outras vertentes de estudos.

Por meio de uma análise empírica qualitativa, os autores identificam três razões para o fracasso das reformas institucionais. Primeiro, falta de recursos financeiros, tecnológicos e humanos para implementar as mudanças, de solução mais simples até pela existência de financiamentos internacionais, podendo, a depender do contexto, produzir a imagem enganosa um trabalho técnico consensual. Segundo, existência de fatores sociais, culturais e históricos que cristalizam valores, normas e práticas inóspitas mesmo a um conceito restrito de Estado de direito, mais problemático aos países do leste-europeu, de herança comunista, do que aos países da América Latina. Terceiro, existência de obstáculos de economia política, como grupos de interesse com poder de veto que de algum modo não são beneficiados. Prado, Trebilcock e Hartford acrescentam a estes fatores a ordem em que as reformas são colocadas

²³ Para garantir a criação de um Estado de direito robusto, proceduralmente orientado, as reformas institucionais deveriam incluir: (i) para o judiciário, auxílio material e redução de gargalos processuais; (ii) para acesso à justiça, criação de arranjos especiais para garantir a assistência coletiva e individual; (iii) para as promotorias, elaboração de programas educacionais de direitos humanos e de parâmetros de persecução em casos envolvendo direitos humanos e corrupção; (iv) para os órgãos de segurança, introdução de sistema de monitoramento de abusos e de mecanismos institucionais de desincentivo à corrupção; (v) para o sistema penal, incorporação das diretrizes das Nações Unidas, que incluem associação do sistema penal a mecanismos alternativos de resolução de conflitos, deslocamento da política de drogas para o âmbito das políticas sociais e de saúde, criação de penas alternativas à prisão; (vi) para a advocacia, promoção da autonomia; (vii) para o sistema tributário, adequação às necessidades e às possibilidades de arrecadação do país; e (viii) para o ensino jurídico, promoção de concepções pluralistas orientadas à realidade social. (TREBILCOCK, M; DANIELS, R. *Rule of Law Reform and Development: Charting the Fragile Path of Progress*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008).

em prática, uma vez que decisões tomadas em fases iniciais podem mudar os arranjos políticos e criar impedimentos imprevistos, como novas práticas ou novos grupos de pressão.²⁴

Para os autores, os obstáculos políticos, que orientam a identificação de prioridades e impasses políticos, seriam os decisivos para a condução de reformas bem sucedidas. Sua análise permitiria traçar estratégias, algumas das quais semelhantes às indicadas no campo de justiça transicional: (i) criação de instituições de produção de informações confiáveis e de instituições de monitoramento, se possível multilaterais, com a presença de agentes que tenham credibilidade, como funcionários aposentados e mídia independente; (ii) fomento de grupos locais e internacionais de pressão, incluindo lobby organizado, com listagem e mobilização de possíveis aliados, em especial para os casos em que as reformas beneficiam público disperso e a manutenção do estado de coisas beneficia grupos já estabelecidos; (iii) inclusão de condicionamentos de reformas em tratados internacionais de comércio; e (iv) criação de estratégias criativas de desbloqueio das resistências, como reincorporação dos agentes sob condição, em especial para os projetos de reforma em que se debate, como no caso da segurança, extinção de órgãos policiais. A última estratégia é semelhante à aventada pelo ICTJ sobre a socialização de membros de grupos armados desmobilizados.

Uma segunda linha teórica, que segue a constatação da natureza política dos impedimentos, analisa a natureza dos processos de reforma institucional no contexto latino-americano. Complementa a anterior ao destacar os desafios próprios à região. O seu foco é direcionado não tanto à identificação das reformas que comporiam o núcleo central dos processos de redemocratização, mas sim à identificação dos desafios de implementação, por meio de uma comparação dos impasses enfrentados em países desenvolvidos e em países não desenvolvidos ou subdesenvolvidos.

Assim, ao comparar as reformas em países de indústria avançada com reformas nos países latino-americanos, a corrente chega a resultados interessantes. Murillo e Levitsky, primeiro, identificam os dois modelos de reformas próprias dos países de indústria avançada, tal como descritos em estudos de institucionalismo histórico.²⁵ De um lado, estaria o modelo de "mudança gradual", o qual sustenta que na maior parte das vezes as reformas ocorrem por uma evolução gradual das instituições, pela utilização das regras do jogo em períodos normais, por atores que as subvertem, desviam ou redirecionam nas práticas cotidianas.²⁶ De outro lado, estaria o modelo de "equilíbrio pontual", que sustenta que as instituições passam por longos períodos de continuidade intercalados por momentos de rápida transformação. Nos períodos de continuidade, os atores agem conforme regras formais ou informais previamente estabelecidas, seguindo um trajeto dependente (*path dependence*). Já nos períodos de crise (*critical junctures*), como nas transições políticas, o futuro se torna imprevisível e uma janela de oportunidade se abre para a negociação de novos acordos, que por sua vez serão cristalizados (*lock in*) e orientarão um novo trajeto dependente. Este modelo, como é de se imaginar, orientou boa parte dos estudos iniciais de transitologia, os quais argumentavam que as dificuldades para responsabilização de oficiais envolvidos em violações de direitos humanos

²⁴ PRADO, M; TREBILCOCK, M; HARTFORD, P. Police Reform in Violent Democracies in Latin America. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 4, n. 2, pp. 252-285, set. 2012

²⁵ MURILLO, M; LEVITSKY, S. *Building Institutions on Weak Foundations: Lessons from Latin America*. Johns Hopkins University Press, v. 24, n. 2, abr. 2013.

²⁶ MAHONEY, J; THELEN, K. *Explaining Institutional Change: Ambiguity, Agency, and Power*. New York: Cambridge University Press, 2010.

permaneceriam no futuro se os pactos transicionais fossem acordados com membros do regime autoritário, como no caso brasileiro, pois tais pactos seriam estabilizados no tempo por meio de normas institucionais de difícil alteração.²⁷

Como afirmam Murillo e Levitsky, nenhum dos dois modelos parece se adequar bem ao contexto latino-americano, uma vez que partem do pressuposto da existência de instituições e regras estáveis, sejam ou não intercaladas por períodos de crise.²⁸ Mesmo nas transições latino-americanas estudadas por autores do "equilíbrio pontual", um amplo conjunto de regras implementadas durante a transição foi logo alterado. Tais alterações, ao contrário do previsto pelos autores da "mudança gradual" não teriam ocorrido de modo gradativo, mas por substituições bruscas. Assim, nos Estados Unidos e na Inglaterra, as reformas econômicas de liberalização de Ronald Reagan e Margaret Thatcher só atingiram instituições e programas do Estado de bem-estar social de modo progressivo e limitado. Na América Latina, em comparação, programas de liberalização dos anos 1990 transformaram bruscamente instituições de políticas sociais, como os regimes de previdência. O mesmo vale para os sistemas eleitorais, que na região latino-americana tiveram suas regras frequentemente alteradas a cada processo eleitoral de forma casuística por aqueles que chegavam aos órgãos de representação.

Para Murillo e Levitsky, a natureza distinta das reformas institucionais na América Latina decorre da existência de instituições precoces e transitórias, ancoradas na alta imprevisibilidade e na incongruência entre as regras formais e os interesses de reais detentores de poder.²⁹ Isso por diversos motivos: instabilidade de regimes políticos, volatilidade eleitoral, importação de instituições, inexistência de atores sociais com poder de veto (como organizações da sociedade civil para controle externo), crises econômicas frequentes a justificar medidas executivas extremas e, principalmente, desigualdade social, que faz com que governos eleitos com base no voto universal superestimem a sua capacidade de efetivação de novas políticas e regras, podendo ser substituídos após curto período por outros atores com maior poder de fato.

Em alguns casos, continuam os autores, a própria não efetivação costumeira das regras formais pode ser um fator de estabilização política e institucional, o que é interessante para a compreensão da ausência de reformas em setores chave como a segurança. Quando as regras formais contrariam interesses de atores com poder de fato, a intensidade da oposição à instituição dependerá de quão efetivas são estas regras. Se puderem ser discricionariamente descumpridas, a oposição possivelmente será menor, com a vantagem de permanecerem válidas o suficiente para legitimação local e internacional.

É de se notar, no entanto, que mesmo nos casos em que as regras formais são usualmente não aplicadas elas podem ser reativadas em outro contexto, mediante o surgimento de novos atores e demandas. Assim, por exemplo, as regras de proteção ao trabalhador previstas formalmente na Constituição Federal de 1988 e usualmente descumpridas foram reativadas, nos anos 2000, pela melhoria de índices econômicos de pleno

²⁷ O'DONNELL, G; SCHMITTER, P; WHITEHEAD, L. *Transitions from Authoritarian Rule*. Londres: John Hopkins Univ. Press, 1986.

²⁸ MURILLO, M; LEVITSKY, S. *Building Institutions on Weak Foundations: Lessons from Latin America*. Johns Hopkins University Press, v. 24, n. 2, abr. 2013.

²⁹ MURILLO, M; LEVITSKY, S. *Building Institutions on Weak Foundations: Lessons from Latin America*. Johns Hopkins University Press, v. 24, n. 2, abr. 2013.

emprego e pelo fortalecimento de entes como as procuradorias do trabalho. Esta possibilidade de ativação posterior é uma vantagem estratégica em negociações de reformas, já que serve de ponto focal para uma futura mobilização da sociedade civil por vezes mais eficiente do que uma nova mobilização para alteração do enquadramento legal.³⁰

Murillo e Levitsky não debatem ou elencam prioridades para as reformas institucionais no continente a partir de um determinado conceito de Estado de direito.³¹ Porém, apresentam dois desafios centrais, que remontam aos dilemas dos estudos de consolidação democrática da transitologia - dilemas, como vimos, ligados a concepções de *rule of law* e democracia. Primeiro, existiria uma tensão entre instituições desejáveis e estabilidade institucional. Reformas mais ambiciosas intensificariam a resistência e até a instabilidade política se efetivadas bruscamente. Seguindo O'Donnell et al, uma possível solução seria a criação destas instituições ambiciosas, que pudessem ser efetivadas progressivamente, por ativação futura pela sociedade civil, algo como uma "democratization on the installment plan".³² Progressão semelhante é sugerida por Prado, Trebilcock e Hartford para quem, em reformas do sistema de segurança, o problema inicial a ser enfrentado seria o respeito aos parâmetros do Estado de direito, como o controle de violência pelos agentes policiais, para só em momento seguinte se poder avançar à responsividade perante a sociedade civil.³³

Segundo, existiria uma tensão entre instituições desejáveis e participação social. Em sociedades profundamente desiguais, a condução de reformas com a participação de grupos com poder de fato aumenta as suas chances de sucesso, embora possa reduzir a legitimidade do processo. Isso porque dá a eles um poder de veto sobre questões de seu interesse que não é dado a cidadãos comuns também interessados. Estes dilemas, como veremos, atravessam os diversos projetos de reforma institucional no Brasil.

4 DESAFIOS PARA AS REFORMAS INSTITUCIONAIS NA SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

Neste tópico, tentaremos tensionar os conceitos vistos acima em um estudo temático, o das reformas de segurança no Brasil. O desafio de implementação de reformas institucionais inclui, de um modo geral, ao menos três questões: a definição das áreas prioritárias, a seleção do modelo de reforma dentre aqueles disponíveis e o desenho das estratégias de negociação e efetivação. No que se refere ao campo da segurança pública, destas três questões apenas a primeira tem resposta relativamente consensual no âmbito teórico e prático, seja pela perspectiva da justiça de transição, seja dos estudos institucionalistas. Descreveremos alguns dos dilemas enfrentados no Brasil, retomando as perspectivas de análise da justiça de transição, do sistema interamericano de direitos humanos e dos estudos institucionalistas.

³⁰ COSLOVSKY, S; PIRES, R; BIGNAMI, R. Resilience and Renewal: The Enforcement of Labor Laws in Brazil. *Latin American Politics and Society*, v. 59, n. 2, 2017.

³¹ MURILLO, M; LEVITSKY, S. *Building Institutions on Weak Foundations: Lessons from Latin America*. Johns Hopkins University Press, v. 24, n. 2, abr. 2013.

³² O'DONNELL, G; SCHMITTER, P; WHITEHEAD, L. *Transitions from Authoritarian Rule*. Londres: John Hopkins Univ. Press, 1986.

³³ PRADO, M; TREBILCOCK, M; HARTFORD, P. Police Reform in Violent Democracies in Latin America. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 4, n. 2, pp. 252-285, set. 2012.

4.1 É preciso reformar o sistema de segurança?

A segurança pública se tornou área prioritária em toda a América Latina por uma série de fatores. Inicialmente, podemos mensurá-la por meio de uma difusa *sensação de insegurança*, ainda que o processo de politização de um tema não se reduza à existência de preocupações individuais. Pelos dados do latinobarómetro, cerca de 43% das pessoas na América Latina preocupam-se "quase todo o tempo" em ser vítima de delitos com violência.³⁴ Considerando dados de 2013, com apenas 8% da população mundial, o continente latino-americano produz 33% dos homicídios do mundo. Isso significa ao menos quatro a cada dez homicídios ocorre aqui.³⁵ A Organização Mundial da Saúde considera epidêmica a taxa superior a 10 homicídios por cada 100 mil habitantes. Em 2015, a média das Américas foi de 18.6 vítimas por 100 mil habitantes, quase o dobro. Dentre os países da região, o Brasil tem o nono pior desempenho (30,5), à frente apenas de Honduras (85,7), El Salvador (63,2), Venezuela (51,7), Colômbia (48,8), Belize (37,2), Guatemala (36,2), Jamaica (35,2) e Trinidad e Tobago (32,8).³⁶

Estudo do IPEA mostra que o impacto econômico também é significativo. Estima-se que as mortes violentas no Brasil correspondam a uma redução de 2,36% do PIB ao ano. O cálculo leva em consideração os valores que a população deixou de produzir e consumir. Acrescentando-se os gastos com tratamento das vítimas no sistema público de saúde, custeamento dos órgãos policiais (1,4%), custeamento do sistema prisional (0,4%) e segurança privada e seguro (1,6%), o número salta a 5,9% do PIB.³⁷

Enfrentar a violência, assim, é um passo necessário para produzir um Estado democrático, em quaisquer das perspectivas teóricas elencadas neste texto, seja a das diversas correntes de justiça de transição, seja a das correntes minimalista e maximalistas dos programas de desenvolvimento patrocinados pelo Banco Mundial. O desafio aqui, portanto, é identificar qual saída ou, conforme nosso objeto de estudo, qual reforma.

O primeiro passo é reconhecer que na América Latina, o direito à segurança exige não apenas uma atuação estatal menos arbitrária violenta - superando os anos de terror - mas também uma atuação eficiente na proteção do direito à vida e à integridade física. A segurança pública precisa ser pensada para além da afirmação do direito à saúde e à educação, como uma política pública que requer planejamento e investimentos próprios. Se a redução dos homicídios exige investimento em educação para crianças e jovens e em projetos esportivos e culturais, exige também controle de armamento, sistemas inteligentes de informação, tecnologia de monitoramento e melhoria na seletividade de entrada no sistema prisional, políticas que são elaboradas nos marcos do campo de conhecimento da segurança pública, compartilhado entre universidades, organizações sociais, secretarias de segurança e escolas de formação policial. Como se viu nas decisões do sistema interamericano de direitos humanos, o sistema criminal deve ser um objeto de reformas específicas.

³⁴ CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. *Informe 2016*. Buenos Aires, 2016.

³⁵ UNODC. *Global Study on Homicide*. United Nations Office on Drugs and Crimes, Genebra, 2013.

³⁶ WHO. *World Report on Violence and Health*, World Health Organisation, Genebra, 2015.

³⁷ CERQUEIRA, D; CARVALHO, A; LOBÃO, W; RODRIGUES, R. *Análise dos Custos e Conseqüências da Violência no Brasil*. Texto para discussão n. 1284. Brasília, junho de 2007.

Indo um passo além, é interessante notar, porém, que existem indícios de que as duas vertentes, a atuação estatal menos arbitrária e a atuação estatal eficiente, na realidade caminham juntas. Em estudo sobre a relação entre os direitos de integridade física - definidos como tortura, execução sumária, desaparecimento forçado e aprisionamento político - e a persecução penal de crimes cometidos por agentes dos regimes autoritários, Katherine Sikkink e Hunjoon Kim demonstram existir correlação positiva, ou seja, influência relevante.³⁸ Considerando dados a partir de 1995, após a última onda de transições, países que processaram os agentes políticos pelos crimes cometidos em períodos de exceção, independentemente de os processos terem resultado em absolvição ou condenação, possuem taxas de proteção de direitos de integridade física constantemente melhores do que a média global e do que a média de países que não levaram adiante estes processos.³⁹ O resultado se mantém ainda quando são controlados estatisticamente os outros fatores relevantes, como a existência de guerra civil. O resultado não é definitivo, uma vez que os autores levam em consideração apenas os crimes de tortura, execução sumária, desaparecimento forçado e aprisionamento político, não homicídio comum. No entanto, dão indícios, para futuros estudos, para a conclusão de que o controle da violência de agentes estatais acompanha a redução da violência difusa.

Os passos seguintes são objeto de maiores divergências. Deveria a polícia no Brasil ser reorganizada para realizar suas atividades em ciclo completo? Ou seja, ser reorganizada para que uma só organização policial fosse responsável pela prevenção, repressão e investigação dos crimes, seja utilizando o critério de repartição material, pelo qual polícia civil e militar seriam diferenciadas pelo tipo de crime, seja utilizando o critério de repartição territorial, pelo qual seriam diferenciadas pelo território protegido. Deveria a polícia militar - que é responsável atualmente pelo policiamento ostensivo, aquele feito em contato direto com a população nas ruas - ser extinta ou desmilitarizada, passando a se organizar em carreira civil, com outros parâmetros de comando, associação e responsabilização? Deveriam os órgãos de controle - de investigação de crimes de agentes do Estado - ser externos ou internos? Em que medida estas e outras alterações podem efetivamente promover o controle da violência de Estado e a eficiência na proteção da sociedade? Que medidas são prioritárias e como implementá-las? Selecionamos aqui dois dos desafios legados à segurança pública.

4.2 A reforma e a estratégia de implementação: entre o Estado de direito e a sociedade

O problema da militarização exige reflexão sobre o papel da polícia e sobre as especificidades, historicamente construídas, da polícia militar no Brasil. Como lembra Prado, Trebilcock e Hartford (2012) existem, em todo o mundo, ao menos dois desafios distintos: (i) o descolamento dos agentes policiais em relação aos padrões do Estado de direito, ligado à prática corrente de violações cometidas pelas forças de segurança; e (ii) o descolamento dos agentes policiais em relação aos interesses da sociedade, ligado ao sujeito a quem se presta contas, podendo o agente estar adstrito à própria organização policial autônoma,

³⁸ SIKKINK, K; KIM, H. J. The Justice Cascade: The Origins and Effectiveness of Prosecutions of Human Rights Violations. *Annu. Rev. Law Soc. Sci.*, 2013.

³⁹ SIKKINK, K; KIM, H. J. The Justice Cascade: The Origins and Effectiveness of Prosecutions of Human Rights Violations. *Annu. Rev. Law Soc. Sci.*, 2013, p. 368.

instrumentalizado por determinados setores governamentais ou ainda alinhado às demandas da sociedade civil.⁴⁰ Assim, nem toda polícia organizada de modo fechado, responsiva apenas aos seus parâmetros internos, é violenta e corrupta. O exemplo normalmente citado é o da polícia militar do Chile, que possui baixas taxas de violações de direitos fundamentais por parte de seus agentes. Também nem toda polícia que se alinha à sociedade respeita os limites do Estado de direito. Uma sociedade que aceita o discurso de "bandido bom é bandido morto" pode ser resistente à redução das taxas de atuação estatal arbitrária.⁴¹

Em certa medida, inexistente consenso sobre a conexão entre os dois desafios. Alexandre Rocha, ao comparar as polícias militares do Chile e do Brasil, sustenta que a maior taxa de violência policial no Brasil se explicaria pelo modelo particularmente fechado adotado desde o regime militar.⁴² Segundo Rocha, polícias militares, em virtude do modelo hierarquizado, são naturalmente propícias a um *espírito de corpo* fechado. Contudo, ao menos em comparação ao Chile, Brasil se destacaria pela criação de organizações especialmente insuladas. De fato, a militarização da segurança pública entre 1964 e 1988 pode ser compreendida como um processo de burocratização conservadora que equilibrou autonomia e instrumentalização política.⁴³ As polícias adquiriram mais recursos e competências - portanto mais condições de atuação, mais autonomia - para que pudessem ser instrumentalizadas, ou seja, para que pudessem executar as políticas definidas pelos órgãos políticos superiores.⁴⁴ Os mecanismos de controle criados neste período serviram para reprimir as violações consideradas inapropriadas, assim como para uniformizar a atuação nos parâmetros da doutrina de segurança nacional.

Para descrever em detalhe, em 1967, o Decreto-Lei Federal n.º 317/67 federalizou o controle e a direção da segurança pública, mantendo a execução direta nos Estados. O decreto criou um órgão de controle nacional, a Inspeção Geral das Polícias Militares, responsável pela fiscalização, coordenação e normatização de todas as polícias do país; formalizou o controle das nomeações para secretários de segurança; tornou obrigatória a indicação de generais para comandantes de polícia, autorizando apenas excepcionalmente que fosse um agente do último posto da carreira; ainda, militarizou o policiamento ostensivo, aquele que se faz nas ruas em contato direto com a população e que, até então, no caso de São Paulo, era repartido com a Guarda Civil, ficando com a última a maior parcela de policiamento das grandes cidades, salvo nas áreas adjacentes aos quartéis.⁴⁵

Neste último aspecto, o diploma legal gerou dúvidas e insatisfação entre os quadros da segurança, principalmente junto às polícias civis que vinham exercendo a atribuição. Em

⁴⁰ PRADO, M; TREBILCOCK, M; HARTFORD, P. Police Reform in Violent Democracies in Latin America. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 4, n. 2, pp. 252-285, set. 2012.

⁴¹ NUNES, S. *Bandido bom é bandido morto: a opção ideológico-institucional da política de segurança pública na manutenção de padrões de atuação violentos da polícia militar paulista*. 2014. 146 f. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – FGV, São Paulo – SP.

⁴² ROCHA, A. P. *A gramática das polícias militarizadas: estudo comparado entre a Polícia Militar do Estado de São Paulo – Brasil e Carabineros – Chile em regimes políticos autoritários e democráticos*. 2013. 314 f. Tese (Doutorado no Centro de Pesquisa e Pós-Graduação das Américas) – UnB, Brasília – DF.

⁴³ GUERRA, M. P. *Polícia e Ditadura: arquitetura institucional da segurança pública de 1964 a 1988*. Brasília: Ministério da Justiça / Comissão de Anistia, 2016.

⁴⁴ MUNIZ, J. A Crise de Identidade das Polícias Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. *Security and Defense Studies Review*, v. 1, p. 177-198, 2001, p. 184.

⁴⁵ GUERRA, M. P. *Polícia e Ditadura: arquitetura institucional da segurança pública de 1964 a 1988*. Brasília: Ministério da Justiça / Comissão de Anistia, 2016.

1969, a dúvida foi solucionada por meio do Decreto-Lei Federal n.º 667/69, que tornou o policiamento ostensivo uma atribuição exclusiva das polícias militares. Reforçou também a ingerência do ministério do Exército, formalizando uma dupla cadeia de comando das polícias ao governo estadual e às forças armadas. Ao final daquele ano, o governo federal determinou que todos os Estados extinguissem as guardas civis e criassem uma polícia militar (Decreto Federal n.º 1.072/69). Seguindo o novo modelo, em 1970, por meio do regulamento das polícias militares (Decreto Federal n.º 66.862/70), as forças armadas ampliaram o escopo de atuação das polícias para a persecução de atividades subversivas e ampliaram o controle federal por meio de subordinação no planejamento, execução operacional e definição de material bélico, efetivo e localização das unidades policiais.

Esta instrumentalização recebeu novos contornos a partir de 1988. As polícias deixaram de se vincular às forças armadas, mas não chegaram a promover, ao menos imediatamente, um vínculo maior com a sociedade civil. Órgãos de controle externo com participação da sociedade civil, como as ouvidorias de polícia, só foram criados durante os anos 1990 e ainda assim, até hoje, permanecem sem estrutura e condições de trabalho.⁴⁶ Mesmo a inovação da Constituição Federal de 1988 no sistema de controle, que foi a atribuição dada ao Ministério Público para controle externo das polícias, foi insuficientemente efetivada aos longo dos anos, como reconhecem os próprios procuradores e promotores públicos.⁴⁷ Ainda, existem nos dias de hoje denúncias de um outro tipo de instrumentalização política, a da indicação por lideranças políticas locais para a nomeação para comandos policiais.⁴⁸ A perda do liame de instrumentalização, portanto, mesmo quando levada adiante, não induziu imediatamente à melhoria dos padrões de atuação conforme o direito.

Prado, Trebilcock e Hartford partem desta dicotomia para sugerir uma ordem para a efetivação de reformas na polícia, na linha de raciocínio elaborada por Trebilcock e Daniels, que busca estratégias de desvio das resistências políticas.⁴⁹ A prioridade deveria ser vincular as polícias a padrões de legalidade, para só em um segundo momento buscar reorganizá-las para se tornarem responsivas à sociedade civil, o que incluiria, avançam, a desmilitarização. A dificuldade em aceitar o argumento, porém, surge quando pensamos nos incentivos capazes de fomentar as alterações na estrutura, se bastam aqueles oriundos da própria organização. Tal como enunciado no estudo de Samira Nunes, o marco inicial para reformas na polícia militar durante os anos 1990 foi o episódio da Favela Naval, o qual, por ter abalado a credibilidade social da polícia militar, serviu de incentivo externo para uma revisão interna dos padrões de conduta.⁵⁰ A abertura social é, assim, fator relevante para mudanças em qualquer dos dois desafios.

⁴⁶ CANO, I; DUARTE, T; LIMA, R. *As corregedorias dos órgãos de segurança pública no Brasil: nota técnica de pesquisa*. Brasília, dez. 2014.

⁴⁷ CASTILHO, E; SADEK, M. *O Ministério Público federal e a Administração da Justiça no Brasil*. São Paulo: IDESP/Sumaré, 1998.

⁴⁸ RAUL Jungmann diz que não haverá indicações políticas na polícia durante intervenção no Rio. O Globo, Rio de Janeiro, 6 abr. 2018.

⁴⁹ PRADO, M; TREBILCOCK, M; HARTFORD, P. Police Reform in Violent Democracies in Latin America. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 4, n. 2, pp. 252-285, set. 2012. Também: TREBILCOCK, M; DANIELS, R. *Rule of Law Reform and Development: Charting the Fragile Path of Progress*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008

⁵⁰ NUNES, S. *Bandido bom é bandido morto: a opção ideológico-institucional da política de segurança pública na manutenção de padrões de atuação violentos da polícia militar paulista*. 2014. 146 f. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – FGV, São Paulo – SP.

De toda forma, como estratégia de implementação, pode ser produtivo concentrar os esforços iniciais para a redução dos índices de atuação arbitrária e de corrupção, deixando para etapa seguinte a reorganização interna e desmilitarização. As resistências à desmilitarização parecem ser maiores do que as resistências à vinculação aos padrões de legalidade, o que se explica pelo modo como as instituições criam os seus trajetos dependentes (*path dependence*): a militarização, uma vez instituída, orientou gerações de agentes policiais a se dedicar para a adequação aos critérios hierárquicos e corporativos de promoção na carreira. A alteração de estruturas organizacionais pode colocar a perder esforços acumulados em toda uma vida.

Mesmo como estratégia de implementação, no entanto, é preciso levar em conta a efetividade da proposta. Luiz Eduardo Soares, neste caminho, critica a militarização pela pouca eficiência em relação aos objetivos do policiamento.⁵¹ O argumento, vale notar, é semelhante ao sustentado por Sikkink e Kim sobre a relação entre controle e redução da violência estatal.⁵² Para o autor, as polícias militares estão submetidas a um modelo organizacional que, espelhado nas forças armadas, sendo fortemente verticalizado e rígido, é inapto ao cumprimento de sua missão. Confrontos quase-bélicos, que poderiam validar uma atuação espelhada nas forças armadas, correspondem a menos do que 1% das atividades da polícia militar. O restante das atividades teria natureza preventiva e exigiria do policial uma atuação de gestor da política de segurança no território, uma atuação que é bastante distinta daquela de soldado que executa as ordens ditadas por seus superiores. A atividade de policiamento exigiria a presença uniformizada e ostensiva, mas igualmente a "descentralização; valorização do trabalho na ponta; flexibilidade no processo decisório nos limites da legalidade, do respeito aos direitos humanos e dos princípios internacionalmente concertados que regem o uso comedido da força; plasticidade adaptativa às especificidades locais; capacidade de interlocução, liderança, mediação e diagnóstico; liberdade para adoção de iniciativas que mobilizem outros segmentos da corporação e intervenções governamentais inter-setoriais".⁵³ Neste sentido, apenas uma organização civil seria capaz de dar autonomia e cobrar responsabilidade dos gestores que atuam na ponta.

Por fim, é importante notar que mesmo a opção pela permanência da militarização - como estratégia inicial ou como concessão às carreiras existentes - deve incluir, para que se conforme aos padrões mínimos de um Estado de direito, a elaboração de critérios de responsividade e, assim, constitucionalização de parte dos códigos de conduta policiais utilizados no Brasil. Isso envolve, em alguma medida, repensar também as estratégias de ação. Uma orientação institucional para o *flagrante* que ocorre no policiamento ostensivo, à diferença da orientação para a investigação inteligente, acaba por intensificar a repressão a grupos negros de classe baixa, sem garantia de eficiência na segurança.

Para concluir, é possível dizer que, diferentemente do que destaca uma linha de interpretação no campo da justiça de transição, o problema maior da militarização não é tanto a origem da violência, se iniciada ou aprofundada com as alterações promovidas pelo regime militar. A obsessão com a origem, aliás, é uma das limitações deste campo teórico, pois

⁵¹ SOARES, L. E. *Arquitetura Institucional da Segurança Pública no Brasil: Três propostas de Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro, 2012.

⁵² SIKKINK, K; KIM, H. J. The Justice Cascade: The Origins and Effectiveness of Prosecutions of Human Rights Violations. *Annu. Rev. Law Soc. Sci.*, 2013.

⁵³ SOARES, L. E. *Arquitetura Institucional da Segurança Pública no Brasil: Três propostas de Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro, 2012.

obscorece desigualdades anteriores e posteriores às ditaduras. A violência contra a população negra é em muito anterior, já que remonta ao período escravocrata, mas é também posterior, em sua forma contemporânea de controle social, pois ressurgue com a política de encarceramento em massa intensificada nos anos 2000. O problema da militarização, ao contrário, deve ser analisado diante dos seus efeitos para a manutenção do atual estado de coisas, levando em consideração o modelo adequado à efetiva proteção dos cidadãos dentro do Estado de direito e a estratégia política que permitirá a sua implementação.

4.3 A reforma e a estratégia de implementação: entre o governo federal e os entes locais

O segundo desafio da segurança pública diz respeito ao regime constitucional federativo. Durante o regime militar, como vimos, em virtude da influência da doutrina de segurança nacional, a segurança interna foi federalizada: a direção foi progressivamente absorvida pelo governo federal militar, embora a manutenção direta tenha sido mantida em mãos dos Estados.⁵⁴ Durante a redemocratização, em decorrência de um desgaste social do autoritarismo e de um fortalecimento dos governadores após as eleições de 1982, o sistema de segurança foi parcialmente alterado, mas a única modificação relevante foi a descentralização. As competências retornaram aos Estados, mas a organização interna permaneceu a mesma.

Neste período, alguns Estados, como Rio de Janeiro e São Paulo, buscaram reformar as polícias. O sucesso, no entanto, foi mínimo. Em ambos os casos as organizações policiais, receosas pelo seu futuro, reagiram fortemente a quaisquer medidas de intervenção em sua estrutura. No caso de São Paulo, por exemplo, o projeto inicial do governador Franco Montoro foi logo alterado em tentativa de mitigar a rejeição, deixando de prever o fortalecimento das corregedorias para priorizar as academias de polícia, que afetariam de modo mais intenso apenas os futuros integrantes. Como mostra Mingardi - e, pode-se acrescentar, Murillo e Levitsky - a estabilidade das polícias dependia em alguma medida de uma baixa efetividade das regras legais. Uma reforma no sistema de controle precisaria ser gradual.⁵⁵

Durante a Assembleia Nacional Constituinte, o modelo foi constitucionalizado. O resultado foi um sistema paradoxalmente descentralizado e engessado. Descentralizado porque a competência material ficou com os Estados, sem previsão de responsabilidade para União e Municípios, à exceção de uma futura lei nacional de organização das polícias e de atribuição para criar guardas para proteção de bens e serviços municipais (art. 144, § 7º e 8º). Engessado porque, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal nos anos seguintes, as competências seriam típicas, sem margem para adaptação aos interesses locais e sem instrumentos adequados para a articulação entre os atores (organizações policiais e entes federativos).

Isso não quer dizer que União e Municípios tenham ficados ausentes do debate. Após um período inicial de abstenção, a partir de meados dos anos 1990 o governo federal deu início a uma série de projetos no setor. A primeira experiência relevante ocorreu no governo

⁵⁴ Decreto-lei federal n.º 317/67, o Decreto-Lei Federal n.º 667/69 e o Decreto Federal n.º 66.862/70.

⁵⁵ MINGARDI, G. *Tiras, Gansos e Trutas: cotidiano e reforma na Polícia Civil*. São Paulo: Scritta, 1992. Também: MURILLO, M; LEVITSKY, S. *Building Institutions on Weak Foundations: Lessons from Latin America*. Johns Hopkins University Press, v. 24, n. 2, abr. 2013.

Fernando Henrique Cardoso, com o Plano Nacional de Segurança Pública, a ser executado com recursos de um novo Fundo Nacional de Segurança Pública, por meio da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP). A segunda, já no governo Lula, ocorreu com o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI), que ampliou atuação e orçamento, prevendo investir cerca de R\$ 6 bilhões até 2012. Também os municípios foram politicamente forçados a adentrar no setor. De 2000 a 2015, o volume de gastos municipais na segurança passou de 0.03% para 0.08% do PIB.⁵⁶

O problema, porém, é a ausência de parâmetros comuns. Sem uma coordenação estratégica nacional, que defina, por exemplo, protocolos de registro, inexistem sequer informações sistematizadas capazes de subsidiar políticas públicas.⁵⁷ Da mesma forma, sem uma repartição de competências federais adequada, sobrepõem-se as atribuições das organizações policiais estaduais e guardas municipais, sem garantia de eficiência. A ausência de um sistema com integração entre os órgãos e entes federativos, parâmetros de gasto e de metas, tal como vem sendo construído para a saúde e educação, faz com que as políticas de segurança sejam conduzidas com improvisação e ineficiência.

Neste sentido, para a reforma do sistema de segurança, não basta refletir sobre aqueles preceitos que tradicionalmente estão vinculados ao estudo dos direitos humanos, como os protocolos de uso da força, o acesso ao habeas corpus, a existência de uma justiça militar. É preciso avançar também na estrutura de gestão e financiamento. Saber se a melhor política é a da Garantias de Lei e Ordem ou da Intervenção Federal no Rio de Janeiro, por exemplo, é, em grande medida, uma questão de política pública, gestão da administração e gestão de recursos financeiros, que deve levar em consideração o alto custo e a baixa clareza quanto às metas a ser alcançadas. Inclui o obstáculo material, anunciado por Trebilcock e Daniels, especialmente em tempos de carência financeira.⁵⁸

De toda forma, é interessante realizar aqui um contraponto a Murillo e Levitsky.⁵⁹ Se a América Latina produziu historicamente reformas bruscas, isso é apenas parcialmente verdadeiro para a segurança pública. O Brasil formulou, por um lado, seguidas políticas públicas de segurança marcadas pela descontinuidade, como são, por exemplo, as temporárias GLO's. No entanto, por outro, foi incapaz de realizar uma reforma estrutural. Neste aspecto, parece ter força o argumento institucionalista do *path dependence*: uma vez inseridos na organização, os agentes da segurança reagem às mudanças.

⁵⁶ PERES, U; BUENO, S; TONELLI, G. Os Municípios e a Segurança Pública no Brasil: uma análise da relevância dos entes locais para o financiamento da segurança pública desde a década de 1990. *Rev. bras. de seg. púb.*, São Paulo, v. 10, n. 2, pp. 36-56, Ago/Set 2016.

⁵⁷ FIGUEIREDO, I. *A Gestão de Informações e o Papel da Senasp*. In: IPEA. Boletim de Análise Político-Institucional, Política Nacional de Segurança Pública, n. 11. Brasília, 2017.

⁵⁸ TREBILCOCK, M; DANIELS, R. *Rule of Law Reform and Development: Charting the Fragile Path of Progress*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008.

⁵⁹ MURILLO, M; LEVITSKY, S. *Building Institutions on Weak Foundations: Lessons from Latin America*. Johns Hopkins University Press, v. 24, n. 2, abr. 2013.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo das reformas da segurança é beneficiado pelas contribuições das duas áreas de conhecimento aqui analisadas: justiça de transição, incluindo sua relação com os direitos humanos, e direito e desenvolvimento em sua vertente institucionalista. As duas áreas convergem ao reconhecer a necessidade e mesmo urgência, no caso brasileiro, de uma reforma nas políticas de segurança pública. Iluminam, porém, aspectos distintos e em geral complementares.

Os estudos de justiça de transição traçam uma linha de continuidade entre o período autoritário de 1964 a 1988 e o modelo de segurança pública violento e ineficiente dos dias de hoje. Embora seja preciso mediar o argumento em relação à muito anterior violência estatal, é preciso também reconhecer o seu acerto no que se refere à organização institucional. Como vimos, a arquitetura institucional de segurança pública, com sua falta de coordenação entre os atores federativos e organizações policiais, tem suas raízes nas opções legislativas e constitucionais do regime militar e da redemocratização.

Tanto os estudos de justiça transicional como as recomendações da Corte Interamericana de Direitos Humanos destacam a segmentação social dos desafios e das soluções. Por certo, os autores do direito e desenvolvimento analisados já reconhecem tal segmentação ao apresentar os obstáculos gerais e latino-americanos de natureza política. Os primeiros, partindo desta preocupação, avançam para a sugestão de modelos de reforma, como a criação de órgãos externos de investigação. De uma ou outra perspectiva, mostram ser imperativo ao Brasil ter em conta o impacto diferenciado das ações de segurança sobre raças e classes sociais. Uma reforma que desconsidere a desigualdade social, independentemente do modelo, peca pela ausência de legitimidade.

Talvez a principal contribuição dos estudos institucionalistas de direito e desenvolvimento seja o foco na dinâmica de concepção e efetivação das reformas, ou, nas palavras dos autores, na análise dos obstáculos. Sem esta contribuição, não existe avanço prático na solução dos problemas da segurança. Vimos presentes os três obstáculos indicados por Trebilcock e Daniels: os materiais, intensificados em período de crise fiscal, os culturais, resumidos na ideia de bandido bom e morto, e os políticos, os quais, principalmente, atravessaram as diversas tentativas de reformulação das políticas do setor.⁶⁰ Estes últimos ora configuraram empecilhos próprios das organizações policiais, como o fechamento do *espírito de corpo*, analisado sob a perspectiva do *path dependence*. Ora configuraram empecilhos próprios da América Latina, como a opção por seguidas políticas provisórias ou por regulamentos de baixo *enforcement*. Não à toa, os autores deste campo sugerem atuação estratégica, com prévia escolha das prioridades e da ordem cronológica de implementação, a qual poderia, ainda, incluir uma dilatação temporal da efetivação (*democratization on the installment plan*). Sugerem, ainda, envolver os agentes afetados nas mudanças propostas, no intuito de amenizar futuras resistências à implementação.

A reforma de segurança pública é hoje um dos desafios por ser enfrentados. O sucesso da empreitada, porém, exigirá não apenas vontade política, mas também apoio em estudos científicos que demonstrem os acertos e os equívocos de ideias generalizadas e pouco

⁶⁰ TREBILCOCK, M; DANIELS, R. *Rule of Law Reform and Development: Charting the Fragile Path of Progress*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008.

amparadas por dados. Exigirá também, identificação dos diversos grupos sociais atuantes e suas respectivas demandas, no intuito de prever resistências e buscar formas criativas de sua superação.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, P; TORELLY, M. O programa de reparações como eixo estruturante da Justiça de Transição no Brasil. In: F Reátegui (org.). *Justiça de Transição: Manual para a América Latina*. Brasília/Nova Iorque: Ministério da Justiça/ICTJ, 2011, p. 473-516.

BAYLEY, D. Law Enforcement and the Rule of Law: Is there a Tradeoff? *Criminology & Public Policy*, v. 2, n.1, 2002.

CALABRIA, C. Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, pp. 1286-1355, 2017.

CANO, I; DUARTE, T; LIMA, R. *As corregedorias dos órgãos de segurança pública no Brasil: nota técnica de pesquisa*. Brasília, dez. 2014.

CASTILHO, E; SADEK, M. *O Ministério Público federal e a Administração da Justiça no Brasil*. São Paulo: IDESP/Sumaré, 1998.

CAROTHERS, T. The Rule of Law Revival. *Foreign Affairs*, v. 77, n. 95, 1998.

CERQUEIRA, D; CARVALHO, A; LOBÃO, W; RODRIGUES, R. *Análise dos Custos e Conseqüências da Violência no Brasil*. Texto para discussão n. 1284. Brasília, junho de 2007.

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. *Informe 2016*. Buenos Aires, 2016

COSLOVSKY, S; PIRES, R; BIGNAMI, R. Resilience and Renewal: The Enforcement of Labor Laws in Brazil. *Latin American Politics and Society*, v. 59, n. 2, 2017.

DAKOLIAS, M. *O setor judiciário na América Latina e no Caribe: Elementos para reforma*. Documento técnico n. 319, Banco Mundial. Nova Iorque: Banco Mundial, 1996.

DANIELS, R; TREBILCOCK, M. The Political Economy of Rule of Law Reform in Developing Countries. *Michigan Journal of International Law*, v. 26, n. 1, 2004.

FERNANDO, B. Editorial: Institutional Reforms as an Integral Part of a Comprehensive Approach to Transitional Justice. *International Journal of Transitional Justice*, v. 8, 2014, 187–193.

FIGUEIREDO, I. *A Gestão de Informações e o Papel da Senasp*. In: IPEA. Boletim de Análise Político-Institucional, Política Nacional de Segurança Pública, n. 11. Brasília, 2017.

GUERRA, M. P. *Polícia e Ditadura: arquitetura institucional da segurança pública de 1964 a 1988*. Brasília: Ministério da Justiça / Comissão de Anistia, 2016.

HAYNER, P. *Unspeakable truths*. Facing the challenge of Truth Commissions. 2 ed. New York, London: Routledge, 2010.

KAUFMANN; KRAAY; MASTRUZZI. *Governance Matters VI: Governance Indicators for 1996-2006*. World Bank Policy Research Working Paper n. 4280, jul. 2007.

- LIGH, M; PRADO, M; WANG, Y. Policing Following Political and Social Transitions: Russia, Brazil, and China Compared. *Theoretical Criminology*, v. 19, n. 2, pp. 216-238, 2015.
- MAHONEY, J; THELEN, K. *Explaining Institutional Change: Ambiguity, Agency, and Power*. New York: Cambridge University Press, 2010.
- MAYER-RIECKH, A; GREIFF, P. *Justice as Prevention: Vetting Public Employees in Transitional Societies*. Nova Iorque: Social Science Research Council, 2007.
- MINGARDI, G. *Tiras, Gansos e Trutas: cotidiano e reforma na Polícia Civil*. São Paulo: Scritta, 1992.
- MUNIZ, J. A Crise de Identidade das Polícia Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. *Security and Defense Studies Review*, v. 1, p. 177-198, 2001.
- MURILLO, M; LEVITSKY, S. *Building Institutions on Weak Foundations: Lessons from Latin America*. Johns Hopkins University Press, v. 24, n. 2, abr. 2013.
- NAÇÕES UNIDAS. *Guidance Note of the Secretary-General: United Nations Approach to Transitional Justice*. Nova Iorque, março de 2010. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf>. Acesso em 20 de junho de 2018.
- NAGY, R. Transitional Justice as Global Project: critical reflections. *Third World Quarterly*, v. 29, n. 2, pp. 275-289, 2008.
- NORTH, D.C. *Institutional Change: a framework of analyses*. 1999. Disponível em <http://ecsocman.hse.ru/data/853/760/1216/9412001.pdf>. Acesso 28 de junho de 2012.
- NUNES, S. *Bandido bom é bandido morto: a opção ideológico-institucional da política de segurança pública na manutenção de padrões de atuação violentos da polícia militar paulista*. 2014. 146 f. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – FGV, São Paulo – SP.
- O'DONNELL, G; SCHMITTER, P; WHITEHEAD, L. *Transitions from Authoritarian Rule*. Londres: John Hopkins Univ. Press, 1986.
- OSMO, C. *Judicialização da justiça de transição na América Latina*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição, 2016.
- PEREIRA, A; UNGAR, M. The Persistence of Mano Dura: Authoritarian Legacies and Policing in Brazil and the Southern Cone. In: HITE; CESARINI (ed). *Authoritarian Legacies and Democracy in Latin America and Southern Europe*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2004.
- PERES, U; BUENO, S; TONELLI, G. Os Municípios e a Segurança Pública no Brasil: uma análise da relevância dos entes locais para o financiamento da segurança pública desde a década de 1990. *Rev. bras. de seg. púb.*, São Paulo, v. 10, n. 2, pp. 36-56, Ago/Set 2016.
- PRADO, M. The paradox of rule of law reforms: how early reforms can create obstacles to future ones. *Rev. Sociol. Política*, Curitiba, v. 21, n. 45, mar. 2013.
- PRADO, M; TREBILCOCK, M; HARTFORD, P. Police Reform in Violent Democracies in Latin America. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 4, n. 2, pp. 252-285, set. 2012.
- RAUL Jungmann diz que não haverá indicações políticas na polícia durante intervenção no Rio. *O Globo*, Rio de Janeiro, 6 abr. 2018.

ROCHA, A. P. *A gramática das polícias militarizadas: estudo comparado entre a Polícia Militar do Estado de São Paulo – Brasil e Carabineros – Chile em regimes políticos autoritários e democráticos*. 2013. 314 f. Tese (Doutorado no Centro de Pesquisa e Pós-Graduação das Américas). UnB, Brasília, DF.

SIKKINK, K; KIM, H. J. The Justice Cascade: The Origins and Effectiveness of Prosecutions of Human Rights Violations. *Annu. Rev. Law Soc. Sci.*, 2013.

SOARES, L. E. *Arquitetura Institucional da Segurança Pública no Brasil: Três propostas de Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www.luizeduardosoares.com/?p=997>>. Acesso em 25 abr. 2016.

TEITEL, R. *Transitional Justice*. New York: Oxford University Press, 2000.

TREBILCOCK, M; DANIELS, R. *Rule of Law Reform and Development: Charting the Fragile Path of Progress*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008.

UNODC. *Global Study on Homicide*. United Nations Office on Drugs and Crimes, Genebra, 2013.

WEICHERT, M. *The role of institutional reform in transitional justice and the obstacles for its development*. Trabalho apresentado na Global Fellows Forum, Hauser Global Program, New York University. Nova Iorque, 7 out. 2014.

WHO. *World Report on Violence and Health, World Health Organisation, Genebra, 2015*.



A CAPACIDADE CIVIL E A CURATELA PARA A PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL APÓS A LEI Nº 13.146/2015

THE CIVIL CAPACITY AND THE TRUSTEESHIP FOR PEOPLE WITH MENTAL DISABILITIES AFTER LAW Nº 13.146/2015

CARINA BAIA RODRIGUES* | NICOLAU ELÁDIO BASSALO CRISPINO**

RESUMO

O estudo objetiva expor as diferenças entre a curatela apresentada no Código Civil de 2002, em sua redação original, e a curatela exposta pela Lei nº 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência. Aborda a capacidade civil das pessoas com deficiência no decorrer dos Códigos Cíveis brasileiros, bem como o tratamento dispensado a tais sujeitos na codificação. Informa sobre a origem do Estatuto da Pessoa com Deficiência, revelando parte do entendimento doutrinário sobre a curatela e a capacidade civil nos moldes em que eram tratados antes da Lei nº 13.146/2015. Expõe a Tomada de Decisão Apoiada, inovação do sistema protetivo. Utilizou-se o método Dialético, com procedimentos secundários Histórico e Comparativo, posto que se buscou a gênese do instituto da curatela no ordenamento brasileiro para, posteriormente, realizar o confronto entre o modelo anteriormente estabelecido com aquele vigente a partir de 2016. Por fim, se chegou à conclusão de que a curatela, em seus novos contornos, bem como a Tomada de Decisão Apoiada, proporciona para a pessoa com deficiência mental maior autonomia bem como lhe promove a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Lei nº 13.146/2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Curatela. Capacidade Civil.

ABSTRACT

This study aims to expose the differences between trusteeship as presented in the original version of the Brazilian Civil Code of 2002, and trusteeship according to Brazilian Law for the Inclusion of People with Disabilities (Law 13,146 of 2015). It also addresses the civil capacity of people with disabilities as well as the treatment applied to such subjects by different Brazilian Civil Codes throughout history. It reports on the origins of the Statute of the People with Disabilities, revealing part of the doctrinal understanding of trusteeship and civil capacity prior to Law 13.146/2015. It exposes supported decision-making as innovation of the protective system. The Dialectic method was used, with historical and comparative methods as secondary procedures, since the genesis of the institute of trusteeship in Brazilian legal order was sought before the confrontation between the model previously established and the one valid since 2016 was carried out. Finally, we arrived to the conclusion that the trusteeship, in its new contours, along with supported decision-making, provides greater autonomy for people with disabilities and promotes the effectiveness of the dignity of the human person principle.

Keywords: Law 13.146/2015. Statute of the People with Disabilities. Trusteeship. Civil Capacity.

* Mestranda do Programa de Pós-graduação em Educação da Universidade Federal do Amapá. Auditora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Amapá.
carengaby@hotmail.com

** Doutor em Direito Civil pela USP. Professor do Curso de Graduação em Direito e do Mestrado em Direito Ambiental e Políticas Públicas da UNIFAP. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Amapá. Membro do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Diretor do IBDFAM no Estado do Amapá.
nicolaucrispino@gmail.com

Recebido em 31-10-2018 | Aprovado em 31-5-2019



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL NA PERSPECTIVA CIVIL BRASILEIRA; 1.1 Da deficiência mental; 1.2 Da capacidade civil e da curatela para a pessoa com deficiência mental; 2 ORIGEM DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA; 2.1 Alteração no paradigma da capacidade civil; 3 CRÍTICAS AO NOVO MODELO DE INCAPACIDADES ADOTADO PELA LEI Nº 13.146/2015; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

Na codificação civil brasileira a capacidade das pessoas com deficiência mental foi abordada de diversas maneiras de acordo com o contexto social do período em que se encontrava inserida. No Código Civil de 1916, por exemplo, estas pessoas eram denominadas de loucos de todo o gênero e consideradas absolutamente incapazes. O Código Civil de 2002, por seu turno, ao tratar da capacidade civil das pessoas naturais, classificava aquelas com deficiência mental em absolutamente ou relativamente incapazes, conforme seu grau de discernimento para a prática de atos da vida civil.

A imposição da incapacidade a determinadas pessoas era entendida como uma maneira de o Estado promover a proteção daqueles considerados vulneráveis dentro do ordenamento, consistindo, então, em um dever social estatal. Nesse sentido, as pessoas com deficiência mental foram por muito tempo consideradas incapazes em virtude da força da lei bem como do senso comum, contido no Direito Civil, de que estas não possuíam habilidades mentais capazes de lhes proporcionar segurança para a realização de seus atos civis.

Para as pessoas com deficiência mental, declaradas como incapazes recaía, então, a curatela que, segundo os ensinamentos de Abreu e Val¹, “consiste no encargo conferido a uma pessoa para que, em conformidade com os limites jurídicos, cuide da pessoa declarada incapaz”.

Gagliano e Pamplona Filho² afirmam que a curatela, em sua figura básica, visa a proteger a pessoa maior, padecente de alguma incapacidade ou de certa circunstância que impeça a sua livre e consciente manifestação de vontade, resguardando-se, com isso, também o seu patrimônio. Nesse sentido, o curador daria a atribuição de administrar seguramente os bens do incapaz, podendo inclusive substituir a sua vontade sempre que necessário a fim de resguardar o seu patrimônio.

Essa desconsideração da vontade da pessoa com deficiência, acrescida da restrição imposta quanto à gestão de seu patrimônio, acabava por invadir a sua própria personalidade, vez que interferia na autonomia existencial do indivíduo, o que produzia, por consequência, uma diminuição deste na esfera social. Diante disso, percebe-se que o Estado não conseguia

¹ ABREU, Célia Barbosa; VAL, Eduardo Manuel. *A flexibilização da curatela para o psicopata: uma interpretação constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio Grande do Sul: Ajuris, 2014. p. 111.

² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

promover para as pessoas com deficiência mental a dignidade da pessoa humana em toda sua amplitude, ferindo assim um princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Não obstante ao quadro apresentado, as discussões das Nações Unidas sobre o tratamento empenhado para as pessoas com deficiência progrediram significativamente de modo a direcionar os países na promoção da dignidade da pessoa humana e da igualdade de oportunidades para esse grupo de pessoas, visando assim a eliminação da discriminação em todas as suas formas.

A Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo foram assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, sendo que o Brasil ratificou tal Convenção por meio do Decreto nº 6.949, de 2009, que desencadeou a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi instituído pela Lei nº 13.146/2015, a qual trouxe ao ordenamento brasileiro significativas mudanças sobre o assunto, de maneira que o Código Civil de 2002 deixou de considerar os portadores de deficiência mental relativa ou absolutamente incapazes para considerá-los absolutamente capazes.

O presente estudo aborda aspectos relevantes quanto à evolução da capacidade civil e da consideração da vontade da pessoa com deficiência ao longo da legislação brasileira, buscando demonstrar que as alterações implementadas pela Lei nº 13.146/2015 concederam-lhe maior autonomia como sujeito detentor de direitos, o que tende a lhe proporcionar igualdade de condições para com os demais nacionais, bem como a tão almejada dignidade da pessoa humana.

É, portanto, necessário o estudo aprofundado da Lei nº 13.146/2015 para que haja reflexão da comunidade acadêmica acerca da temática e, ainda, o conhecimento da adaptação quanto às figuras que surgem com o referido diploma legal, tais como a Tomada de Decisão Apoiada e a Curatela Especial para aqueles que a lei passou a classificar como absolutamente capazes.

1 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL NA PERSPECTIVA CIVIL BRASILEIRA

O Brasil, no período que antecedeu a sua codificação civil, utilizou-se das Ordenações de Portugal como documentos de referência para tratar de tal matéria. Nas ordenações Afonsinas, vigentes até o ano de 1521, havia disposição no Livro IV, Título LXXXVI, de que os desassisados e pródigos deveriam receber curadores. O título revelava que se a justiça soubesse de que um sandeu, por causa de sua sandice, pudesse fazer mal ou dano à pessoa ou à fazenda deveria ser entregue ao seu pai, que seria seu curador, respondendo o pai pelos danos que o sandeu causasse. Nessa perspectiva, as pessoas com deficiência eram, portanto, consideradas incapazes e estavam sujeitas à curatela.

Nas Ordenações Manuelinas, que vigoraram de 1521 a 1603, o Livro IV tratava dos direitos civis e não existia detalhamento sobre a tutoria ou curadoria para aqueles que fossem considerados pródigos ou desassisados. Embora, previsse em seu Livro I, Título LXIX, que havia a figura do curador destinado ao amparo dos bens do ausente cativo em terras inimigas.

Finalmente, nas Ordenações Filipinas, que vigoraram por maior tempo no Brasil (de 1603 até a substituição gradativa de seus livros por normas específicas), no Livro IV, Título CII,

havia a previsão de curadoria para os pródigos e mentecaptos. Esse título se assemelhava com o antes exposto nas Ordenações Afonsinas, uma vez que determinava que se o juiz soubesse de que algum sandeu pudesse provocar danos à pessoa ou à propriedade deveria entregá-lo ao cuidado de seu pai, que exerceria boa guarda sobre ele e, segundo o referido texto, os bens do sandeu eram entregues ao seu pai que o manteria dali em diante.

Destaca-se que as Ordenações Filipinas colocavam a pessoa com deficiência mental em um mesmo nível de tratamento que os animais, vez que determinava, em seu art. 66, 3, do Livro I, que o poder de polícia deveria ser utilizado para conter o perigo proveniente da divagação dos loucos e dos animais ferozes.

Como se pôde observar, nas ordenações mencionadas, a pessoa com deficiência mental era tratada de forma pejorativa e discriminatória, sendo, designada como louco, desassisado e sandeu. Segundo Requião,³ isso se dava em virtude do momento em que se encontrava a medicina, considerando-se, por exemplo, que a psicofarmacologia, que propiciou tratamento a diversos sujeitos que antes estariam renegados à segregação, só começa a se desenvolver no início da década de 1950.

O Código Civil de 1916 também fez referência às pessoas portadoras de transtorno mental. Nesse diploma, se registrou novamente a presença da carga pejorativa atribuída a tais sujeitos, especificamente quando se referia a estes como loucos de todo o gênero. Segundo o mencionado código, eles eram absolutamente incapazes, inadmissíveis como testemunhas, incapazes de testar e estavam sujeitos à curatela.

O Código Civil de 2002 apresentou significativo avanço, quanto aos termos empregados no trato das pessoas com deficiência mental, ao utilizar de expressões como enfermidade ou doença mental para se referir às particularidades de tais pessoas. Nota-se, evolução não apenas nos termos apresentados, mas também na maneira com que o sujeito passa a ser percebido no ordenamento jurídico, posto que a codificação trazia a possibilidade de reconhecimento da capacidade relativa de acordo com o grau de discernimento do indivíduo. Como bem acentua Maria Berenice Dias:

Muitas vezes a mudança de palavras tem importante significado na construção de novos conceitos. Tal aconteceu com a forma de identificar um deficiente. Em um primeiro tempo chegou-se a chamá-los de “loucos de todo o gênero”. Depois passaram a ser nominados de “portadores de necessidades especiais”, ou “portadores de deficiências”. Atualmente a expressão considerada politicamente correta é: pessoas com deficiência⁴.

Apesar das importantes mudanças trazidas no Código Civil de 2002, a sua redação original ainda restringia significativamente o plano da autonomia da pessoa com deficiência mental, ao dispor, por exemplo, em seu art. 228, II, que não poderiam ser aceitos como testemunhas os que, por enfermidade ou retardamento mental, não tivessem discernimento para a prática de atos civis, ou ainda, em seu art. 1.548, I, que declarava nulo o casamento contraído pelo enfermo mental.

³ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Incapacidades e Interdição*. Juspodivm: Bahia. 2016.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p. 681.

1.1 Da deficiência mental

Apesar de a legislação ter tutelado em diversos momentos os interesses dos deficientes mentais, não se aprofundou ao descrever no que consistia a deficiência ou enfermidade mental, até mesmo porque diante de casos concretos cabe à perícia médica determinar o tipo de enfermidade mental e sua amplitude. De maneira que tais conceitos advêm da medicina e de seus desdobramentos, como a psiquiatria e a psicopatologia, e, muito embora influenciem na definição de determinadas situações jurídicas, são conceitos externos ao direito e à própria codificação civil, conforme assevera Requião:

Utiliza-se o termo transtorno mental para se referir à existência de uma doença ou síndrome que de alguma maneira faça com que o sujeito possua padrão psíquico que se afaste daquele considerado normal. É uma categoria que encontra suas bases na medicina, mais especificamente na psiquiatria e psicopatologia⁵.

Além da evidente influência da área da saúde, não se pode desconsiderar que incidem fatores sociais na construção do que se entende por transtorno mental. Por muito, preocupou-se em estipular um padrão social de normalidade quanto ao intelecto humano, os padrões, porém, sempre foram determinados pela visão do homem sobre o próprio homem, tratando-se, de uma construção ontológica, segundo a qual o ser humano é aquele dotado de razão, sendo que a ausência ou deficiência de razão seriam ensejadores de uma classificação da pessoa como um ser anormal.

Os critérios de normalidade e anormalidade, mais do que simplesmente consequências de fatores biológicos e químicos, o são com base em análise humana realizada sobre os mesmos. Assim é que a definição de regulamentação do patológico depende também de fatores culturais e transdisciplinares, passando por conhecimentos da área da medicina, da psicologia e do direito, sem que se pretenda estar realizando rol taxativo⁶.

Na tentativa de uma aproximação da definição legal do termo, destaca-se a Lei nº 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a qual considera em seu artigo 2º, que a pessoa com deficiência é aquela que tem o impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Em um sentido mais específico, prevê o Decreto Legislativo nº 5.296/2004, em seu art. 5º, alínea d, que a deficiência mental consiste no funcionamento intelectual

⁵ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Incapacidades e Interdição*. Juspodivm: Bahia. 2016. p. 150.

⁶ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Incapacidades e Interdição*. Juspodivm: Bahia. 2016. p. 83.

significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: comunicação; cuidado pessoal; habilidades sociais; utilização dos recursos da comunidade; saúde e segurança; habilidades acadêmicas; lazer e trabalho.

Pode-se então verificar que existe uma multiplicidade de conceitos, nas mais variadas áreas de conhecimento no que se refere às doenças mentais, não sendo objeto do presente estudo esgotar as significações do termo, de sorte que se utilizarão aqui genericamente as expressões pessoa com deficiência mental ou pessoa com transtorno mental para se referir aos sujeitos estudados.

1.2 Da capacidade civil e da curatela para a pessoa com deficiência mental

O Código Civil de 1916 criou um sistema de incapacidades fundamentado na proteção dos interesses patrimoniais do incapaz. A codificação baseava-se, portanto, na ideia de que o incapaz era um ser vulnerável e, conseqüentemente, merecedor de proteção específica. Assim, o art. 5º, II, do código de 1916 estabelecia que eram absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os loucos de todo o gênero.

Quanto a esse Código, destaca-se o que se entendeu por redução da autonomia das pessoas com transtorno mental, haja vista que não se reconheceram os intervalos lúcidos do sujeito como previsto nas Ordenações Filipinas, nas quais as ações do louco sobre seu patrimônio eram válidas, desde que ocorresse em seus intervalos de lucidez.

O Código Civil de 2002, por sua vez, não considerou os intervalos lúcidos e no que se refere à capacidade dotou de personalidade jurídica toda pessoa nascida com vida, o que implica dizer que tais pessoas são capazes em direitos e obrigações. Gagliano e Pamplona Filho⁷ lecionam que a essa capacidade adquirida com advento do nascimento dá-se o nome de capacidade de direito ou de gozo e é comum a todos os seres humanos pelo fato de que a personalidade jurídica é um atributo inerente a sua condição.

Entretanto, essa capacidade genérica concedida a todos pelo ordenamento não autoriza o sujeito a atuar sozinho em sua vida civil, tendo em vista que se cuidou legalmente em balizar a prática de determinados atos por aqueles que possuem limitações de natureza orgânica ou psicológica que em tese impossibilitariam a pessoa de opinar sobre a administração de seu patrimônio.

Para Gagliano e Pamplona Filho,⁸ quando a pessoa é capaz de atuar pessoalmente em seus atos, ou seja, quando possui aptidão para exercer pessoalmente os seus direitos diz-se que ela possui a capacidade civil de fato ou de exercício. Os autores completam afirmando que, se o sujeito possui a capacidade civil de direito acrescida à de fato ou de exercício, este possui então a capacidade civil plena. Em contrapartida, é importante que se trate da incapacidade absoluta, termo utilizado na codificação civil de 2002, que consiste na falta de aptidão para a prática de atos da vida civil, o absolutamente incapaz não possui, então, a capacidade de fato.

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2018.

Extrai-se do Código Civil de 2002 que a pessoa ao completar os dezoito anos de idade adquire a capacidade civil plena, no entanto, o próprio código limitou o pleno exercício da capacidade a determinadas pessoas, as quais foram julgadas incapazes de cuidar de seus próprios interesses.

Compunha o rol dos absolutamente incapazes, na redação inicial do Código de 2002, os que por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática de atos. Nessa perspectiva, os absolutamente incapazes não possuem capacidade de agir, sendo irrelevante, do ponto de vista jurídico o seu querer. Para que possam usufruir da capacidade de direito de que dispõem, devem agir representados por terceira pessoa. De sorte que o querer do representante determinará se o representado realizará ou não determinado ato jurídico.

A incapacidade impediria então que o sujeito realizasse o que se resguarda aos que possuem a capacidade civil de fato, como a prática de ato-fato jurídico, a manifestação de vontade por meio da realização de negócios jurídicos, aptidão para tornar-se empresário, além de diversos atos já apontados como: casar, testar, testemunhar, entre outros.

Não se pode negar que o Código Civil de 2002 representou significativo avanço no paradigma implementado ao determinar que a pessoa com deficiência mental seria considerada absoluta ou relativamente incapaz, a depender do seu grau de discernimento. Nota-se, com o reconhecimento parcial da autonomia apresentado, que tais pessoas iniciam um processo de validação da sua vontade. Como bem acentua Requião⁹: “Esta mudança, decerto, pode ser apontada como um avanço na regulação da limitação da autonomia, já que passou a guardar a autonomia do incapaz por distúrbios mentais, possibilitando-lhes, ao menos, alcançar a incapacidade relativa”.

Para as pessoas com deficiência mental, o Código de 2002 reservou a possibilidade de sujeição à curatela, conforme se verifica na redação do art. 1.767, antes da alteração promovida pela Lei nº 13.146/2015:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

- I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
- II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;
- III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
- IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

Nesse contexto, a curatela se apresentava como um instrumento protetivo e assistencial apto a conservar os interesses dos maiores de idade, os quais, por limitação legal foram declarados incapazes. É uma atribuição ordenada a alguém que se ache apto para zelar pelos interesses e patrimônio desse incapaz.

Entendia-se que o sujeito incapaz necessitava de alguém responsável pela suplementação de sua capacidade, vez que não possuía pleno discernimento. A curatela,

⁹ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Incapacidades e Interdição*. Juspodivm: Bahia. 2016. p.68.

segundo Dias,¹⁰ tem caráter supletivo da capacidade. “Trata-se ainda de um múnus público: encargo conferido por lei a alguém, para reger a pessoa e administrar os bens de maiores que, por si mesmos, não possam fazê-lo”.

A autora lembra, portanto, o interesse público presente no instituto, sendo a curatela um encargo imposto pelo Estado a alguém em prol de benefícios para a coletividade, assim, revela uma tendência legal de o Estado limitar o campo de atuação do sujeito, partindo do pressuposto de que as pessoas com deficiência mental não teriam habilidades suficientes para conduzir as suas vidas.

Apesar de a curatela se apresentar como instrumento protetivo destinado à administração patrimonial daqueles que não teriam (em tese) condições de fazê-lo, acabava por ferir a própria personalidade do sujeito, haja vista que as restrições introduzidas, ainda que apenas na regência dos bens, tocavam na autonomia existencial, de sorte que a curatela, como apresentada inicialmente na codificação civil tendia a tornar o interdito uma pessoa esvaziada de liberdade e de dignidade.

A despeito disso, acredita-se aqui que outro sentido se pode dar à palavra autonomia retirando-a do contexto meramente patrimonialista, e transportando-a até a esfera identificada com as liberdades pessoais do sujeito. É nesse sentido que se fala aqui de autonomia existencial. A autonomia existencial, portanto, se identifica com a liberdade do sujeito em gerir a sua vida, sua personalidade, de forma digna¹¹.

Como bem destaca o autor, a interferência estatal na autonomia do sujeito chegava ao ponto de influenciar na ausência de liberdade de forma que este não podia usufruir dignamente de sua vida e de sua própria personalidade. Desse modo, a doutrina debruçava-se sobre o sistema de incapacidades sem o necessário aprofundamento dessas questões relacionadas ao direito de personalidade do incapaz, o qual com a interdição, via-se tolhido, por vezes, de sua própria existência.

Dias¹², antes mesmo da entrada em vigor da Lei nº 13.146/2015, já indicava a necessidade de se proporcionar a maior liberdade possível ao curatelado, de modo que a interdição não implicasse na supressão de autonomia e dos espaços de liberdade do sujeito, isso porque a autonomia da vontade está intimamente ligada ao livre desenvolvimento da personalidade.

As restrições à incapacidade de agir não existem para alhear os incapazes, mas para integrá-los ao mundo estritamente negocial. Segundo Pietro Perlingieri, é preciso privilegiar, sempre que possível, as escolhas da vida que o deficiente psíquico é capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 682.

¹¹ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Incapacidades e Interdição*. Juspodivm: Bahia. 2016. p.31.

¹² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

legal absoluta, em uma "morte civil". Permitir que o curatelado possa decidir, sozinho, questões para as quais possui discernimento é uma forma de tutela da pessoa humana, pois a autonomia da vontade é essencial para o livre desenvolvimento da personalidade¹³.

Ficava evidenciado que os institutos protetivos para as pessoas com deficiência mental precisavam ser repensados, vez que a curatela, como instituída, se mostrava extremamente invasiva à personalidade do sujeito, o qual tinha, por vezes, o seu querer substituído pelas decisões de seu curador. Não há como se negar também a redução da dignidade da pessoa humana nessa relação, pois o incapaz, como já mencionado, acabava por se esvaziar de si mesmo no processo da interdição.

Integrada à ideia de amplitude do reconhecimento da vontade do interdito, Dias¹⁴ apresenta a possibilidade de gradação da curatela, pontuando que existem diversos graus de nível de consciência do interdito, de modo que o instituto deveria admitir gradações distintas de acordo com cada um deles.

Para a autora, a interdição absoluta é aquela que se procede no caso de ausência total de capacidade, posto que, caso o incapaz venha a praticar algum ato sozinho, a consequência jurídica é de nulidade, conforme preceitua o art. 166 do Código Civil. Por outro lado, a interdição deve ser limitada para os que possuem discernimento parcial, sendo que os atos praticados pelo parcialmente capaz não são necessariamente nulos, mas podem ensejar anulação.

Dias¹⁵ também sinalizava para a possibilidade de concessão de curatela compartilhada, ao dispor que, embora a previsão contida no Código Civil, art. 1.775, §1º conferisse legitimidade ao pai ou à mãe para o exercício da curatela, era necessário reconhecer a possibilidade de ambos os genitores exercerem de forma compartilhada tal tarefa, uma vez que não havia impedimentos para que exercessem o encargo em conjunto. Isso porque:

Situações particulares como a tutela de netos e a curatela de filhos não podem ficar atreladas à rigidez das normas nem prescindir da utilização de novos critérios hermenêuticos de afirmação, que cumprem a verdadeira finalidade do direito: garantir ao cidadão o exercício efetivo de seus direitos fundamentais¹⁶.

Como se pode observar, para que a curatela pudesse operar seus efeitos, era necessário o estabelecimento de um processo de interdição, por meio do qual a autoridade judiciária, após análise do caso concreto, determinava a substituição da vontade do curatelado pela do curador.

¹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 688.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.687.

Destaca-se que a solicitação da interdição poderia ser feita mesmo sem representar a vontade da família do interdito, sendo possível, por exemplo, o início do procedimento por solicitação do representante do Ministério Público. Tanto que Dias em seus ensinamentos ressalta que:

Em qualquer caso de doença mental, mesmo não sendo considerada loucura furiosa, o representante do Ministério Público está legitimado a promover a interdição, se os parentes, cônjuge ou companheiro não o tiverem feito. O simples fato de existir pessoa sujeita à curatela, porém não ainda interditada, já autoriza o Ministério Público a agir, não sendo necessário que notifique antes as demais pessoas mencionadas no art. 1.768, estipulando-lhes um prazo para suprir a omissão¹⁷.

A curatela deveria recair tão somente sobre o patrimônio do interdito, entretanto, a experiência brasileira demonstrou que a atuação do curador, por vezes, extrapolava a dimensão patrimonial. Os curadores da pessoa com deficiência, por exemplo, limitavam a liberdade de locomoção destes, tendiam a infantilizar a pessoa do interdito, negavam-lhe a possibilidade de envolvimento afetivo e desconsideravam a própria sexualidade do sujeito.

Até porque, ao tratar da possibilidade do portador de transtorno mental em ter relações sexuais, se termina, inevitavelmente retornando a problemas que estão no cerne da discussão sobre a sua autonomia, como a própria capacidade de consentimento e entendimento¹⁸.

Registra-se que o curador em um espírito paternalista, até mesmo porque pela regra do art. 1.775 e seus parágrafos do Código Civil, são o cônjuge, pais e descendentes que devem, prioritariamente, assumir esse encargo, tende a restringir o exercício de direitos por parte do interdito por entender que estes são desprovidos do preparo necessário para a prática desses atos. Conforme Requião:

Três são as atitudes normalmente adotadas diante do portador de deficiência: indiferença, caridade e paternalismo. Na indiferença, simplesmente se exclui o sujeito do convívio social [...]. Na caridade, muitas vezes haveria uma objetificação do deficiente, que é utilizado como meio para que possa o caridoso alcançar suas boas obras. Por fim, no paternalismo, embora a pessoa portadora de deficiência tenha direitos, não estaria preparada para exercê-los¹⁹.

Em verdade, o sistema de incapacidades para as pessoas com deficiência mental, como proposto pelo Código Civil de 2002, desconsiderou fortemente a vontade de tais pessoas sob o argumento de existir um dever social do Estado em preservar o patrimônio destas, o que

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito de família*. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 406.

¹⁸ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Incapacidades e Interdição*. Juspodivm: Bahia. 2016. p. 135.

¹⁹ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Incapacidades e Interdição*. Juspodivm: Bahia. 2016.. p.135

justificaria, portanto, a substituição da vontade do incapaz pela de seu curador em uma receita rígida que não permitia espaços para manifestação dos anseios do curatelado.

A Lei nº 13.146, de 2015, se insurge como um marco promotor da alteração desse sistema de incapacidades, de sorte que, a partir da entrada em vigor dessa lei no ordenamento jurídico, ineditamente, a vontade da pessoa com deficiência mental, antes considerada absolutamente incapaz, foi finalmente considerada na gerência de sua vida.

2 ORIGEM DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Em um obscuro período da história, as diferenças entre os seres humanos eram promovidas e destacadas como um motivo fundamental para a supressão de direitos e para a desconsideração de determinados grupos como detentores da dignidade humana, havia, portanto, um motivo legitimador do desprezo para com estes grupos. Piovesan²⁰, destaca que, em situações limites, o homem foi considerado um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo.

Piovesan observa que as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do “eu *versus* o outro”, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. Esse destaque e rejeição da diversidade, se vê perfeitamente demonstrado nos horrores vivenciados na Segunda Guerra Mundial, especialmente, pelos atos praticados na Alemanha nazista, momento no qual se evidenciou a necessidade de uma tutela internacional que reconhecesse o homem como sujeito de direitos independentemente de etnia, religião ou outro meio discriminatório.

A proteção dos sujeitos a cargo unicamente do Estado mostrou-se, portanto, insuficiente, de sorte que as nações revelaram ser indispensável um tratamento digno e igualitário a ser despendido a todo o ser humano indistintamente. Nessa perspectiva, Piovesan acentua que: “Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional”.

Nesse sentido, a primeira fase internacional dos Direitos Humanos, marcada pela elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, demonstrava o repúdio internacional pela promoção da diferenciação dos homens. Ao afirmar que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, a Declaração apresenta uma proteção geral, destinada ao homem em virtude de sua condição de pessoa, à qual seria a única necessária para o fazer titular de direitos.

Esta fase baseava-se, então, na igualdade formal entre os homens. Após a referida Declaração, surge no cenário internacional uma série de outros instrumentos de promoção e de proteção aos direitos, seguindo, de igual modo, a concepção de igualdade formal então apresentada.

Paralelamente, implementavam-se discussões sobre a necessidade da proteção específica de determinados grupos, diante da existência real de práticas discriminatórias que

²⁰ PIOVESAN, Flávia. *in* *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD): Brasília, 2014.

atingiam de forma desproporcional, principalmente, as minorias étnico-raciais e as mulheres. É a chamada segunda fase de proteção dos direitos humanos, baseada na igualdade material. Nela, se destacam a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência Contra a Mulher, de 1979, e a Convenção da ONU Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, de 2006.

Enquanto o sistema protetivo da primeira fase dos direitos humanos centrava seus esforços no direito à igualdade, proibindo todas as formas de discriminação, a segunda fase reconheceu que era necessário o ajuste entre a não discriminação e as políticas compensatórias, com vistas a acelerar a efetividade da igualdade como processo. Nesse sentido, Piovesan afirma que “Para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão dos grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais”²¹.

Especificamente, sobre o grupo das pessoas com deficiência mental, há de se destacar que estas enfrentaram, por um longo período, todo o tipo de prática discriminatória, como a perda de privacidade, de liberdade e de domínio sobre os seus próprios corpos, foram desconsideradas como sujeitos de direito, julgados indignos até mesmo do convívio com os demais.

Com vistas a promover a igualdade material para as pessoas com deficiência, a Convenção da ONU Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, e o seu Protocolo Facultativo, assinados em 30 de março de 2007, reafirma os diversos valores e princípios já confessados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, inovando ao reconhecer, em seu preâmbulo, que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano e que existe a necessidade de promover e proteger os direitos humanos das pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem um maior apoio.

O texto reflete ainda a preocupação das nações com o fato de que, não obstante os diversos instrumentos e compromissos assumidos por elas, as pessoas com deficiência continuam a enfrentar barreiras contra sua participação como membros iguais da sociedade e violações de seus direitos humanos em todas as partes do mundo, destacando-se a importância da cooperação internacional para melhorar as condições de vida das pessoas com deficiência.

Em âmbito nacional, o Congresso, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 2008, aprovou o texto da Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, observando o disposto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

No ano de 2009, o então presidente do Brasil promulgou a referida Convenção por meio do Decreto nº 6.949. Destaque-se que por terem sido preenchidos os requisitos do art. 5º, § 3º da Constituição Federal, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com

²¹ PIOVESAN, Flávia. *in* *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD): Brasília, 2014. p. 17

Deficiência figura atualmente no ordenamento Jurídico Brasileiro como texto formalmente constitucional.

Em 6 de julho de 2015, foi promulgada a Lei nº 13.146, de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a qual em seu art. 1º, concorda com os termos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, ao informar que a referida lei se destina a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando a sua inclusão social e cidadania. Sobre o estatuto:

Em verdade, este importante Estatuto, pela amplitude do alcance de suas normas, traduz uma verdadeira conquista social. Trata-se, indiscutivelmente, de um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis²².

O citado sistema normativo inclusivo se vê demonstrado no longo de todo o estatuto, sendo que, na oportunidade, se destaca a confirmação do art. 4º de que toda a pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e que não sofrerá nenhuma espécie de discriminação, e o que dispõe o art. 6º de que a deficiência não afeta a capacidade civil da pessoa, inclusive para: casar, exercer direitos sexuais e reprodutivos, decidir o número de filhos a ter, conservar a sua fertilidade, exercer o direito à família e à convivência familiar, bem como de exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Diante do idealizado por meio do Estatuto da Pessoa com Deficiência, nasceu a necessidade de se alterar diversos dispositivos infraconstitucionais visando à compatibilização das normas então vigentes com a promoção a dignidade apresentada, sendo que uma das alterações mais marcantes foi a sofrida pelo Código Civil quanto à capacidade das pessoas e às disposições gerais sobre a curatela, as quais serão oportunamente tratadas no curso do presente estudo.

2.1 Alteração no paradigma da capacidade civil

A Lei nº 13.146/2015 provocou significativa alteração no modelo então consolidado, ao deixar claro em seu art. 6º que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Nesse sentido, já se registra um reconhecimento gradativo dos direitos então negados para as pessoas com deficiência mental, como o direito de constituir família e de ter o seu

²² GAGLIANO, Pablo Stolze. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil*. p.01.

casamento reconhecido, conforme se extrai de notícia publicada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, de dezembro de 2016. Tal notícia informa sobre a realização de casamento inéxito de pessoas com deficiência:

Em 17 de fevereiro, o Cartório de Registro Civil de Arthur Nogueira (SP) realizou o primeiro casamento de pessoa com deficiência intelectual no país. Depois de 19 anos de convivência e um filho de 17 anos, R.A.O.L, 44 e J.F.D, 53, finalmente se casaram [...]

O titular responsável pelo cartório de Artur Nogueira, Fernando Marchesan Rodini Luiz, comentou sobre a importância da data e explicou que a pessoa interdita, assim como no caso de R. A. O. L, era considerada completamente incapaz, e para se casar dependia de uma ordem judicial. Mas, segundo ele, atualmente uma pessoa com deficiência intelectual não é mais considerada como totalmente incapaz, ou seja, qualquer pessoa nesta condição é considerada relativamente capaz, podendo gerir os seus atos da vida pessoal.

[...]

A mudança implementada pelo texto faz parte do abandono do paradigma da exclusão, em busca da plena e efetiva inclusão da pessoa com deficiência no convívio social. Havendo vícios de consentimento ou manifestação de vontade, o casamento poderá ser anulado. A regra é a validade, sendo exceção a anulação do matrimônio, que deverá ser buscada judicialmente, momento em que serão produzidas as provas cabíveis. Segundo a Organização Mundial de Saúde, 10% da população em países em desenvolvimento possuem algum tipo de deficiência, sendo que metade são pessoas com deficiência intelectual. Atualmente, no Brasil, existem 45 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência.²³

Observa-se que além de elevar o deficiente mental ao status de plenamente capaz, o Estatuto da Pessoa com Deficiência conserva a presença da curatela que, como estudado, se destina à proteção do maior absolutamente incapaz, sendo que pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro apresentou-se a possibilidade de curatela, ainda que, sob nova perspectiva, para a pessoa absolutamente capaz.

Quanto às inovações da curatela, há de se destacar que, nos termos do art. 84, § 1º, do referido Estatuto, quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei, sendo que para o § 3º, a curatela de pessoa com deficiência se constitui em medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

Na medida em que o Estatuto é expresso ao afirmar que a curatela é extraordinária e restrita aos atos de conteúdo patrimonial ou econômico, desaparece a figura da “interdição completa” e do “curador todo poderoso e com poderes indefinidos, gerais e ilimitados”. Mas por óbvio, o procedimento de interdição (ou de curatela) continuará existindo, ainda que em uma nova perspectiva, limitada aos atos de conteúdo econômico ou patrimonial²⁴.

²³ IBDFAM. *Cartório paulista sai na frente e realiza casamento inéxito de pessoa com deficiência depois da lei Brasileira de inclusão*. Ano 2016. p. 01.

²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. *É o fim da interdição?* 2016. p.02.

O instituto da curatela, até então rígido, absoluto, e substitutivo da vontade da pessoa, ganha novos contornos, se apresentando agora como medida excepcional, delimitado às reais necessidades do interdito, os próprios poderes do curador são determinados e concedidos por tempo certo. Esse modelo passa a considerar gradativamente a exteriorização dos anseios da pessoa com deficiência mental, promovendo-lhe dignidade enquanto pessoa humana.

Em verdade, o que o Estatuto pretendeu foi, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser “rotulada” como incapaz, para ser considerada – em uma perspectiva constitucional isonômica – dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil²⁵.

A jurisprudência mais recente de alguns Tribunais, como do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Acre, por exemplo, já se mostra compatível com as mudanças implementadas no paradigma da capacidade civil, considerando as disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência, conforme pode se verificar a seguir:

EMENTA: APELAÇÃO - AÇÃO DE INTERDIÇÃO - ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA / LEI Nº 13.146/2015 - DECLARAÇÃO DE INCAPACIDADE ABSOLUTA - DESCABIMENTO - LIMITES DA CURATELA - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA Nos termos da Lei n. 13.146/2015, que, ao instituir a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), revogou dispositivos do Código Civil, o exercício da curatela pressupõe alguns limites, não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. Recurso parcialmente provido²⁶.

EMENTA: DIREITO CIVIL. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INTERDIÇÃO. CURATELA. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. IMPOSSIBILIDADE AFASTADA. INCAPACIDADE DESCARACTERIZADA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O Código Civil passou por diversas alterações introduzidas pelo Estatuto das Pessoas Portadoras de Deficiência, notadamente quanto à capacidade dos deficientes, incluindo o instituto da curatela, tornada medida excepcional, limitadas às hipóteses do art. 1767, do Código Civil, que refogem ao caso concreto. 2. Apelação desprovida²⁷.

Destaca-se que o Estatuto da Pessoa com deficiência incluiu no Código Civil, o art. 1.775-A, segundo o qual, na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa. Relembra-se aqui dos

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. *É o fim da interdição?* 2016p. 03.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC: 10000180663346001 MG, Relator: Kildare Carvalho, Data de Julgamento: 02/04/0019, Data de Publicação: 05/04/2019

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. APL: 07000263220148010011 AC 0700026-32.2014.8.01.0011, Relator: Eva Evangelista, Data de Julgamento: 10/12/2018, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 20/12/2018

apontamentos de Dias,²⁸ segundo os quais, tal medida reflete na garantia para o cidadão do pleno exercício de seus direitos fundamentais.

Diante das evidentes alterações na capacidade civil da pessoa com deficiência mental e da curatela destinada a estes, surge um natural questionamento, qual seja, o procedimento de interdição permanecerá vigente no sistema civil? Para responder ao questionamento parece razoável aceitar a posição de Gagliano²⁹, o qual aduz que o procedimento de interdição continua a existir, ainda que sob uma nova perspectiva, limitado efetivamente aos atos de conteúdo econômico e patrimonial.

Sobre as interdições em curso, vale destacar que por alterar normas reguladoras de um aspecto fundamental (personalidade) o Estatuto porta aplicabilidade e eficácia imediatas, de sorte que mesmo para as interdições concretizadas e para as que se encontram em curso a pessoa passa a ser considerada absolutamente capaz.

Não se fala de uma suspensão total das interdições já efetivadas, mas sim de uma reconsideração quanto a sua abrangência, que deve considerar as restrições impostas pelo próprio Estatuto, ficando, por exemplo, o curador limitado à prática de atos meramente patrimoniais.

Rosenvald³⁰ dispõe que a própria pessoa interessada será legitimada a pleitear o apoio, em substituição ao regime da curatela, na busca por um regime que recupere a capacidade fática, com menor limitação. Do que se extrai que nada obsta a solicitação da alteração da interdição pelo procedimento da tomada de decisão apoiada, uma vez que consiste em uma medida menos restritiva da autonomia existencial.

O art. 84, §2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência e art. 1.783-A do Código Civil, indicam que a Tomada de Decisão Apoiada é uma medida facultada à pessoa com deficiência, segundo a qual, o sujeito elege ao menos duas pessoas idôneas com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

A Lei inova, ao apresentar mais um instrumento ao sistema protetivo destinado às pessoas vulneráveis que até contava, fundamentalmente, com a Tutela para o menor de idade e a Curatela para o maior de idade incapaz. Ao que Rosenvald discorre:

Cuida-se de figura bem mais elástica do que a tutela e a curatela, pois estimula a capacidade de agir e a estabelecer a condição e qualidade das medidas de apoio e, se necessário, ser inscrita no Registro de Estado Civil e Capacidade de Pessoas. autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade da pessoa. Não se trata de um modelo limitador da capacidade de agir, mas de um remédio personalizado para as necessidades existenciais da pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial

²⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. *É o fim da interdição?* 2016.

³⁰ ROSENVALD, Nelson. *A Tomada De Decisão Apoiada – Primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência*. 2015.

surtem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano³¹.

Diferente da curatela, que tende a restringir a capacidade de agir do sujeito, primordialmente quanto ao seu patrimônio, a Tomada de Decisão Apoiada considera as necessidades existenciais das pessoas com deficiência mental, não se restringindo à administração dos bens desta, mas se revelando, conforme citado, em um remédio personalizado destinado ao próprio cuidado humano.

Outra diferença que se destaca com relação à curatela é que a indicação dos prestadores de apoio parte de uma indicação da própria pessoa com deficiência, a qual elegerá seus auxiliares de acordo com os vínculos e com a confiança existentes entre eles e o apoiado. Não parte, portanto, de imposição estatal como acontece com a curatela.

Sobre a possibilidade de escolha dos auxiliares, Requião³² registra que se privilegia, assim, o espaço de escolha do portador de transtorno mental, que pode constituir em torno de si uma rede de sujeitos baseada na confiança que neles têm, para lhes auxiliar nos atos da vida civil.

Para formulação do pedido da Tomada de Decisão Apoiada é necessário que a pessoa com deficiência e seus apoiadores apresentem, em juízo, termo que informe o tipo de apoio solicitado, bem como os compromissos dos apoiadores, devendo constar ainda o prazo de vigência do termo. O art. 1.783-A, § 9º, do Código Civil, informa ainda que a qualquer tempo pode solicitar o término do acordo firmado no processo de Tomada de Decisão Apoiada.

Pode ocorrer, entretanto, de o juiz ou o Ministério Público constatar que, devido a agravamentos do estado psicológico do sujeito, a Tomada de Decisão Apoiada já não surte o efeito desejado, caso em que a medida de apoio poderá cessar com a decretação da curatela e, conseqüente, substituição dos apoiadores designados por curador.

Rosenvald³³ (2015) informa que a intervenção na autonomia se dará, nesse novo sistema, em uma gradação tripartite, no primeiro caso, as pessoas com deficiência terão capacidade plena, no segundo, as pessoas com deficiência se servirão da Tomada de Decisão Apoiada a fim de exercer a sua capacidade em igualdade de condição que os demais e, finalmente, a pessoa qualificada para a curatela em razão de impossibilidade de autogoverno serão interditadas.

3 CRÍTICAS AO NOVO MODELO DE INCAPACIDADES ADOTADO PELA LEI Nº 13.146/2015

Apesar de todos os avanços já elencados, é evidente que uma alteração tão significativa no sistema de incapacidades civil resulta, em um primeiro momento, em

³¹ ROSENVALD, Nelson. *A Tomada De Decisão Apoiada – Primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência*. 2015. p.02.

³² REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Incapacidades e Interdição*. Juspodivm: Bahia. 2016.

³³ ROSENVALD, Nelson. *A Tomada De Decisão Apoiada – Primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência*. 2015.

incertezas quanto a sua efetiva aplicação e quanto à possibilidade de cumprimento dos objetivos almejados pela nova legislação.

Há, ainda, que se considerar a necessidade de se operar uma desconstrução ideológica por parte daqueles que por muito tempo acreditaram fielmente que a melhor forma de proteger os interesses da pessoa com deficiência é a interdição. Nesse sentido, e considerando o próprio método aplicado no presente trabalho é necessário abordar, mesmo que brevemente, as principais críticas observadas sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Simão³⁴, assim como outros autores desfavoráveis ao Estatuto, entende que, quando a Lei nº 13.146/2015 passa a considerar as pessoas com deficiência mental absolutamente capazes, a prescrição e a decadência podem correr contra estas, uma vez que não foram alterados os artigos 198, I, e 208, do Código Civil, o que seria extremamente prejudicial para elas.

Ainda, segundo o raciocínio do autor, a quitação dada pela pessoa com deficiência será considerada eficaz e válida, conforme art. 310 do Código Civil. Haverá também a seu entender a necessidade de o deficiente exprimir sua vontade para o recebimento de doações, o que, atualmente, era dispensado nos termos do art. 543 do Código Civil, o que seria prejudicial àqueles impossibilitados de manifestar a sua vontade.

Outro ponto destacado, reside na reponsabilidade por danos, haja vista que, ao seu entendimento, a concessão da capacidade absoluta resulta que a pessoa com deficiência “passará a responder com seus próprios bens pelos danos que causar a terceiros, afastando-se a responsabilidade subsidiária criada atualmente pelo artigo 928 do CC.”³⁵

Mesmo respeitando as considerações trazidas pelo autor, há de se lembrar que a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual originou a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro como norma formalmente constitucional, estando, portanto, em um nível hierárquico superior ao próprio Código Civil, de sorte que o mesmo deve ser interpretado, quando de sua aplicação, de acordo com os preceitos ali adotados.

Leciona Santos³⁶ que os dispositivos da Lei nº 13.146/2015 devem ser cotejados e interpretados, inevitavelmente, em conformidade com as normas e princípios constantes na Convenção das Pessoas com Deficiência, o que, a rigor, corresponde ao raciocínio de que as leis ordinárias devem ser interpretadas de acordo com a Constituição.

É evidente que o ordenamento não deixou de considerar a pessoa com deficiência como um sujeito vulnerável, tanto o é que os instrumentos protetivos foram repensados em prol dessa dita vulnerabilidade, não cabendo afirmar, de pronto, que o Estatuto surge como um regramento essencialmente prejudicial aos sujeitos por ele tutelados. Nesse sentido:

O que não se pode, em absoluto, é permitir que normas jurídicas que vieram a lume para proteger o direito das pessoas com deficiência sirvam para agravar a sua

³⁴ SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade*. 2015.

³⁵ SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade*. 2015. p.05.

³⁶ SANTOS, Bruno Henrique Silva. *Prescrição e decadência contra as pessoas com deficiência após a promulgação da Lei n. 13.146/15: uma análise constitucional*. 2016.

situação, deixando-as em um estado (ainda maior) de vulnerabilidade que não existia anteriormente.

[...]

O que a Convenção pretende deixar claro, com isso, é que as suas disposições jamais poderão servir para a redução da esfera de proteção das pessoas com deficiência quando as normas internas do Estado Parte sejam mais favoráveis.³⁷

O pensamento do autor parece bem acertado para os casos mencionados, ainda que seu estudo se debruce apenas sobre a prescrição, uma vez que o art. 4º, 4, da Convenção deixa evidente que nenhum dispositivo dela afetará disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado.

É notório que, em razão da aparente incompatibilidade entre alguns dispositivos do Código Civil e da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, cabe a interpretação do Código de acordo com a Constituição, de forma que não sejam reduzidos direitos anteriormente concedidos aos vulneráveis, o que não representa tratamento diferenciado com relação a estes, posto que o art. 5º, 4 da referida Convenção afirma que as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.

Na oportunidade, relembra-se que a igualdade para as minorias não se esgota no campo meramente formal, seguindo a fórmula de que todos são iguais sem distinção, carecendo de consideração o aspecto material para que o ordenamento jurídico possa dar efetividade na promoção da igualdade.

■ CONCLUSÃO

Cabe lembrar que o estudo tinha como hipótese que o reconhecimento da capacidade civil daqueles que possuem deficiência mental tendia a concedê-los maior dignidade da pessoa humana. De sorte que os estudos realizados demonstram que:

a) Os instrumentos protetivos antes postos, eram considerados rígidos, e visavam substituir a vontade da pessoa então considerada incapaz, mostrando-se extremamente invasivos e, na prática, não se restringiam apenas à esfera patrimonial da pessoa, tocando em verdade na sua autonomia existencial resultando em violação na própria personalidade do sujeito, motivos pelos quais já se indicava a necessidade de revisão da teoria das incapacidades utilizada.

b) O Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe uma reorganização nos padrões de capacidade civil. A Curatela bem como a Tomada de Decisão Apoiada tais quais apresentadas na legislação em vigor tendem a contribuir gradativamente para a valorização de um grupo antes desvalorizado na esfera civil.

³⁷ SANTOS, Bruno Henrique Silva. *Prescrição e decadência contra as pessoas com deficiência após a promulgação da Lei n. 13.146/15: uma análise constitucional*. 2016. p. 05.

c) Verificam-se os avanços registrados no decorrer da legislação civil, que, em um primeiro momento, considerava o “louco de todo gênero” absolutamente incapaz, o qual não podia sequer ter um casamento considerado válido para o estado atual, que o valoriza efetivamente enquanto ser humano, considerando-o capaz de exercer seus direitos em igualdade de condições e possibilitando a este gerência mais amplamente da sua própria vida.

d) A Lei nº 13.146/2015 não deixou de reconhecer que a pessoa com deficiência mental é vulnerável, e por consequência merecedora de maior atenção, mas cuidou em conceder maior liberdade para a sua consideração como pessoa, o que se mostra absolutamente compatível com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Após a apresentação de tais argumentos, a pesquisa concluiu pela confirmação da hipótese levantada, entretanto, cabe destacar que a alteração legislativa, por si só, não garante a implementação de todos os direitos idealizados na Lei nº 13.146/2015, sendo necessária a modificação cultural dos próprios operadores do direito, que devem iniciar uma desconstrução ideológica, que, pode acabar se estendendo por longos anos.

A retirada da condição de incapaz não garante o pleno exercício de direitos da pessoa com deficiência mental, devendo o Estado honrar os compromissos assumidos internacionalmente enquanto signatário da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência promovendo as políticas públicas necessárias à efetivação do referido dispositivo.

As dificuldades, quanto à aplicação do novo sistema de capacidades, poderão ser superadas no momento em que o respeito pela existência do outro e por seus direitos for reconhecido nacionalmente, o que se processará, por meio da educação e informação de tais direitos, de forma ampla e contínua.

REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa; VAL, Eduardo Manuel. *A flexibilização da curatela para o psicopata: uma interpretação constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça*. Revista da AJURIS – v. 41 – n. 134 – Rio Grande do Sul: Ajuris, 2014. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/197>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *É o fim da interdição?* Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao>>. 2016. Acesso em: 04 abr. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. – (Coleção sinopses jurídicas; v. 2)

IBDFAM. *Cartório paulista sai na frente e realiza casamento inédito de pessoa com deficiência depois da lei Brasileira de inclusão*. Ano 2016. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5919/Cart%C3%B3rio+paulista+sai+na+frente+e+realiza+o+primeiro+casamento+de+pessoa+com+defici%C3%Aancia,+depois+da+Lei+Brasileira+de+Inclus%C3%A3o>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *in Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD): Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*. Coimbra: na imprensa de Portugal, 1792. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/20280>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. 14ª edição segundo a primeira de 1603 e a 9ª de Coimbra de 1824, por Candido Mendes de Almeida. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

PORTUGAL. *Ordenações Manuelinas*. Coimbra: na real imprensa da Universidade, 1797. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17841>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Incapacidades e Interdição*. Juspodivm: Bahia. 2016

ROSENVALD, Nelson. *A Tomada De Decisão Apoiada – Primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência*. 2015. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/artigos-juridicos>>. Acesso em: 21 out. 2016.

SANTOS, Bruno Henrique Silva. *Prescrição e decadência contra as pessoas com deficiência após a promulgação da Lei n. 13.146/15: uma análise constitucional*. Disponível em: <<https://jus.com.br/1403953-bruno-henrique-silva-santos/publicacoes>>. 2016. Acesso em: 23 out. 2016.

SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. 2015. Acesso em: 11 abr. 2016.



INQUISIÇÃO E JURISDIÇÃO: O CONFLITO SOBRE O CRIME DE BIGAMIA

INQUISITION AND JURISDICTION: CONFLICTS ON THE CRIME OF BIGAMY

GUSTAVO CÉSAR MACHADO CABRAL* | ANA LUIZA F. GOMES SILVA** | VICTOR ALVES MAGALHÃES***

RESUMO

O objetivo deste ensaio é analisar a discussão sobre a competência originária para o crime de bigamia no início do século XVII, em face da jurisdição eclesiástica ter entrado em confronto com a da Inquisição, que ocorreu no âmbito do império colonial português. A metodologia utilizada envolveu tanto o estudo de fontes primárias, que ilustram os debates que ocorreram acerca da temática, bem como o posicionamento de estudiosos do período. Os resultados alcançados demonstram que o processo de tentativa de encontrar uma solução definitiva para o conflito envolveu diversas esferas, destacando-se o apelo ao papa e a mediação do próprio rei em desentendimentos internos da Igreja Católica, percebendo-se que a tônica no cenário multinormativo do contexto colonial português envolveu diversas jurisdições, que não necessariamente sobrepujavam as outras envolvidas, mesmo quando entravam em conflito.

Palavras-chave: Bigamia. Direito Colonial. Inquisição. Jurisdição. Portugal.

ABSTRACT

This study aims to analyze the original jurisdiction to the crime of bigamy in the early 17th century, when ecclesiastical jurisdiction claimed for a supremacy in that matter against Inquisition in Portuguese Empire. The methodology includes both primary sources which illustrate the debates that time and contemporary literature. As a result, we realized that many actors influenced in the attempt to find a final solution for this conflict, such as the appeal to the Pope and the mediation of the King in Church's internal affairs, what denotes the multinormative perspective in the Portuguese colonial context and the convivence of different jurisdictions even when there was a conflict between them.

Keywords: Bigamy. Colonial Law. Inquisition. Jurisdiction. Portugal.

* Doutor em História do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutor pelo *Max Planck Institutefür die europäische Rechtsgeschichte*. Professor da graduação e da pós-graduação (mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Pesquisador do CNPq (Pq-2).
gustavocesarcabral@gmail.com

** Mestranda e graduada em Direito pela UFC.
analuzafgs@gmail.com

*** Mestrando e graduado em Direito pela UFC.
victoralvesmagal@gmail.com

Recebido em 24-2-2019 | Aprovado em 22-6-2019



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A INQUISIÇÃO E OS CONFLITOS JURISDICIONAIS; 2 O CASO DO CRIME DE BIGAMIA: O CONFLITO ENTRE O INQUISIDOR-GERAL E O ARCEBISPO DE LISBOA; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

■ INTRODUÇÃO

Quando tratamos do estudo de um pequeno espaço temporal do passado, nunca podemos nos abster de compreender o contexto daquela realidade em específico, sendo essa uma das grandes dificuldades quando se trata da História do Direito.

Facilitando esta empreitada, Hespanha¹ quando associa a autonomia do direito colonial brasileiro com os vários ordenamentos europeus ainda no Antigo Regime, traz consigo a ideia de que a visão multifacetada envolvendo o direito comum, o direito canônico e o direito dos reinos, existentes concomitantemente na Europa, refletia-se em um pluralismo jurídico. Tal pluralismo, com diversas espécies de Direito que conseguiam coexistir no mesmo espaço social, fazia-se presente no Brasil Colônia, não sendo viável uma visão monista para o período.

Com essa conjuntura construída no Brasil Colonial, Hespanha² reflete que antes da unidade, buscava-se uma harmonia das diferentes normatividades, sendo evidente que conflitos de competência poderiam (e deveriam) existir, ilustrando-se tal percepção com o foco deste trabalho, que irá apontar a ocorrência de tal situação não apenas entre a pluralidade de ordenamentos, mas no seio de um desses em específico, qual seja, o canônico.

Conforme a definição de Cabral³ sobre o período aqui analisado, ao buscarmos respostas sobre a época colonial em terras brasileiras, provavelmente os textos provenientes da Igreja são os mais úteis para conhecer aspectos voltados ao conhecimento erudito que estava sendo aplicado naquela sociedade, bem como, para conhecer os contornos de uma cultura legal que era sobremaneira influenciada pelas características de: oralidade (reforçada pela proibição da imprensa e, conseqüentemente, de materiais impressos), ausência de formação jurídica formal e reduzida esfera de atuação da jurisdição institucional.

Neste artigo, aborda-se a discussão sobre a competência originária para o crime de bigamia no início do século XVII, em face da jurisdição eclesiástica ter entrado em confronto com a da Inquisição, suscitando inclusive manifestação papal sobre tal situação para solucionar o conflito que, como se demonstra, era recorrente em relação ao tema. Dessa análise, surge a

¹HESPANHA, Antonio Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 35, 2006, p.61-62.

²HESPANHA, Antonio Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 35, 2006, p.80.

³CABRAL, Gustavo César Machado. *Jesuitic pragmatic literature and ecclesiastical normativity in Portuguese America (16th-18th centuries)*. In: DUVE, Thomas; DANWERTH, Otto (Org.). *Knowledge of the pragmatici: Legal and Moral Theological Literature and the Formation of Early Modern Ibero-America* (Max Planck Studies in Global Legal History of the Iberian Worlds, 1). Leiden/Boston: Brill, 2019 (no prelo).

temática fundamental deste trabalho, que se busca esclarecer: como a competência dos casos de bigamia era determinada, no período mencionado, em face das diversas jurisdições vigentes que acabavam por entrar em conflito neste contexto plural de ordenamentos?

A querela foi relevante tanto para Portugal, como metrópole, quanto para a América Portuguesa, tendo em vista que os processos de bigamia eram advindos de todo o Império e que a questão jurisdicional acabava por afetar também os territórios ultramarinos.

A discussão acerca do crime de bigamia, ressalte-se, não foi facilitada pelo *Corpus Iuris Canonici*⁴, que Thomas Duve⁵ define como sendo algo sem um conjunto estável de regras de concorrência, isto é, de regras que decidem qual norma deve ser aplicada em um caso concreto, ainda mais para uma realidade inovadora sobre esses casos, tal como deveria ocorrer em uma Colônia como a do Brasil.

O sacramento do matrimônio era matéria importante para a Igreja que, desde quando passou a tratar o assunto pela via legal e não apenas como algo sem formalidades e possível de ser ministrado sem um sacerdote (obrigação estabelecida apenas no século XVI), ocasionou a necessidade de estabelecer a natureza desse instituto e, conseqüentemente, sua importância⁶. Gerou-se, assim, na Igreja, uma ênfase na sua autoridade, ditando a política social e os próprios costumes⁷, suscitando que os tribunais não seculares atuassem na preservação do casamento.

Refletia-se isso, inclusive, com a inviabilidade de um casamento se tornar nulo sem uma ação legal. Para tanto, por exemplo, deveria ser necessário um consentimento dado em livre-arbítrio pelo casal, sem quaisquer interferências ou influências de medo ou ameaças para que o matrimônio fosse válido. Erro sobre a pessoa ou característica dessa poderiam anular o sacramento também⁸.

Dessa maneira, conseguimos repassar um breve panorama da importância da preservação do sacramento do matrimônio para a Igreja Católica, no contexto dos séculos XVI e XVII, sendo agora viável adentrarmos nos conflitos jurisdicionais e, posteriormente, tratarmos da bigamia, não apenas como um crime que envolvia o interesse secular de ser coibido, mas também por duas espécies de manifestações religiosas (eclesiástica e inquisitorial) sobre a temática.

1 A INQUISIÇÃO E OS CONFLITOS JURISDICIONAIS

⁴ Para maiores informações: DUVE, Thomas. "El Corpus Iuris Canonici: Una Introduccion a su Historia a La Luz de la Reciente Bibliografia". Buenos Aires: Prudentia Iuris, n° 61, 2006, p. 71-100.

⁵ DUVE, Thomas. *El Corpus Iuris Canonici: Una Introduccion a su Historia a La Luz de la Reciente Bibliografia*. Buenos Aires: Prudentia Iuris, n° 61, 2006, p.96.

⁶ BERMAN, Harold J. *LAW and REVOLUTION The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983, p. 227

⁷ BERMAN, Harold J. *LAW and REVOLUTION The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983, p. 229

⁸ BERMAN, Harold J. *LAW and REVOLUTION The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983, p. 228

A atuação da Inquisição, no território luso, foi marcada por uma série de conflitos de jurisdição. O cenário de multinormatividade do Antigo Regime Português e a relação complexa entre Igreja e Estado certamente colaboraram para este fato⁹. Os conflitos, entretanto, não se limitaram a oposições de caráter secular-eclesiástico, mas caracterizaram-se também por disputas dentro da própria Igreja, entre o Santo Ofício e os bispos. Compreender o cerne dos conflitos jurisdicionais da Inquisição, portanto, requer análise tanto das relações entre ordens no contexto social do Antigo Regime, quanto interna da jurisdição canônica.

Em uma perspectiva geral, a relação entre as esferas secular e eclesiástica é marcada por certa desconfiança. Segundo Cruz¹⁰, no Antigo Regime português, o tecido social era concebido como uma espécie de suporte orgânico de uma monarquia que o estruturava. O rei, na posição de “cabeça” desse corpo total que seria a “república”, por meio dos letrados (principalmente magistrados leigos e eclesiásticos) exercia seu controle e gestão, com normas semi-impostas e semi-aceitas. As disposições exclusivamente eclesiásticas, portanto, podiam representar uma ameaça a esse controle e, conforme Cruz, isto implicou em medidas limitativas, como a imposição da revisão prévia de decretos eclesiásticos antes de sua aplicação, e a obrigação de confirmação régia de algumas funções, títulos e bens (individuais e coletivos).

Segundo Hespanha¹¹, devido ao receio da coroa com a situação privilegiada da Igreja, foram, de fato, diversas as formas que se buscaram para atenuar a sua atividade. O autor menciona, por exemplo, a obrigação do “beneplácito régio”, ou seja, de tornar mandatório a aprovação régia das “cartas de Roma” antes de sua publicação, assim como a proibição de comunicação direta com Roma para se pedir privilégios eclesiásticos. Ambas eram uma forma de impedir que o papa clamasse para si o poder de conceder benesses que, como se entendia, deveriam pertencer ao rei de Portugal e evitar a existência de um conflito entre “beneficiados pela cúria romana” e “beneficiados pela monarquia portuguesa”. Outras formas de controle real mencionadas por Hespanha foram: a prerrogativa de proteger seus súditos de violências eclesiásticas, a competência para punir criminosos quando esses não fossem devidamente penalizados pela justiça eclesiástica, o direito de padroado e a proibição de se adquirir bens de raiz. A atuação do monarca, assim, mostrava-se como legitimadora de atividades e passível de corrigir irregularidades que ameaçassem a “república”, nos termos que afirma Cruz¹².

Apesar deste cenário de certa ressalva do poder secular em relação à Igreja, esta tinha privilégios de jurisdição. Hespanha¹³ afirma que, ao direito canônico, reservavam-se as matérias espirituais, que abarcavam grande quantidade de assuntos, chegando a incluir questões de regime de casamento e de pactos jurados com invocação a Deus. Utilizava-se,

⁹Sobre o conceito de multinormatividade, cf. DUVE, Thomas. *Was ist „Multinormativität“?* Rechtsgeschichte – LegalHistory, v. 25, 2017, p. 88- 101.

¹⁰CRUZ, Maria Leonor Garcia da. *Relações entre o poder real e a Inquisição (Séculos XVI-XVII): fontes de renda, realidade social e política financeira*. In: BARRETO, Luís Felipe *et al.* (Org.). *Inquisição Portuguesa: Tempo, razão e circunstância*. Lisboa-São Paulo: Prefácio, 2007, p. 111

¹¹HESPANHA, Antonio Manuel. *Como os juristas viam o mundo: Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes*. Lisboa: Creative Space Independent Publishing, 2015, p. 119-120.

¹²CRUZ, Maria Leonor Garcia da. *Relações entre o poder real e a Inquisição (Séculos XVI-XVII): fontes de renda, realidade social e política financeira*. In: BARRETO, Luís Felipe *et al.* (Org.). *Inquisição Portuguesa: Tempo, razão e circunstância*. Lisboa-São Paulo: Prefácio, 2007, p.111.

¹³HESPANHA, Antonio Manuel. *Como os juristas viam o mundo: Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes*. Lisboa: Creative Space Independent Publishing, 2015, p. 116-117.

ainda, o critério já estabelecido da Idade Média, fixado por Bártolo de Saxoferrato e posteriormente incorporado das Ordenações do Reino, prevendo que seriam também competência canônica as matérias temporais, quando a solução definida pelo direito secular levasse ao pecado. Era o dito “critério do pecado”. A Igreja tinha, assim, seus próprios tribunais, em seu foro especial, evitando-se a intromissão secular em suas matérias e funcionamento interno.

Apesar de ter as competências, até certo ponto, definidas, ainda havia matérias que acabavam por estar no campo jurisdicional de mais de uma esfera jurídica. Era o caso, por exemplo, dos crimes mistos, como o delito de bigamia, o qual se explicará mais detalhadamente no próximo tópico. Em situações de conflito desse teor, como assevera Hespanha¹⁴, quando vários juízos eram competentes, aplicava-se a regra da prevenção¹⁵. Desse modo, seria apto para julgar a causa o tribunal que primeiro prendeu o réu, ou, caso não tivesse ainda sido preso, o primeiro que conheceu da causa.

A situação, entretanto, tornou-se mais complexa com a criação da Inquisição portuguesa, não sendo o critério de prevenção suficiente para evitar os conflitos internos decorrentes dessa nova jurisdição, com suas novas divisões de competência. Como assevera Bethencourt¹⁶ o tribunal português foi fundado pela bula *Cum ad nihilmagis*, assinada em 23 de maio de 1536. Os tribunais portugueses se beneficiaram da experiência espanhola, a qual se iniciou cerca de cinquenta anos antes. Entretanto, tanto a regulamentação quanto a prática lusitana apresentaram traços originais. Segundo Bethencourt¹⁷, as primeiras instruções da Inquisição datam de 1541, da ocasião da criação dos tribunais de Coimbra, Lamego, Porto e Tomar, e estão dispersas em diversas cartas assinadas pelo inquisidor-geral, o cardeal D. Henrique e seu secretário, Jorge Coelho. O próprio rei teria escrito cartas de apoio à criação destes tribunais, demonstrando suporte institucional da coroa. As instruções, porém, não deixam de refletir as restrições à atividade inquisitorial contidas na bula de fundação *Cum ad nihilmagis*, a qual excluía o segredo do processo, o que só foi introduzido na bula de 1547 *Meditatio cordis* e, posteriormente, reforçado por meio de uma bula do papa Pio V em 1560.

Sobre a relação entre a coroa e a Inquisição, há, ainda, uma interessante questão relativa ao financiamento e fisco. A matéria não será aqui observada em detalhes, apenas se faz um apanhado geral da situação, visto que a questão monetária age diretamente no fator de autonomia da Inquisição. Afinal, como se financiava uma instituição desse porte? Cruz¹⁸ levanta importantes questionamentos acerca do funcionamento da Inquisição e a questão dos confiscos de bens, demonstrando incisiva atuação do juízo secular. A análise envolve diferentes indivíduos, como oficiais da Inquisição em si, oficiais da fazenda da Inquisição, do Fisco, além

¹⁴HESPANHA, Antonio Manuel. *Como os juristas viam o mundo*: Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes. Lisboa: Creative Space Independent Publishing, 2015, p. 613.

¹⁵Não obstante, os conflitos de competência eram extremamente frequentes nesse período. Para uma introdução a essa discussão, cf. MUNIZ, Pollyana. Cruz e coroa: Igreja, Estado e conflito de jurisdições no Maranhão colonial. *Revista Brasileira de História*, v. 32, n. 63, 2012, p. 39-58.

¹⁶BETHENCOURT, Francisco. *História das inquisições*: Portugal, Espanha e Itália - séculos XV-XIX. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 24-44.

¹⁷BETHENCOURT, Francisco. *História das inquisições*: Portugal, Espanha e Itália - séculos XV-XIX. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.44.

¹⁸CRUZ, Maria Leonor Garcia da. Relações entre o poder real e a Inquisição (Séculos XVI-XVII): fontes de renda, realidade social e política financeira. In: BARRETO, Luís Felipe *et al.* (Org.). *Inquisição Portuguesa*: Tempo, razão e circunstância. Lisboa-São Paulo: Prefácio, 2007, p.113-116.

de suas relações com fatores externos da coroa, oficiais da fazenda real, o Conselho da Inquisição e, até mesmo, instâncias da justiça régia.

A formação e o desenvolvimento da Inquisição passaram por várias etapas e tiveram estreita relação com poderes seculares em Portugal. Segundo Cruz¹⁹, houve um processo demorado de definição e diálogo entre o rei e o papa para que a Inquisição pudesse ser criada. Além disso, como uma nova instituição, só haveria adquirido relativa autonomia após a criação de tribunais, de um regimento (1570) e de um Conselho Geral (1569) próprios, em um esforço de uniformização. Em termos de rendimentos, para assegurar suas verbas, a instituição dependeu da força de negociação do rei e do inquisidor-geral em diversas instâncias, auferindo valores irregulares durante a sua existência. Ademais, como destaca Cruz²⁰, conforme a atuação da Inquisição se expandiu, o arcabouço institucional teve de crescer para acompanhá-la, gerando a necessidade de mais dinheiro.

Os confiscos e sequestros de bens tiveram seu papel na tentativa de angariar fundos. Conforme Siqueira²¹, a pena de confisco era sentenciada pelo Santo Ofício nos crimes de sua competência. A execução, porém, era geralmente definida pela jurisdição régia. Assim, o processamento prosseguia em dupla jurisdição, cabendo aos juízes do fisco as execuções das sentenças e aos inquisidores o julgamento dos casos e determinações de prisão. A fundamentação jurídica era, portanto, de caráter dúplice (tanto em direito canônico quanto no régio), sendo observados o *Corpus Juris Canonici* e as Ordenações do Reino, além do Regimento das Confiscações, o qual era baixado pelo rei, após audiência com a Inquisição.

Segundo Cruz²², a questão dos confiscos e sequestros de bens foi uma preocupação desde as negociações de Roma, uma vez que várias matérias incidiam em esferas temporais e espirituais, além de desempenhar papel relevante no financiamento institucional. Diante desses fatores e dos diversos conflitos financeiros que surgiam, a Inquisição diversificou suas formas de rendimento, inclusive tendo chegado a aumentar penas pecuniárias, comutando penas, incluindo obras nos cárceres e tentando garantir a captura de indivíduos de alto poder econômico. Apesar disso, ainda dependia muito da coroa. Nos finais do século XVI, o Conselho Geral solicitou ao rei que requeresse, junto ao papa, um aumento das pensões dos bispados, solicitando também a administração direta dos confiscos. Esses, entretanto, permaneceram sob o controle da coroa, por meio do Conselho da Fazenda, de modo que a Inquisição não pôde intervir diretamente em questões do Fisco.

Outro aspecto relevante mencionado por Cruz²³ é o fato de que tanto o Juiz quanto os demais oficiais do Fisco da Inquisição seguiam o procedimento executório de acordo com os

¹⁹CRUZ, Maria Leonor Garcia da. Relações entre o poder real e a Inquisição (Séculos XVI-XVII): fontes de renda, realidade social e política financeira. In: BARRETO, Luís Felipe *et al.* (Org.). *Inquisição Portuguesa: Tempo, razão e circunstância*. Lisboa-São Paulo: Prefácio, 2007, p.113-117.

²⁰CRUZ, Maria Leonor Garcia da. Relações entre o poder real e a Inquisição (Séculos XVI-XVII): fontes de renda, realidade social e política financeira. In: BARRETO, Luís Felipe *et al.* (Org.). *Inquisição Portuguesa: Tempo, razão e circunstância*. Lisboa-São Paulo: Prefácio, 2007, p.113-117.

²¹SIQUEIRA, Sônia A. A Inquisição portuguesa e os confiscos. *Revista de Historia da Universidade de São Paulo, São Paulo*, v. 40, n. 82, 1970, p.323-324.

²²CRUZ, Maria Leonor Garcia da. Relações entre o poder real e a Inquisição (Séculos XVI-XVII): fontes de renda, realidade social e política financeira. In: BARRETO, Luís Felipe *et al.* (Org.). *Inquisição Portuguesa: Tempo, razão e circunstância*. Lisboa-São Paulo: Prefácio, 2007, p.116-117.

²³CRUZ, Maria Leonor Garcia da. Relações entre o poder real e a Inquisição (Séculos XVI-XVII): fontes de renda, realidade social e política financeira. In: BARRETO, Luís Felipe *et al.* (Org.). *Inquisição Portuguesa: Tempo, razão e circunstância*. Lisboa-São Paulo: Prefácio, 2007, p.126.

Regimentos, acrescidos das normas concernentes à Fazenda Real. Entretanto, deveriam tratar de tais assuntos somente com os corregedores, provedores e juízes de fora, nunca com as Justiças Ordinárias, por serem consideradas suspeitas. Demonstra-se, assim, que ainda que a Inquisição possuísse forte conexão com o poder real nesse sentido, havia um afastamento dos juízos locais.

Estes são os termos do Regimento de 1620:

Estando a fazenda ou bés em outros lugares fora do lugar, onde residem os officiaes do Santo Officio, procurará o luiz quanto for possível desocuparse de outras acupações, & hir em em pessoa fazer estas execuções, levado consigo o thesoureiro de fisco, & mais officiaes das ditas execuções, & quando o dito luiz não poder ir em pessoa, passara carta em meu nome para os Corregedores, Prouedores ou luizes de fora que esteuerem mais perto ao lugar onde se ouuerem de fazer as taes execuções, & não para as juftiças ordinárias da terra, por que estas saó pella mayor parte suspeitas [...]²⁴.

A questão do financiamento, portanto, também tocava em outra problemática: as matérias de competência. Sobre a disputa eclesiástica interna entre os bispos e a Inquisição, Paiva²⁵ dá destaque ao fato de a Inquisição Moderna, desde sua criação, ter criado um problema de definição de limites das competências dos órgãos. Segundo o autor, a matéria merece mais atenção e análise por parte do estudo historiográfico, já tendo sido demonstrado por Adriano Proserpi²⁶ a existência de conflitos (1996). Esses, por sua vez, existiram tanto quanto ao domínio da verificação de práticas religiosas, como em relação aos comportamentos das populações. Aqui se faz um panorama geral do primeiro caso.

Desde a bula *Cum ad nihil magis*, em 23 de maio de 1536, a qual marcou a criação do Santo Ofício, segundo Paiva²⁷, era conferido ao Tribunal o poder de perseguir o que fosse caso de heresia, judaísmo, protestantismo, islamismo e feitiçarias. No primeiro monitório da fé, inclusive, já havia disposições referentes a bigamia. Posteriormente, em 1562, a Inquisição conseguiu ampliar a sua jurisdição oficialmente para casos de sodomia e, em 1599, para casos de solicitação em confissão. Os conflitos gerados pela demarcação incerta de competências não atingiram apenas os oficiais eclesiásticos, mas também a própria população, que ficava incerta de onde deveria fazer as denúncias.

O cerne do problema interpretativo estava vinculado à noção de heresia, como indica Paiva²⁸, visto que tinha uma definição fluida. Na verdade, não se fez, de pronto, um juízo exclusivo da Inquisição, tendo uma bula de Inocêncio IV, em 1252, já determinado uma competência comum entre ordinários eclesiásticos e inquisidores. Essa competência comum,

²⁴INQUISIÇÃO DE PORTUGAL. *Regimento do Juízo de Confiscações Pelo Crime de Heresia e Apostasia de 1620*. Lisboa, 1620. Por Pedro Craesbeeck, impressor do Rei. Online.

²⁵PAIVA, José Pedro. Os bispos e a Inquisição portuguesa (1536-1613). *Lusitania Sacra*, Lisboa, 2ª série, n. 15, 2003, p.43-47

²⁶PROSPERI, Adriano. *Tribunali della coscienza: inquisitori, confessori, missionari*. Torino: Giulio Einaudi, 1996.

²⁷PAIVA, José Pedro. Os bispos e a Inquisição portuguesa (1536-1613). *Lusitania Sacra*, Lisboa, 2ª série, n. 15, 2003, p.44.

²⁸PAIVA, José Pedro. Os bispos e a Inquisição portuguesa (1536-1613). *Lusitania Sacra*, Lisboa, 2ª série, n. 15, 2003, p.45.

desde cedo, gerou conflitos, tendo os canonistas em Roma tentado resolver o problema no concílio de Viena. Na constituição *Multorum Querela*, o papa Clemente V, por fim, estabeleceu que ambos poderiam atuar, mas deveriam agir em conjunto quando visassem agravar as condições do cárcere (prática não realizada pela Inquisição portuguesa), quando fossem utilizar a tortura e na fase de voto colegial dos processos para sentença. Desse modo, quando a Inquisição foi estabelecida, essas eram as normas que vigoraram.

Ainda conforme Paiva²⁹, em 1547, a bula *Meditatio Cordis* acabou por fortalecer o âmbito da ação inquisitorial, mas não alterou a sua competência. Esse fato gerou interferência real para tentar conseguir que a jurisdição sobre heresia passasse a ser exclusiva do foro do Santo Ofício. Tanto D. Manuel I, em 1515, quanto D. João III, em 1531, mencionaram esse assunto nas instruções aos seus embaixadores em Roma. A pressão realizada pelos monarcas acabou por fazer efeito, criando o hábito de os bispos enviarem à Inquisição os hereges de que tiveram conhecimento. A partir do século XVI, na prática, o Santo Ofício passou a exercer esse poder de modo exclusivo, não excluindo, porém, o princípio do voto colegial.

É exemplo da pressão real quanto ao assunto a carta, do ano de 1515, de D. Manuel para D. Miguel da Silva, embaixador, sobre os assuntos que o último deveria tratar com o papa. Destaca-se o seguinte trecho:

[...] Pedimos e ssopricamos a Sua Santidade que por sua bulla nos conceda e outorgue que nos escolhamos pera esta samta Inquesiçam os perllados de nosos reynos ou pesoas eclesiasticas posto que perllados nom sejam que a nos parecer que niso servira a Deus e sua Santidade e a nos como devem e com toda a fieldade e imteira justiça. E que Sua Santidade tenha descanso que os escolheremos pera ysotaes e de taes letras e conciencia que Nosso Senhor seja servido e que inteiramente se faça justiça e a sua conciencia e a nossa seja descarregada. E que aqueles que asy escolhermos elegermos e decllarmos conceda e outorgue Sua Santidade todos os poderes e autoridade que seja compridoiro e necesario e com todas e quaisquer cllausullas que sejam mester pera efeito da justiça nessa santa Inquisiçam e ainda que aqueles que asy decllarmos e elegermos o possam fazer sem embargo que o conhecimento desta causa posa pertencer ou pertença de direito, a algûu ou alguns ordinarios em seus arcebispados e bispados, os quaes nisso não possam entender posto que originariamente lhe pertença e somente e com todas e quaesquer outras clausullas assy derogatorias como outras que sejam mester pera ynteiramente e sem impedymto nem turbaçamalgûua na dita Inquisiçam e no effeito e justiça dela o façam os que asy escolhermos e decrararmos entenderem aqueles que asy escolhermos e decrararmos. E que ho receberemos de sua Santidade en muy symgullar merce porque nesta cousa seja Nosso Senhor servido como em todas as cousas de sua santa fee o desejamos e neesta muy mais em espicial somos obrigados e se alimpe e tire d'amtre os fiéis cirstãos esta praga da eresya[...]³⁰.

Apesar de relativo entendimento sobre a exclusividade acerca da heresia, conflitos jurisdicionais internos na Igreja ainda foram frequentes e, por diversos assuntos, especialmente no que se refere aos crimes mistos e ao que se definia por “heresia”, como será demonstrado

²⁹PAIVA, José Pedro. Os bispos e a Inquisição portuguesa (1536-1613). *Lusitania Sacra*, Lisboa, 2ª série, n. 15, 2003, p.46-47.

³⁰CENTRO DE ESTUDOS HISTÓRICOS ULTRAMARINOS (Org.). *As gavetas da Torre do Tombo*. Lisboa: Centro de Estudos Históricos Ultramarinos, 1960. Volume I, online, p. 62.

no próximo tópico. Sobre a natureza geral da relação entre Inquisição e os bispos, existem algumas divergências interpretativas. Segundo Giebels³¹, enquanto José Pedro Paiva defende que, apesar de alguns conflitos, o episcopado de Portugal teve uma relação de colaboração com o Santo Ofício, tendo vínculos internos e agindo sobre mediação da coroa. Giuseppe Marcocci³² afirma a existência de um conflito constante entre os dois poderes dentro da Igreja, aduzindo que ambos os lados lutavam para a conservação de direitos e privilégios no domínio religioso. De todo modo, denota-se a complexidade dessas relações e a existência de conflitos, pelo menos eventuais, sob a mediação da coroa portuguesa.

Assim, demonstrado o cenário geral correspondente aos conflitos de jurisdição, passa-se ao objeto direto deste artigo: o conflito acerca do crime de bigamia.

2 O CASO DO CRIME DE BIGAMIA: O CONFLITO ENTRE O INQUISIDOR-GERAL E O ARCEBISPO DE LISBOA

O crime de bigamia, conforme Bethencourt³³, foi perseguido pela Inquisição de Portugal desde 1550. Braga³⁴ afirma que, antes mesmo dessa data, já se apelava no monitório do inquisidor-geral, D. Diogo da Silva, pela denúncia dos bigamos em 1536. Entretanto, como indicam ambos os autores, o crime de bigamia só foi oficialmente reconhecido pela Congregação Romana do Santo Ofício em 1612, da ocasião de uma consulta derivada da oposição do arcebispo de Lisboa.

A disputa jurisdicional acerca do crime ocorreu em diversos casos concretos. Neste artigo, foca-se na discussão que agravou a questão, envolvendo o antagonismo entre D. Pedro de Castilho, inquisidor-geral, e Miguel de Castro, arcebispo de Lisboa. O delito de bigamia não foi o único a gerar conflito. Na verdade, isso ocorreu com diversos crimes considerados mistos, como a blasfêmia e a feitiçaria. Segundo Paiva³⁵, por não haver pretensão de uma competência inquisitorial exclusiva durante o século XVI, não houve desentendimentos dignos de nota. Assevera que, em 1569, D. Henrique, o inquisidor-geral que veio a ser rei de Portugal, ordenava que se cumprisse direito de prevenção em favor de que o Bispo do Porto julgasse dois bigamos³⁶, por exemplo.

Segundo Braga³⁷, a bigamia era tida pela Igreja como um ato semelhante a vários tipos de proposições, não como uma heresia. Era combatido em Portugal por meio da confissão, das visitas pastorais e pelos meios próprios do Santo Ofício. Era assim, em Portugal, um delito

³¹GIEBELS, Daniel Norte. A Inquisição e a Mitra de Lisboa: análise a partir do governo do arcebispo D. Miguel Castro (1586-1625). *Lusitania Sacra*, Lisboa, v. 23, jan-jun 2011, p.122.

³²MARCOCCI, Giuseppe. *I custodi dell' ortodossia: Inquisizione e Chiesa nel Portogallo del Cinquecento*. Roma: Edizioni di Storia e Letteratura, 2004.

³³BETHENCOURT, Francisco. *História das inquisições: Portugal, Espanha e Itália - séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.98.

³⁴BRAGA, Isabel M. R. Drumond. *A bigamia em Portugal na época moderna: Sentir mal do sacramento do matrimônio?*. Lisboa: Hugin, 2003, p. 35.

³⁵PAIVA, José Pedro. *Baluartes da fé e da disciplina: O enlace entre a Inquisição e os bispos de Portugal*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 325.

³⁶ Cf. DGA/TT – IC, Livro 271, fl. 25 – Carta datada de 19 de setembro de 1569.

³⁷BRAGA, Isabel Drumond. O Brasil setecentista como cenário da bigamia. In: SILVA, E. Ribeiro da et al (Org.). *Estudos em homenagem a Luís Antônio de Oliveira Ramos*. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2004, p. 302-303.

secular e episcopal, sendo um dos chamados de mistos. Podia ser suscetível de processamento, portanto, pelas justiças civis, assim como pela eclesiástica ou pela inquisitorial. Em tese, o critério de solução para esses conflitos de competência era o da prevenção, como já explanado anteriormente. Contudo, segundo esse autor, a Inquisição praticamente monopolizou a punição nesse setor. Ainda, caso houvesse movimentação dos réus para fora do domínio territorial português, para península Ibérica ou até mesmo alguns locais no império ultramarino, fazia-se contato com o tribunal inquisitorial espanhol.

Considerando-se o contexto, surgem questionamentos: se, como foi apresentado no tópico anterior, a jurisdição inquisitorial era sobre as heresias, como a Inquisição pôde julgar o crime de bigamia, se esse não era concebido essencialmente como tal? No caso de bigamia em uma situação de heresia, poder-se-ia entender alguma competência, mas e nos demais casos?

A única justificativa, conforme Braga³⁸, para a interferência do Santo Ofício nessas situações, foi a interpretação de que quem era bígamo estaria a “por em causa” o sacramento do matrimônio. De todo modo, a punição para o crime de bigamia era severa em todas as jurisdições. Segundo Braga³⁹, as Ordenações Afonsinas incluíram uma lei de D. Dinis, datada de 1302, a qual pregava pena de morte aos bígamos. Demonstra-se:

Dom Doniz, §c. Estabelleço, e por Lei ponho para sempre, que todo homem des aqui em diante, sendo casado ou recebido com hua molheer e nom sendo ante dela partido por juízo comprido da Igreja, se com outra casar ou se a receber por molher, que moira porem: e que todo o dapno, que as molheres receberem, e o aver, que delas levar sem razom, correga-sepelloaver dele, como for direito: e o que esta meesma pena aja toda molher, que dois maridos receber, ou com elles casar. E esto se entenda também aos Fidalgos, como aos villaaõs⁴⁰.

As Ordenações Manuelinas, por sua vez, trouxeram novamente a pena de morte para os bígamos, porém com algumas ressalvas. Destaca-se:

[...] Porém se o condenado aa morte pelo dito caso, e maleficio, for menor de vinte e cinco anos, ou for homem Fidalguo, e por tal auido, e a seguranda molher com que casou for de baixa condição, ou se dito condenado sendo-lhe fogida a primeira molher casou com a fegunda, sem saber certo que era a primeira viua, ou em outros casos semelhantes, nomse fará execução sem primeiramente no-lo fazerem faber.⁴¹

Desse modo, nos casos onde o acusado estava em alguma das situações listadas, como a de ser menor de 25 anos ou ser fidalgo, a pena não poderia ser aplicada sem o

³⁸BRAGA, Isabel M. R. Drumond. *A bigamia em Portugal na época moderna: Sentir mal do sacramento do matrimônio?* Lisboa: Hugin, 2003, p.35.

³⁹BRAGA, Isabel M. R. Drumond. *A bigamia em Portugal na época moderna: Sentir mal do sacramento do matrimônio?* Lisboa: Hugin, 2003, p.30-31.

⁴⁰PORTUGAL. *Ordenações do Senhor Rey Dom Affonso V.* Livro V, título XIII, online.

⁴¹PORTUGAL. *Ordenações Manuelinas.* Livro V, título XIX, p. 66-67.

consentimento prévio do rei. Conforme Braga⁴², as Ordenações Filipinas reproduziram as determinações e, na prática, o recurso ao perdão régio chegou a impedir diversas vezes a pena de morte.

O conflito específico entre o inquisidor-geral, D. Pedro de Castilho, e o arcebispo de Lisboa, Miguel Castro, deu-se em parte do século XVI e início do XVII. O crime de bigamia não foi o único posto em discussão, tendo D. Pedro de Castilho, segundo Paiva (2011, p. 328), tentado alargar a competência da Inquisição também nas esferas dos crimes de blasfêmia e solicitação. Como indica Giebels⁴³, porém, o caso do crime de bigamia foi mais memorável devido ao grau a que chegou a discussão e ao fato de marcar uma ruptura definitiva entre as duas figuras públicas.

Miguel Castro foi, segundo Giebels⁴⁴, uma notória autoridade, como arcebispo de Lisboa. Sendo doutor em teologia pela Universidade de Coimbra, foi inquisidor de Lisboa de 18 de junho de 1566 até 3 de setembro de 1577. Chegou a ser eleito membro do Conselho Geral do Santo Ofício. Ademais, sendo da família Castro, a qual apoiou o partido pré-filipino em tempos de sucessão do trono de Portugal, acabou por ascender socialmente de modo considerável. Tendo-se tornado arcebispo de Lisboa, em 7 de fevereiro de 1586, depois de ter estado afrente da diocese do governo de Viseu, Miguel de Castro era um homem que entendia do funcionamento inquisitorial e que tinha contatos poderosos, tanto no clero quanto na administração secular.

D. Pedro de Castilho, por sua vez, era descendente de uma famosa dinastia de arquitetos reais do século XVI, segundo Giebels⁴⁵. Teve uma rápida ascensão social e, de Bispo de Leria, foi chamado para ser inquisidor-geral. Não abandonou a diocese mediante a nomeação, sem que a renda dessa fosse acumulada em seus rendimentos. Ocupou, ainda, cargo de vice-rei entre 1605 e 1607. Como inquisidor-geral, foi aberto à ideia de reforma na Inquisição, tanto em termos de gestão, quanto de recursos humanos e do funcionamento geral dessa instituição. Foi durante o período que ele atuou como inquisidor que ocorreu o impopular perdão geral dos cristãos-novos.

O perdão geral, ocorrido em 1605, muito prejudicou o andamento processual da Inquisição, tendo em vista a dificuldade de acionar feitos contra os novos-cristãos, como demonstra Paiva⁴⁶. A nova situação foi mais uma justificativa para as ofensivas, determinadas pelo inquisidor-geral, para tentar alcançar competências exclusivas. A média anual de processos de bigamia que, entre 1586 e 1601 era de 1,5, subiu para 2,4 em 1605 e chegou em 4,1 entre 1616 e 1625.

⁴²BRAGA, Isabel M. R. Drumond. *A bigamia em Portugal na época moderna: Sentir mal do sacramento do matrimônio?* Lisboa: Hugin, 2003, p.30-31.

⁴³GIEBELS, Daniel Norte. A Inquisição e a Mitra de Lisboa: análise a partir do governo do arcebispo D. Miguel Castro (1586-1625). *Lusitania Sacra*, Lisboa, v. 23, jan-jun 2011, p.137.

⁴⁴GIEBELS, Daniel Norte. A Inquisição e a Mitra de Lisboa: análise a partir do governo do arcebispo D. Miguel Castro (1586-1625). *Lusitania Sacra*, Lisboa, v. 23, jan-jun 2011, p.123.

⁴⁵GIEBELS, Daniel Norte. A Inquisição e a Mitra de Lisboa: análise a partir do governo do arcebispo D. Miguel Castro (1586-1625). *Lusitania Sacra*, Lisboa, v. 23, jan-jun 2011, p.129-130.

⁴⁶PAIVA, José Pedro. *Baluartes da fé e da disciplina: O enlace entre a Inquisição e os bispos de Portugal*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 326.

Segundo Paiva⁴⁷, os primeiros indícios concretos do conflito entre inquisidor-geral e arcebispo teriam acontecido em 22 de abril de 1605. Ocorre que os inquisidores de Lisboa tinham mandado um oficial à Santarém para que trouxesse um bigamo que estava sob jurisdição eclesiástica. Quando o arcebispo foi informado do ocorrido, mandou um recado ao conselho, clamando a competência dos seus oficiais para o caso.

Após resposta do inquisidor-geral, como relata Paiva, nova comunicação foi enviada pelo arcebispo, em 3 de maio de 1605. Seus argumentos foram os seguintes: primeiro, afirmou que a maior parte dos tratadistas definia a bigamia como crime ordinário; segundo, demonstrou que já tinha julgado anteriormente outros casos de bigamias não-heréticas e que pessoas da Inquisição haviam assistido à publicação das sentenças; e, terceiro, que nesses casos não haveria “erro de entendimento”, mas sim “de fraqueza”. Por esses motivos, aduziu que não seria devido entregar o réu, porém, em um gesto de boa vontade, afirmou que o faria, para demonstrar apoio ao Santo Ofício. Assim, abdicou da competência no caso concreto em pauta, mas não da competência geral ordinária.

O conflito agravou-se, tomando maiores proporções. Como afirmou Paiva⁴⁸, ambos os lados buscaram intervenção e apoio do rei e da Congregação do Santo Ofício. O Conselho Geral do Santo Ofício acabou por manifestar-se em 1609, em um parecer longo e fundamentado⁴⁹. Posicionaram-se ao lado do inquisidor-geral, manifestando argumento de que os bigamos seriam suspeitos de “sentir mal” do sacramento do matrimônio e, por esse motivo, a jurisdição seria dos inquisidores. Mantém-se a opinião, porém, de que os prelados teriam a permissão de prender os bigamos, entretanto assevera-se que esses não poderiam proceder com o processo, devendo enviá-los à Inquisição, com sumários de suas culpas. Dentre outros argumentos, chegam inclusive a invocar a bula *cum audiamus*, a qual determinava o poder do inquisidor-geral de avocar para si qualquer feito de heresia.

D. Pedro de Castilho chegou a escrever ao rei português para denunciar a conduta de seu adversário na contenda, como demonstra Paiva⁵⁰. A discussão havia também um caráter pessoal. Miguel Castro era um alto fidalgo do reino, que sempre apoiara Felipe III e desaprovava a ascensão de Castilho a inquisidor-geral, cargo para o qual ele mesmo havia sido indicado, visto que o inimigo político tinha origem social mais modesta e tinha aceitado a bula do perdão geral.

Segundo Braga⁵¹, Felipe III deliberou sobre o assunto⁵², esclarecendo ao inquisidor-geral, em 29 de julho de 1609, que, por ser o delito de foro misto, deveria ser observada a prevenção, de modo que, tendo o arcebispo feito a prisão dos culpados, não se poderia tirar-lhe o direito nesses casos. Mencionou que, ainda que fosse comum os bispos remeterem à Inquisição causas semelhantes, caso desejassem mantê-las, essas não lhe seriam retiradas com violência. Entretanto, visando que a Inquisição fosse mantida com autoridade no Reino e também considerando o temor maior por suas penas, o que refrearia mais a ocorrência do

⁴⁷PAIVA, José Pedro. *Baluartes da fé e da disciplina*: O enlace entre a Inquisição e os bispos de Portugal. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 328.

⁴⁸PAIVA, José Pedro. *Baluartes da fé e da disciplina*: O enlace entre a Inquisição e os bispos de Portugal. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 328-329.

⁴⁹DGA-TT/- CGSO, livro 99, fl. 111v-115.

⁵⁰PAIVA, José Pedro. *Baluartes da fé e da disciplina*: O enlace entre a Inquisição e os bispos de Portugal. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 329.

⁵¹BRAGA, Isabel M. R. Drumond. *A bigamia em Portugal na época moderna*: Sentir mal do sacramento do matrimônio? Lisboa: Hugin, 2003, p. 36.

⁵²DGA-TT/- CGSO, livro 88, fl. Não numerada, carta 53.

delito, propôs-se a escrever ao arcebispo “na boa forma que pareceu conveniente para ele remeter os presos se tiver culpados neste caso”.

A situação, porém, teve uma resolução mais definitiva com a interferência de Roma. Em junho de 1612, determinou-se que a bigamia passasse a ser da jurisdição privada da Inquisição.

Destaca-se o seguinte trecho do Ofício do inquisidor-geral, com cópia de uma carta traduzida para o português do italiano, do Cardeal Arrigoni:

[...] faça saber ao digno Monsenhor Arcebispo como faço com a alligada, q o delicto de casar com mais que com sua mulher, se conhece pelo S. Ofício, e aquele se remetem os delinquentes do foro secular, e ´q com maior razão lhe deve ser remetidos do foro eclesiástico. E´q portanto daqui por diante, remeta os tais delinquentes ao foro da Santa Inquisição[...]⁵³.

Desse modo, com a interferência de Roma, deu-se maior respaldo ao argumento de que a Inquisição tinha jurisdição sobre a bigamia, o que foi incorporado pelo Regimento de 1613. Segundo Paiva⁵⁴, essa mesma disposição apareceu em várias constituições diocesanas, de modo que essa parece ter-se tornado a doutrina dominante. Apesar disso, os conflitos não se encerram por completo, como normalmente ocorria em dilemas de jurisdição.

A determinação de um juízo quase exclusivo inquisitorial, como demonstra Braga⁵⁵, levou também a questionamentos de cunho secular, tendo, ainda em 1689, a casa de Suplicação defendido a jurisdição dos juizes da coroa para conhecerem desse tipo de causa. O delito continuou a ser de foro misto, permanecendo nas Ordenações do Reino, como inclusive já citado. Apesar disso, na prática, como já se observou, a Inquisição praticamente dominou os julgamentos de casos de bigamia.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do apresentado, verifica-se que o conflito jurisdicional acerca do crime de bigamia foi peculiar, diante do contexto de pluralidade de ordens do Antigo Regime. A disputa envolveu questões concernentes às relações entre o direito régio e o direito canônico, assim como quesitos internos da Igreja relativos à estrutura da Inquisição e a atuação de seus oficiais em confronto com bispos.

As intervenções nas discussões foram além do foro eclesiástico e das comunicações do inquisidor-geral e do arcebispo de Lisboa, sendo um contexto longo de incerteza jurisdicional, agravada pela fluidez do conceito de “heresia” e a demora em uma solução papal definitiva.

⁵³BIBLIOTECA DIGITAL LUSO-BRASILEIRA. *Ofício ao inquisidor-geral de Portugal*. Documento 143. Online.

⁵⁴PAIVA, José Pedro. *Baluartes da fé e da disciplina: O enlace entre a Inquisição e os bispos de Portugal*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 331.

⁵⁵BRAGA, Isabel M. R. Drumond. *A bigamia em Portugal na época moderna: Sentir mal do sacramento do matrimônio?* Lisboa: Hugin, 2003, p. 37.

Ainda, apontou-se a existência de diversos casos concretos acerca da questão da competência, os quais foram decididos em sentidos diversos ao longo do século XVI e começo do século XVII. Assim, partindo-se de uma situação específica, mas que esteve longe de ser um caso isolado no contexto de Portugal na Idade Moderna, verifica-se que o processo de tentativa de encontrar uma solução definitiva para o conflito envolveu diversas esferas, destacando-se o apelo à Roma e a mediação do próprio rei em desentendimentos internos da Igreja. Ademais, ainda que se tenha culminado na intervenção de Roma e na determinação de um domínio quase que exclusivo da Inquisição sobre o crime, verifica-se não ter sido este o fim do conflito jurisdicional, ainda que, na prática, a Inquisição praticamente tenha monopolizado o julgamento do delito.

Por mais que se pretendesse apresentar uma solução para esses conflitos de competência, a sua manutenção na ordem jurídica do Antigo Regime foi duradoura e não se esgotou mesmo com iniciativas como a que se comentou. As relações de proximidade até mesmo conceitual entre Direito e teologia ajudam a entender, inclusive, a percepção desses conflitos, que não necessariamente eram vistos negativamente. Eles existiam, porque a convivência de ordens jurídicas foi uma tônica no cenário multinormativo desse contexto.

REFERÊNCIAS

Fontes Primárias

CENTRO DE ESTUDOS HISTÓRICOS ULTRAMARINOS (Org.). *As gavetas da Torre do Tombo*. Lisboa: Centro de Estudos Históricos Ultramarinos, 1960. Volume I. Disponível em: <<http://purl.pt/26848/3/>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

INQUISIÇÃO DE PORTUGAL. *Regimento do Juízo de Confiscações Pelo Crime de Heresia e Apostasia de 1620*. Lisboa, 1620. Por Pedro Craesbeeck, impressor do Rei. Disponível em: <<https://bit.ly/2JoPmlZ>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

PORTUGAL. *Ordenações do Senhor Rey Dom Affonso V*. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

PORTUGAL. *Ordenações Manuelinas*. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/15p66.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2018

BIBLIOTECA DIGITAL LUSO-BRASILEIRA. *Ofício ao inquisidor-geral de Portugal*. Documento 143. Disponível em: <<http://bdlb.bn.gov.br/acervo/handle/123456789/39150>> Acesso em: 09 jun. 2018.

Fontes secundárias

BRAGA, Isabel M. R. Drumond. *A bigamia em Portugal na época moderna: Sentir mal do sacramento do matrimônio?* Lisboa: Hugin, 2003.

_____. O Brasil setecentista como cenário da bigamia. In: SILVA, E. Ribeiro da et al (Org.). *Estudos em homenagem a Luís Antônio de Oliveira Ramos*. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2004, p. 302-311.

BERMAN, Harold J. *LAW and REVOLUTION The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983.

BETHENCOURT, Francisco. *História das inquisições: Portugal, Espanha e Itália - séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

CABRAL, Gustavo César Machado. Jesuitic pragmatic literature and ecclesiastical normativity in Portuguese America (16th-18th centuries). In: DUVE, Thomas; DANWERTH, Otto (Org.). *Knowledge of the pragmatici: Legal and Moral Theological Literature and the Formation of Early Modern Ibero-America* (Max Planck Studies in Global Legal History of the Iberian Worlds, 1). Leiden/Boston: Brill, 2019 (no prelo).

CRUZ, Maria Leonor Garcia da. Relações entre o poder real e a Inquisição (Séculos XVI-XVII): fontes de renda, realidade social e política financeira. In: BARRETO, Luís Felipe et al. (Org.). *Inquisição Portuguesa: Tempo, razão e circunstância*. Lisboa-São Paulo: Prefácio, 2007, pp. 107-126.

DUVE, Thomas. *El Corpus Iuris Canonici: Una Introducción a su Historia a La Luz de la Reciente Bibliografía*. Buenos Aires: *Prudentia Iuris*, n° 61, 2006, p. 71-100.

_____. Was ist „Multinormativität“? *Rechtsgeschichte – LegalHistory*, v. 25, 2017, p. 88- 101.

GIEBELS, Daniel Norte. A Inquisição e a Mitra de Lisboa: análise a partir do governo do arcebispo D. Miguel Castro (1586-1625). *Lusitania Sacra*, Lisboa, v. 23, 2011, p.121-150, jan-jun, 2011.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Como os juristas viam o mundo: Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes*. Lisboa: Creative Space Independent Publishing, 2015.

_____. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 35, 2006, p. 59-81.

MARCOCCI, Giuseppe. *I custodi dell' ortodossia: Inquisizione e Chiesa nel Portogallo del Cinquecento*. Roma: Edizioni di Storia e Letteratura, 2004.

MUNIZ, Pollyana. Cruz e coroa: Igreja, Estado e conflito de jurisdições no Maranhão colonial. *Revista Brasileira de História*, v. 32, v. 63, 2012, p. 39-58.

PAIVA, José Pedro. *Baluartes da fé e da disciplina: O enlace entre a Inquisição e os bispos de Portugal*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

_____. Os bispos e a Inquisição portuguesa (1536-1613). *Lusitania Sacra*, Lisboa, 2ª série, n. 15, 2003, p.43-76.

PROSPERI, Adriano. *Tribunali della coscienza: inquisitori, confessori, missionari*. Torino: Giulio Einaudi, 1996.

SIQUEIRA, Sônia A. A Inquisição portuguesa e os confiscos. *Revista de História da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 40, n. 82, 1970, p.323-340.

VIEIRA JUNIOR, Antonio Otaviano. *A Inquisição e o sertão*. Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, 2008.



O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA COMUNIDADES QUILOMBOLAS

THE BRAZILIAN SOCIAL SECURITY SYSTEM AND PUBLIC POLICIES FOR “QUILOMBOLAS” COMMUNITIES

LEONARDO PASSINATO E SILVA* | EMIKO APARECIDA DE CASTRO MATSUOKA**

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar a justaposição entre o sistema de Seguridade Social brasileiro e as políticas públicas para comunidades quilombolas, com foco nas confluências e contradições entre o arcabouço da Seguridade Social e da Agenda Social Quilombola, estabelecida pelo Decreto nº 6.261/2007. A inexistência de verdadeira articulação normativo-institucional entre tais esferas, atualmente opera como condicionante das dificuldades concretas enfrentadas pelos integrantes de comunidades quilombolas ao buscar acesso à Seguridade Social, principalmente no que se refere a benefícios previdenciários, conforme verificado em estudos de caso. O artigo se inicia com a exposição consecutiva da estrutura da Seguridade Social e dos direitos relativos às comunidades quilombolas no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, promove-se uma reflexão a respeito das consequências da desarticulação entre esses regramentos. Por fim, lança-se uma consideração valorativa do possível sentido de tal desarticulação, ao mesmo tempo em que se expõem possíveis diretrizes para uma maior adequação institucional.

Palavras-chave: Seguridade Social; Agenda Social Quilombola; Direitos Sociais; Comunidades Quilombolas.

ABSTRACT

This article aims to analyze the juxtaposition between Brazilian Social Security system and the public policies addressed to “quilombolas” communities, focusing on the confluences and contradictions between the Social Security framework and “Quilombola” Social Agenda, established by Decree n. 6.261/2007. The lack of a real normative-institutional articulation between these spheres, currently operates as a condition of the concrete difficulties faced by the members of “quilombolas” communities when they search for access to Social Security, mainly in relation to pension benefits, as can be seen in case studies. The article begins with the consecutive exposition of the Social Security structure and the rights related to the “quilombolas” communities in the Brazilian legal system. Subsequently, promotes a reflection concerning the consequences of disarticulation between these regulations. Finally, examines a valuing consideration of a possible meaning of such disarticulation, at the same time that possible guidelines are exposed for a greater institutional suitability.

Keywords: Social Security; “Quilombola” Social Agenda; Social Rights; “Quilombolas” Communities.

* Doutor e Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Analista Técnico de Políticas Sociais, com atuação junto à Secretaria Executiva do Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais - CNPCT, no Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

passinato@usp.br

** Mestre em Ciências Sociais e graduada em Ciências Políticas pela Universidade de Brasília (UnB).

emikomatsuoka@gmail.com

Recebido em 22-7-2019 | Aprovado em 20-8-2019



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 CARACTERIZAÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL E DAS POLÍTICAS PARA COMUNIDADES QUILOMBOLAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO; 1.1 Seguridade social; 1.2 Políticas para comunidades quilombolas; 2. CONSEQUÊNCIAS DA DESARTICULAÇÃO ENTRE A SEGURIDADE SOCIAL E A AGENDA SOCIAL QUILOMBOLA; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo analisar a justaposição entre o sistema de Seguridade Social brasileiro e as políticas públicas para comunidades quilombolas. Fala-se aqui em justaposição por se entender não haver atualmente verdadeira articulação normativo-institucional entre tais temáticas, verificando-se apenas confluências pontuais e assistemáticas, que não levam em consideração as especificidades dos quilombolas no que se refere à definição dos requisitos de acesso à Seguridade Social.

A literatura jurídica e sociológica já apresenta estudos de caso sobre o acesso de comunidades quilombolas à Seguridade Social, mormente em sua dimensão previdenciária. Remete-se a tais estudos, citados no decorrer do artigo, para prover evidência fática do problema ora tratado. Nosso foco, no entanto, é explorar a estrutura da Seguridade Social e da Agenda Social Quilombola (ASQ), em suas proximidades e afastamentos em sede normativa convencional, constitucional e infraconstitucional, como condicionante das dificuldades concretas verificadas naqueles estudos. Sublinhe-se a importância da temática em tela, tendo-se em conta o amplo debate a respeito da Previdência Social em curso na sociedade brasileira.

Principia o presente artigo pela exposição consecutiva da estrutura da Seguridade Social e dos direitos relativos às comunidades quilombolas no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, promove-se uma reflexão a respeito das consequências da desarticulação entre esses regramentos, consistentes em dificuldades adicionais de acesso da população quilombola à Seguridade Social, especialmente – mas não apenas – no campo previdenciário. Por fim, lança-se uma consideração valorativa do possível sentido de tal desarticulação, ao mesmo tempo em que se expõem possíveis diretrizes para uma maior adequação institucional.

1 CARACTERIZAÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL E DAS POLÍTICAS PARA COMUNIDADES QUILOMBOLAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Seguridade Social

Pode-se conceituar a Seguridade Social como o sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da

sociedade, visando assegurar os direitos relativos à Saúde, à Previdência e à Assistência Social.¹

A Declaração Universal dos Direitos Humanos,² de 1948, trouxe importantes definições no tema, a saber:

Art. XXIII

Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

[...]

Art. XXV

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

Ainda no plano internacional, merece destaque a Convenção nº 102 (C102) da Organização Internacional do Trabalho (OIT), relativa à fixação de normas mínimas de Seguridade Social. Adotada em Genebra, em 28 de junho de 1952, a Convenção em tela foi ratificada pelo Brasil em 15 de junho de 2009,³ após sua aprovação por meio do Decreto Legislativo nº 269/2008.

No âmbito interno, a Seguridade Social é regida pelos arts. 194 a 204 da Constituição Federal de 1988 (CF/88). O *caput* do art. 194 estabelece as partes integrantes da Seguridade Social, ao dispor que esta “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

A saúde, regida entre os arts. 196 e 200 da Constituição Federal, consiste em políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF/88, art. 196). Por seu turno, a Previdência Social abrange a cobertura de contingências decorrentes de doença, invalidez, velhice, desemprego, morte e proteção à maternidade, mediante contribuição,⁴ diferentemente da Assistência Social, prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, tendo por objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; a

¹ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2008., p. 19.

² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

³ O texto da Convenção em comento, bem como informações sobre a sua ratificação, encontram-se disponíveis em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235192/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 29 jun. 2019.

⁴ MARTINS, *op. cit.*, p. 21-22.

garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (CF/88, art. 203).

No plano infraconstitucional, há que se mencionar a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências; a Lei nº 8.213, da mesma data, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências; a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências; e a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

Para os fins deste artigo, importa, ainda, destacar o regramento jurídico relativo à figura do segurado especial, cuja definição é dada pelo § 8º do art. 195 da CF/88:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.

O inciso VII do art. 12 da Lei nº 8.212/1991 aprofunda o regramento da condição de segurado especial, cujas principais disposições, para fins de construção conceitual nesta exposição, são as seguintes:

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

[...]

VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros a título de mútua colaboração, na condição de:

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade:

1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais; ou

2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida;

b) pescador artesanal ou a este assemelhado, que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e

c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas *a* e *b* deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo.

§ 1º Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.

[...]

§ 7º Para serem considerados segurados especiais, o cônjuge ou companheiro e os filhos maiores de 16 (dezesesseis) anos ou os a estes equiparados deverão ter participação ativa nas atividades rurais do grupo familiar.

Como se observa, embora guarde muitos elementos em comum com outras figuras nomeadas na disposição legal em comento, os quilombolas não são legalmente abrangidos como segurados especiais. Seu enquadramento na categoria em tela decorre de norma infralegal, a saber, a Instrução Normativa do Instituto Nacional do Seguro Nacional INSS/PRES nº 77, de 21 de janeiro de 2015, cujo art. 40 expressamente inclui na tipologia de segurado especial o quilombola, definido em seu inciso X como “afrodescendente remanescente dos quilombos que integra grupos étnicos compostos de descendentes de escravos”, desde que comprove o exercício de atividade rural.

Há que se frisar que a descrição estabelecida pelo dispositivo em tela não se coaduna com o atual patamar da discussão antropológica relativamente à necessidade de *ressemantização* dos termos “quilombo” e “quilombola”. Nessa ordem de ideias, entende-se que, se há uma norma jurídica dirigida a determinados sujeitos existentes no tempo histórico atual, sua descrição não se pode fundamentar preponderantemente em um sentido historiográfico, devendo levar em consideração a perspectiva de seus destinatários a respeito de sua própria caracterização. Categorias como a do “remanescente”, do “fugitivo” ou do “rebelado” ignoram o caráter dinâmico da formação e consolidação da identidade étnica em resposta à opressão historicamente sofrida, de modo algum restrita ao período pré-abolicionista, não abarcando, portanto, a integralidade do processo de formação histórica das comunidades quilombolas.⁵

O reconhecimento oficial pelo Estado brasileiro da condição de quilombola decorre, no entanto, dos parâmetros estabelecidos em outros instrumentos normativos, ignorados pela Instrução Normativa supracitada, conforme exposto na próxima seção.

1.2 Políticas para comunidades quilombolas

O reconhecimento das comunidades quilombolas como sujeitos de direitos ocorreu um século após a abolição da escravidão no Brasil, com a promulgação da CF/88. Estas comunidades são grupos étnicos marcados por sua ancestralidade africana negra e por um

⁵ Sobre tal perspectiva antropológica, cf. BOYER, Véronique. Qu'est le "quilombo" aujourd'hui devenu? De la catégorie coloniale au concept anthropologique. *Journal de la Société des Américanistes*, Vol. 96, n. 2, 2010, Société des Américanistes Stable, p. 229-251. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/24606485>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

histórico de resistência iniciado durante a época do sistema escravista. O Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, o qual “Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, assim define comunidades quilombolas, em seu art. 2º:

Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Tendo como principal referência constitucional o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), às comunidades quilombolas assegurou-se o direito à propriedade definitiva do território para uso coletivo.⁶ Em que pese o avanço normativo, ainda que extemporâneo, no que diz respeito às garantias constitucionais para as comunidades quilombolas, é necessário ir além do conceito sobre a função social da propriedade e destacar a importância do território como fator fundamental para a sua existência étnica, social e cultural. Nesse sentido, os quilombos possuem uma relação intrínseca com o seu território, ou seja, há um vínculo de territorialidade. Bandeira ressalta que

o controle sobre a terra se faz grupalmente sendo exercido pela coletividade que define sua territorialidade com base em limites étnicos fundados na afiliação por parentesco, co-participação de valores, de práticas culturais e principalmente da circunstância específica de solidariedade e reciprocidade desenvolvidas no enfrentamento da situação de alteridade proposta pelos brancos.⁷

Para Little, territorialidade é “o esforço coletivo de um grupo social para ocupar, usar, controlar e se identificar com uma parcela específica de seu ambiente biofísico, convertendo-a assim em seu ‘território’ ou *homeland*”.⁸ O autor analisa ainda que a territorialidade “tem uma multiplicidade de expressões, o que produz um leque muito amplo de tipos de territórios, cada um com suas particularidades socioculturais”.⁹ Os arts. 215 e 216 da CF/88 reforçam tal conceito, ao garantirem o exercício dos seus direitos culturais e preservação do patrimônio histórico-cultural.

⁶ A CF/88 determina no art. 68, ADCT que “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.” (grifo nosso).

⁷ Apud LITTLE, P. E. Territórios sociais e povos tradicionais do Brasil: por uma antropologia da territorialidade. *Anuário Antropológico*, Brasília, v. 28, n. 1, jun/2003. p. 251-290. Disponível em <http://www.dan.unb.br/images/pdf/anuario_antropologico/Separatas%202002-2003/2002-2003_paullittle.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2019.

⁸ LITTLE, *op. cit.*, p. 253.

⁹ LITTLE, *op. cit.*, p. 254.

Segundo a Fundação Cultural Palmares (FCP), há no Brasil 3.311 comunidades quilombolas certificadas.^{10,11} O procedimento de certificação, que corresponde ao reconhecimento oficial pelo Estado brasileiro da caracterização da comunidade como quilombola,¹² é realizado por meio de processo fundado em manifestação autodeclaratória por essas comunidades, em observância aos preceitos do Decreto nº 4.887/2003, cujo § 1º do art. 2º estabelece que “*para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.*”¹³

A autodefinição também é disciplinada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, que promulgou a Convenção 169 (C169) da OIT, a qual discrimina no seu art. 1º os destinatários dessa norma e destaca que: “*2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.*”¹⁴

O reconhecimento estatal de uma comunidade quilombola, através do procedimento de certificação, é a porta de entrada para as políticas públicas previstas no Programa Brasil Quilombola (PBQ), lançado em 12 de março de 2004, sob coordenação da Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR)^{15,16}. Ademais, a certificação é condição *sine qua non* para que haja a aplicabilidade do art. 68, ADCT e do Decreto nº 4.887/2003 e, dessa forma, seja obtida a posse coletiva do seu território. Este, por sua vez, é de posse *pro indiviso*, cujo título é emitido em nome das associações que legalmente representam as comunidades quilombolas.

Não obstante a previsão constitucional expressa, a atribuição para a titulação dos territórios quilombolas somente foi estabelecida no âmbito do Poder Executivo Federal com a edição da Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001. À época, tal atribuição foi conferida à FCP, vinculada ao então Ministério da Cultura, conforme se aduz da redação dada ao art. 2º, III, da Lei nº 7.668, de 22 de agosto de 1988, segundo o qual cabe à Fundação “realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao

¹⁰ Dados referentes a fevereiro de 2019. Cf. BRASIL. Ministério da Cidadania, Secretaria Especial da Cultura, Fundação Cultural Palmares. *Quadro Geral de Comunidades Remanescentes de Quilombos (CRQs)*. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2019. Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/quadro-geral-13-05-2019.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

¹¹ O movimento quilombola estima que haja no Brasil entre 5 e 6 mil comunidades, conforme se aduz de BARBOSA, Waleska. Oficina debate gestão territorial quilombola. *Ministério do Meio Ambiente*, Brasília, 23 jul. 2018, 18:00. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/14868-noticia-acom-2018-07-3099.html>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹² BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. *Sistema de Monitoramento de Políticas de Promoção da Igualdade Racial: Painéis de Monitoramento SEPPIR (Eixo 1 - Acesso à Terra)*. Brasília, DF: MMFDH, 2014. Disponível em: <<https://monitoramento.seppir.gov.br/paineis/pbq/index.vm?eixo=1>>. Acesso em 01 jun. 2019.

¹³ Grifo nosso.

¹⁴ Grifo nosso.

¹⁵ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Integração de dados do Programa Brasil Quilombola (PBQ). In: PEREIRA, F. S.; VILELA, P. J. (orgs.). *Ações Premiadas no 19º Concurso Inovação na Gestão Pública Federal 2014*. Brasília: ENAP, 2015. 208 p. ISBN 978-85-256-0074-5. p. 82.

¹⁶ A SEPPIR foi criada em 20 de março de 2003 e fazia parte da estrutura da Presidência da República como Secretaria Especial com status de ministério. Seu vínculo institucional foi alterado a partir de 2015, tendo passado por diversos arranjos institucionais desde então. Atualmente, a SEPPIR é integrante do MMFDH, na categoria de Secretaria Nacional.

reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação”.

Com a edição do Decreto nº 4.887/2003, supramencionado, essa atribuição passou a ser do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra):

Art. 3º Compete ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sem prejuízo da competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º O INCRA deverá regulamentar os procedimentos administrativos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, dentro de sessenta dias da publicação deste Decreto.

§ 2º Para os fins deste Decreto, o INCRA poderá estabelecer convênios, contratos, acordos e instrumentos similares com órgãos da administração pública federal, estadual, municipal, do Distrito Federal, organizações não-governamentais e entidades privadas, observada a legislação pertinente.

§ 3º O procedimento administrativo será iniciado de ofício pelo INCRA ou por requerimento de qualquer interessado.

Sem embargo, o número de titulações emitidas até 2018 pelo Incra correspondeu a apenas 157 territórios, totalizando 300 comunidades e 16 mil famílias.¹⁷ Diversos fatores contribuem para esse quadro, os quais abrangem desde estrutura institucional limitada à questões externas, como interesses econômicos e políticos, os quais disputam a posse dos territórios quilombolas e comprometem as tramitações processuais referentes às comunidades.

A condução desses procedimentos legais concernentes à regularização fundiária dos territórios quilombolas é abrangida pelo “Eixo 1” da Agenda Social Quilombola (ASQ), instituída pelo Decreto nº 6.261, de 20 de novembro de 2007, que dispõe sobre a gestão integrada para o desenvolvimento da Agenda Social Quilombola no âmbito do Programa Brasil Quilombola, e dá outras providências. A ASQ organiza o Programa Brasil Quilombola em quatro Eixos,¹⁸ sendo estes: (1) Acesso à Terra; (2) Infraestrutura e Qualidade de Vida; (3) Desenvolvimento Local e Inclusão Produtiva; e (4) Direitos e Cidadania.

O segundo Eixo reúne ações para promover a realização de obras e empreendimentos de infraestrutura, além de equipamentos sociais, para que sejam implementadas políticas de habitação, saneamento e água, eletrificação e vias de acesso (estradas, pontes) e, por conseguinte, políticas de inclusão produtiva, saúde, educação e assistência social. O Eixo seguinte abarca a execução de políticas públicas que estimulem o

¹⁷ Dados atualizados até março de 2019. Fonte: Coordenação-Geral de Regularização de Territórios Quilombolas do Incra. Dados fornecidos pela SEPPPIR/MMFDH em abril de 2019.

¹⁸ O PBQ é caracterizado por sua transversalidade, visto que compreende programas, ações e iniciativas executadas por diversos órgãos governamentais. Para mais detalhes sobre a sua implementação e formas de acesso ao PBQ, doravante descrito, vide: BRASIL. Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República. Guia de Políticas Públicas para Comunidades Quilombolas. Brasília: SEPPPIR/PR, 2013.

desenvolvimento produtivo local das comunidades, assim como políticas de fomento, com respeito às especificidades locais identitárias e culturais, e à sustentabilidade ambiental.

Estas políticas compreendem desde a assistência técnica e extensão rural, à aquisição da produção quilombola em compras governamentais, considerando também a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN). Cabe destaque ainda para as políticas de economia solidária para geração de trabalho e renda.

O último Eixo do PBQ, Direitos e Cidadania, tem como propósito promover o acesso a direitos constitucionais como saúde, educação, documentação básica, registro civil e assistência jurídica. Ações de inclusão digital e assistência social também fazem parte do escopo deste Eixo, a exemplo da Busca Ativa para inclusão de famílias quilombolas no Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico), requisito para acesso a programas sociais, a exemplo do Programa Bolsa Família (PBF).

No que tange especificamente ao sistema de seguridade social, depreende-se que os seus pilares, descritos nos art. 194 a 204 da CF/88, estão parcialmente atendidos no PBQ, considerando o “Guia de Políticas Públicas para Comunidades Quilombolas” de 2013. As ações voltadas ao público quilombola na área da saúde podem ser verificadas na Política Nacional de Saúde Integral da População Negra (PNSIPN), instituída no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) por meio da Portaria GM/MS nº 992, de 13 de maio de 2009. Este instrumento traz, entre seus objetivos específicos, “II – garantir e ampliar o acesso da população negra do campo e da floresta, em particular as populações quilombolas, às ações e aos serviços de saúde”.

Ademais, o III Plano Operativo (2017-2019) da PNSIPN possui como uma de suas estratégias a qualificação e o fortalecimento do

Art. 4º I - [...] acesso da população negra e das comunidades tradicionais (Quilombolas e Terreiros) aos serviços de saúde da atenção básica, em tempo adequado ao atendimento das necessidades de saúde, conforme a Política Nacional de Atenção Básica – PNAB, em especial a Estratégia de Saúde da Família [...]

A fim de se promover o aumento da efetividade desta ação em comunidades quilombolas, foram publicadas duas portarias pelo Ministério da Saúde nos anos de 2006 (Portaria/GM nº 822) e 2008 (Portaria/GM nº 90) que estabeleceram os critérios de atendimento do ESF¹⁹ para esta população.

A prestação da Assistência Social abarca, no caso das comunidades quilombolas, ações previstas na supracitada LOAS que atuam de forma transversal com políticas de infraestrutura e inclusão produtiva, previstas nos Eixos 2 e 3, além do CadÚnico e PBF supramencionados.

¹⁹ Em 2006, o Programa Saúde da Família (PSF) teve o seu reconhecimento como uma política estruturante do SUS e passou a ser definido como Estratégia Saúde da Família (ESF), cf. GIOVANELLA, L.; PINTO, L. F. Do Programa à Estratégia Saúde da Família: expansão do acesso e redução das internações por condições sensíveis à atenção básica (ICSAB). *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 23 (6), jun/2018. Disponível em: <<https://www.scielo.org/article/csc/2018.v23n6/1903-1914/#>>. Acesso em: 30 jun. 2019.

A título de ilustração desta transversalidade, menciona-se o apoio institucional dos Conselhos Municipais de Assistência Social para a seleção das famílias quilombolas cadastradas no CadÚnico que deverão ser beneficiadas com as tecnologias sociais para captação de água previstas no âmbito do Programa Nacional de Apoio à Captação de Água de Chuva e outras Tecnologias Sociais, conhecido como Programa Cisternas, criado em 2003 e instituído por meio da Lei nº 12.783, de 24 de outubro de 2013,²⁰. Outra política pública que dialoga com as atividades desenvolvidas no arcabouço da LOAS e do PBQ é o Programa Luz para Todos (LpT) que oferece às famílias quilombolas e indígenas inscritas no CadÚnico o benefício da Tarifa Social, consistente em desconto concedido na conta de energia elétrica para famílias quilombolas e indígenas com renda *per capita* de até meio salário mínimo, limitado ao consumo mensal de 50 KWh, nos termos da Lei nº 12.212, de 20 de janeiro de 2010.

Em termos de políticas universais de seguridade social, o Benefício de Prestação Continuada (BPC), previsto na LOAS, pode ser acessado pelos(as) idosos(as) quilombolas com idade a partir dos 65 anos, com renda familiar *per capita* de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo. Apesar disso, o BPC não se enquadra na categoria de benefício previdenciário, por não estar atrelado ao recolhimento de contribuição decorrente de atividade remunerada e, portanto, não é cumulativo com o recebimento de aposentadoria.

A despeito da inexistência de ações direcionadas às políticas previdenciárias com recorte para a população quilombola no PBQ, cumpre ressaltar que este tema é presente na C169 da OIT. Tendo sido adotada em Genebra, no ano de 1989, com o início de sua vigência, no plano internacional, em 5 de setembro de 1991, a C169 foi internalizada pelo ordenamento jurídico brasileiro em 19 de abril de 2004, com a promulgação do Decreto nº 5.051, mencionado anteriormente, encontrando-se a atuação do Estado brasileiro, portanto, a ela vinculada.

Em seu art. 24, a C169 estabelece que “os regimes de seguridade social deverão ser estendidos progressivamente aos povos interessados e aplicados aos mesmos sem discriminação alguma”. No conjunto das normas brasileiras, o Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável para Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT), determina como um dos seus objetivos a garantia, no sistema público previdenciário, da adequação “às especificidades dos povos e comunidades tradicionais, no que diz respeito às suas atividades ocupacionais e religiosas e às doenças decorrentes destas atividades” (Anexo, art. 3º, inciso IV).

²⁰ BRASIL. Ministério da Cidadania. Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. *Programa Cisternas*. Brasília, DF: Ministério da Cidadania, 2019. Disponível em: <<http://mds.gov.br/assuntos/seguranca-alimentar/acesso-a-agua-1/programa-cisternas>>. Acesso em: 29 jun. 2019.

2 CONSEQUÊNCIAS DA DESARTICULAÇÃO ENTRE A SEGURIDADE SOCIAL E A AGENDA SOCIAL QUILOMBOLA

A respeito da Previdência Social, a edição de 2004 do *Guia de Políticas Públicas para Comunidades Quilombolas*²¹ trata da inclusão das comunidades no Programa de Educação Previdenciária (PEP), do Ministério da Previdência Social (MPS), voltado ao desenvolvimento de ações de orientação e conscientização sobre os direitos e deveres do cidadão em relação a este programa. Também se apresenta a possibilidade de instalação de agências ou postos do INSS em cidades próximas às comunidades quilombolas, demanda que poderia ser atendida, ainda, por meio de unidades móveis do órgão em tela, em visitas periódicas às comunidades.

De fato, a parceria entre a SEPPIR e o MPS foi formalizada e resultou em ações concretas – a exemplo do Curso de Formadores e Disseminadores em Informações Previdenciárias, realizado em 4 e 5 de julho de 2005, com a participação de 31 lideranças quilombolas oriundas de 21 estados brasileiros.²² Entretanto, a superveniência do Decreto nº 6.261/2007 não previu a inclusão do MPS ou do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) na composição do Comitê de Gestão da Agenda Social Quilombola (CGASQ), o que denota uma ausência de consagração de maior grau institucional para aquela parceria. De fato, a última edição lançada do Guia do PBQ (2013), não menciona nenhuma ação no âmbito do PEP.

A própria gênese do PEP está intrinsecamente relacionada às demandas das comunidades quilombolas por políticas previdenciárias específicas. Com efeito, o PEP surge como um desenvolvimento do Programa de Estabilidade Social (PES), surgido em 2000, por meio da Portaria MPS nº 1.671; e que teve, entre suas primeiras atividades, a realização de palestra para vinte lideranças comunitárias quilombolas em Olinda-PE, em novembro de 2000, com o apoio da FCP, Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil, Secretaria Estadual de Justiça e Comissão Estadual dos Quilombos.²³

Já sob a ótica do arcabouço normativo previdenciário, conforme se pode aduzir da exposição da seção precedente, o enquadramento dos quilombolas na categoria de segurado especial desconsidera as definições e processos normativamente estabelecidos para o reconhecimento das comunidades quilombolas. Essa desarticulação traduz-se em importantes dificuldades para o acesso dos quilombolas à Previdência Social.

Com efeito, as especificidades do modo de vida comunitário quilombola sugerem a conveniência de se estabelecer um regime específico de reconhecimento e acesso à

²¹ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. *Programa Brasil Quilombola*. Brasília, DF: SEPPIR/PR, 2004. p. 35. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/dilma-vana-rousseff/publicacoes/orgao-essenciais/secretaria-de-politicas-de-promocao-de-igualdade-racial/programa-brasil-quilombola-1/@@download/file/brasilquilombola_2004.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2019.

²² BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. *Relatório de atividades 2005 - SEPPIR*. Brasília, DF: SEPPIR/PR, 2005. p. 19. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/dilma-vana-rousseff/publicacoes/orgao-essenciais/secretaria-de-politicas-de-promocao-de-igualdade-racial/relatorio-de-atividades-2005/@@download/file/relatorio_2005.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

²³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *As boas práticas brasileiras em Seguridade Social*. Vol. 1. Brasília: OIT, 2012. p. 104-105. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_234579.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

Previdência Social para este público. Tal necessidade é evidenciada pelo contraste oferecido pelo regramento relativo aos povos indígenas, também reconhecidos como segurados especiais na sistemática da IN INSS/PRES nº 77, com duas importantes distinções em relação ao enquadramento da população quilombola.

Primeiramente, a definição de indígena para fins de inclusão no conceito de segurado especial, nos termos do § 3º do art. 39 daquela Instrução Normativa, perpassa o reconhecimento da condição indígena pela Fundação Nacional do Índio (Funai), ao passo que a definição de quilombola para fins de enquadramento ignora a atuação de órgãos análogos na matéria, principalmente da FCP. Em segundo lugar, é reconhecido locus institucional à Funai não apenas para a identificação da condição de indígena, mas como parte integrante do processo de concessão do benefício previdenciário.

Vê-se, nesse sentido, a previsão de atuação do órgão indigenista para a emissão de certificação da condição do indígena como trabalhador rural (art. 47, XI), passível de homologação somente quanto à forma do documento (art. 111, § 2º). A inscrição e certificação dos dados referentes aos períodos de exercício de atividade do indígena na condição de segurado especial são realizadas por servidores públicos da Funai, que deverá manter sob sua guarda e responsabilidade os documentos que serviram de base para a inscrição e certificação dos períodos de exercício da atividade, podendo o INSS solicitá-los a qualquer momento (art. 118, §§ 2º e 3º). Ademais, a notificação dirigida ao órgão regional da Funai no curso do processo administrativo equivalerá à notificação direta do segurado especial indígena (art. 617, § 6º).

Tal discrepância entre a larga participação da Funai no pleito beneficiário indígena e a inexistência de mediação institucional no caso dos segurados especiais quilombolas apresenta-se como um obstáculo ao acesso dos comunitários ao benefício previdenciário, ao que sustenta dever-se a diversidade de regimes a certa simpatia suscitada no imaginário brasileiro pelo “exotismo” indígena, em contraposição ao escasso prestígio sociocultural experimentado pela população negra rural.²⁴

Relegados à sistemática geral dos segurados especiais, resta aos quilombolas recorrer ao sindicato dos trabalhadores rurais local, enquanto entidade apta a emitir declaração comprobatória da atividade rural, o que se dá de maneira onerosa para o pleiteante e com subversão do sentido social dos sindicatos, ora percebidos não como uma instância organizacional reivindicatória dos trabalhadores, mas como um aparato do rito burocrático de acesso à aposentadoria.²⁵ Qualquer benefício que advenha para as comunidades quilombolas desse enquadramento é reflexo de avanços na melhoria geral da condição dos segurados especiais, e não de uma consideração específica sobre as peculiaridades dos segurados quilombolas.

²⁴ JORGE, A. L. Comunidades quilombolas e direitos previdenciários. In: *VI jornada internacional de políticas públicas: o desenvolvimento da crise capitalista e a atualização das lutas contra a exploração, a dominação e a humilhação*, 2013, São Luís. Anais [...]. São Luís: UFMA, 2013. p. 5-6. Disponível em: <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2013/JornadaEixo2013/anais-eixo16-impassesdesafiosdaspoliticadaseguridadesocial/pdf/comunidadesquilombolasedireitosprevidenciarios.pdf>>.

Acesso em: 25 jun. 2019.

²⁵ JORGE, *op. cit.*, p. 6-7.

Como exemplo dessa última afirmação, tem-se a experiência de ampliação do processo de inserção de dados de segurados especiais no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS-Rural), propiciada a partir de acordo firmado em 2009 entre o então MPS e a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag), que, por via reflexa, beneficia os quilombolas e demais povos e comunidades tradicionais rurais desprovidos de regulamentação específica na matéria.²⁶

De qualquer modo, mesmo para integrarem a cobertura geral dos segurados especiais, os quilombolas dependem de sua própria capacidade de auto-organização no nível comunitário para suplantar as barreiras materiais e sociais de acesso aos sindicatos rurais e demais instâncias necessárias, constituindo os laços de solidariedade e apoio mútuo a única alternativa às relações de clientelismo envolvendo atores extracomunitários.²⁷

Tais barreiras compreendem, entre outras, as dificuldades de deslocamento até os sindicatos e as agências previdenciárias, em decorrência do isolamento geográfico de grande parte dos territórios quilombolas; a escassez de recursos financeiros; o desconhecimento dos direitos a que se faz jus na seara previdenciária; e a incontornabilidade da esfera administrativa para a apresentação de pleito judicial, o que torna inefetivo o exercício de direito fundamental.²⁸ Some-se a isso a própria incompreensão institucional dos servidores do INSS a respeito das comunidades quilombolas, com a perpetuação de estereótipos relativos a um suposto distanciamento sociocultural dos quilombos em relação ao restante da sociedade brasileira.²⁹

Ademais, há que se considerar o impacto da não conclusão do procedimento de regularização fundiária de muitos territórios quilombolas como um fator agravante das barreiras em comento. A pendência de reconhecimento formal do domínio comunitário sobre os territórios tradicionais inviabiliza o pleno exercício da condição de ruralidade das comunidades, contribuindo para a precarização de suas condições de subsistência material, social e cultural. A miserabilidade decorrente da turbação do território tradicional a um só tempo reforça as barreiras supracitadas e evidencia a urgência no acesso à Seguridade Social.³⁰

O conjunto de especificidades inerentes ao modo de vida tradicional das comunidades quilombolas ensejaria solução específica para sua inserção no quadro dos segurados especiais, analogamente ao que se logrou no tocante à população indígena. Tal solução poderia envolver a participação institucional da FCP, com atuação declaratória paralela àquela desempenhada pela Funai,³¹ e até mesmo das próprias associações

²⁶ ARRUDA, P. Gabas assina mais um convênio para o CNIS-Rural. *Ministério da Previdência Social*. Brasília, 2010. Disponível em <<https://mps.jusbrasil.com.br/noticias/2208431/segurado-especial-gabas-assina-mais-um-convenio-para-o-cnis-rural>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

²⁷ JORGE, *op. cit.*, p. 7-8.

²⁸ NÓBREGA, Candida Dettenborn. *Efetividade do princípio constitucional da universalidade da cobertura e do atendimento da seguridade social como fator de inclusão social nas comunidades quilombolas: estudo de caso na comunidade Grotão no município de Filadélfia - TO*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 63-64. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/12779/1/61500100.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

²⁹ JORGE, *op. cit.*, p. 6.

³⁰ NÓBREGA, *op. cit.*, p. 68-69.

³¹ JORGE, *op. cit.*, p. 5.

comunitárias, substituindo, em alguma medida, o papel atualmente desempenhado pelos sindicatos rurais.

Como há previsão de custeio, não se trata, de modo algum, do estabelecimento de uma subcategoria privilegiada de segurado especial em detrimento do restante da sociedade, mas da promoção da igualdade material, em vista dos obstáculos verificados para o pleno acesso das comunidades quilombolas à cobertura previdenciária a que seus integrantes fazem jus.³² Cumpre frisar, além disso, os dispositivos aplicáveis na matéria contidos na C169, nomeadamente, seu supramencionado art. 24.

Uma questão resta em aberto: qual a razão pela qual a esfera previdenciária não terá logrado maior grau de institucionalização no âmbito da ASQ, em contraste com a consolidação experimentada pelas demais dimensões da Seguridade Social? A resposta dependeria de um estudo histórico aprofundado do PBQ, impossível de se realizar nos limites do presente trabalho.

De qualquer modo, tal retrocesso no tratamento da matéria no contexto da política pública em comento pode sugerir o influxo de certa percepção estereotipada da tradicionalidade como fator de alienação das comunidades quilombolas em relação à realidade socioeconômica nacional, seja no que se refere a uma suposta preponderância da solidariedade comunitária sobre a participação de recursos monetários para a satisfação das necessidades decorrentes de contingências; seja no tocante à dificuldade de reconhecimento das atividades desempenhadas para a reprodução do modo de vida tradicional como inerentes ao mundo do trabalho e da produção e integradas à dinâmica econômica da sociedade brasileira, sendo dignas, portanto, de cobertura propriamente previdenciária, e não assistencial.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme relatado, a inexistência de previsões normativas adaptadas às especificidades comunitárias e a descontinuidade de articulações institucionais entre os respectivos órgãos competentes resulta em uma inadequação de diversos aspectos justapostos das esferas da Seguridade Social e da Agenda Social Quilombola, com impactos para as demandas cotidianas de acesso da população quilombola à Seguridade Social, sobretudo em sua dimensão previdenciária.

A promoção de melhoria das condições de vida dos quilombolas, neste aspecto, perpassa a retomada daquela articulação institucional, com a implementação de alterações normativas que confirmam aos órgãos competentes no âmbito da Agenda Social Quilombola, maiores atribuições para o acesso dos quilombolas à Seguridade Social, traduzindo-se, especialmente, na atribuição de funções institucionais no processo administrativo de concessão de benefícios previdenciários, de maneira análoga à atividade desempenhada pela Funai no tocante à população indígena.

³² NÓBREGA, *op. cit.*, p. 18-19, 21.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, P. Gabas assina mais um convênio para o CNIS-Rural. *Ministério da Previdência Social*. Brasília, 2010. Disponível em: <<https://mps.jusbrasil.com.br/noticias/2208431/segurado-especial-gabas-assina-mais-um-convenio-para-o-cnis-rural>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

BARBOSA, Waleska. Oficina debate gestão territorial quilombola. *Ministério do Meio Ambiente*, Brasília, 23 jul. 2018, 18:00. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/14868-noticia-acom-2018-07-3099.html>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BOYER, Véronique. Qu'est le "quilombo" aujourd'hui devenu? De la catégorie coloniale au concept anthropologique. *Journal de la Société des américanistes*, Vol. 96, n. 2, 2010, *Société des Américanistes Stable*, p. 229-251. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/24606485>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Cidadania, Secretaria Especial da Cultura, Fundação Cultural Palmares. *Quadro Geral de Comunidades Remanescentes de Quilombos (CRQs)*. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2019. Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/quadro-geral-13-05-2019.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

_____. Ministério da Cidadania. Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. *Programa Cisternas*. Brasília, DF: Ministério da Cidadania, 2019. Disponível em: <<http://mds.gov.br/assuntos/seguranca-alimentar/acesso-a-agua-1/programa-cisternas>>. Acesso em: 29 jun. 2019.

_____. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. *Sistema de Monitoramento de Políticas de Promoção da Igualdade Racial: Painéis de Monitoramento SEPPIR (Eixo 1 - Acesso à Terra)*. Brasília, DF: MMFDH, 2014. Disponível em: <<https://monitoramento.seppir.gov.br/paineis/pbq/index.vm?eixo=1>>. Acesso em 01 jun. 2019.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Integração de dados do Programa Brasil Quilombola (PBQ). In: PEREIRA, F. S.; VILELA, P. J. (orgs.). *Ações Premiadas no 19º Concurso Inovação na Gestão Pública Federal 2014*. Brasília: ENAP, 2015. 208 p. ISBN 978-85-256-0074-5.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. *Guia de Políticas Públicas para Comunidades Quilombolas*. Brasília: SEPPIR/PR, 2013.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. *Programa Brasil Quilombola*. Brasília, DF: SEPPIR/PR, 2004. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/dilma-van-rouseff/publicacoes/orgao-essenciais/secretaria-de-politicas-de-promocao-de-igualdade-racial/programa-brasil-quilombola-1/@@download/file/brasilquilombola_2004.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2019.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. *Relatório de atividades 2005 - SEPPIR*. Brasília, DF: SEPPIR/PR, 2005. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/dilma-vanarousseff/publicacoes/orgao-essenciais/secretaria-de-politicas-de-promocao-de-igualdade-racial/relatorio-de-atividades-2005/@@download/file/relatorio_2005.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

GIOVANELLA, L.; PINTO, L. F. Do Programa à Estratégia Saúde da Família: expansão do acesso e redução das internações por condições sensíveis à atenção básica (ICSAB). *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 23 (6), jun./2018. Disponível em: <<https://www.scielo.org/article/csc/2018.v23n6/1903-1914/#>>. Acesso em: 30 jun. 2019.

JORGE, A. L. Comunidades quilombolas e direitos previdenciários. In: *VI jornada internacional de políticas públicas: o desenvolvimento da crise capitalista e a atualização das lutas contra a exploração, a dominação e a humilhação*, 2013, São Luís. Anais [...]. São Luís: UFMA, 2013. Disponível em: <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2013/JornadaEixo2013/anais-eixo16-impasse-desafios-das-politicas-da-seguridade-social/pdf/comunidades-quilombolas-e-direitos-previdenciarios.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

LITTLE, P. E. Territórios sociais e povos tradicionais do Brasil: por uma antropologia da territorialidade. *Anuário Antropológico*, Brasília, v. 28, n. 1, jun./2003, p. 251-290. Disponível em: <http://www.dan.unb.br/images/pdf/anuario_antropologico/Separatas%202002-2003/2002-2003_paulittle.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2019.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NÓBREGA, Candida Dettenborn. *Efetividade do princípio constitucional da universalidade da cobertura e do atendimento da seguridade social como fator de inclusão social nas comunidades quilombolas: estudo de caso na comunidade Grotão no município de Filadélfia - TO*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/12779/1/61500100.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *C102 – Normas mínimas da Seguridade Social*. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235192/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 29 jun. 2019.

_____. *As boas práticas brasileiras em Seguridade Social*. Vol. 1. Brasília: OIT, 2012. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_234579.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.



UMA UNIVERSIDADE PARA O SEMIÁRIDO: O PENSAMENTO DE OTTO DE BRITO GUERRA

A UNIVERSITY FOR SEMIARID: THE THOUGHT OF OTTO DE BRITO GUERRA

JOSÉ ALBENES BEZERRA JÚNIOR*

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o pensamento do professor e jurista Otto de Brito Guerra, correlacionando as atividades acadêmicas, por ele desenvolvidas, o papel da universidade e a realidade do ensino jurídico. Coube, inicialmente, fazer um breve relato da história e trajetória desse jurista potiguar. Em seguida, foi feita uma análise das atividades de extensão desenvolvidas ao longo da sua carreira profissional, com ênfase para as desenvolvidas com foco na problemática da seca e do semiárido potiguar. Por fim, foi desenvolvida uma abordagem acerca da necessidade da inserção das problemáticas locais nos projetos e atividades desenvolvidas no âmbito das universidades.

Palavras-chave: Educação jurídica; Otto de Brito Guerra; Semiárido.

ABSTRACT

This article aims to analyze the thinking of professor and jurist Otto de Brito Guerra, correlating the academic activities developed by him, the role of the university and the reality of legal education. Initially, it was necessary to give a brief account of the history and career of this Potiguar jurist. Then, an analysis was made of the extension activities developed throughout his professional career, with emphasis on those developed focusing on the problem of drought and potiguar semiarid. Finally, an approach was developed about the need to include local issues in university projects and activities.

Keywords: Legal education; Otto Brito Guerra; Semiarid region.

* Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA).

albenes.junior@ufersa.edu.br

Recebido em 18-7-2019 | Aprovado em 13-8-2019



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO DE OTTO DE BRITO GUERRA; 1 O PAPEL DA UNIVERSIDADE, ESTUDOS SOBRE A SECA E SEMIÁRIDO; 2 DOS ENSINAMENTOS DE OTTO DE BRITO GUERRA À REALIDADE; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO DE OTTO DE BRITO GUERRA

Aos dois de julho de mil novecentos e dois nascia Otto de Brito Guerra, em Mossoró-RN, filho de Felipe Neri de Brito Guerra e Maria Gurgel de Brito Guerra. Estudou, entre 1926 e 1929, no Atheneu Norte-Rio-Grandense, em Natal-RN, onde conclui o curso secundário. Aluno da última turma dos professores cônegos Estevão Dantas e João Tibúrcio; e aluno da primeira turma de Luís da Câmara Cascudo¹.

Em 1930 matricula-se na Faculdade de Direito do Recife-PE, onde foi aprovado no vestibular da UFPE. Passa a morar em pensão, juntamente com vários acadêmicos dos cursos de Medicina e Direito. Em 12 de dezembro de 1933 recebe o Diploma de Bacharel em Ciências Jurídicas expedido pela Faculdade de Direito do Recife-PE. No mesmo ano pronuncia, na Faculdade de Direito do Recife, a conferência “O problema da ordem jurídica e social do Nordeste”².

Foi o segundo Promotor Público da Comarca de Natal-RN entre os anos de 1935 e 1939. Em 1936 requer a sua inscrição na OAB-RN, obtendo a inscrição de número de dezessete (17). Neste mesmo ano, participa, com um grupo de amigos intelectuais liderados por Luís da Câmara Cascudo, da fundação da Academia Norte-Rio-Grandense de Letras, em Natal (RN), como um dos seus instituidores e primeiro ocupante da Cadeira número três (03). Entre os anos de 1941 e 1955 assume o cargo de efetivo de Assistente Jurídico, depois Consultor Jurídico do Departamento de Municipalidades do Rio Grande do Norte³.

Em 1950 publica “A Batalha das Secas: o Nordeste e a missão do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas”, coletânea de artigos publicados no jornal “A Ordem”, Natal-RN, encerrando com o artigo “Açudes e peixes” de 12 agosto de 1949, do mesmo jornal. Foi, entre os anos 1951 e 1996, membro da Diretoria da Revista da Academia Norte-Rio-Grandense de Letras (Natal-RN)⁴.

Em dezembro de 1954 passaria a ser Professor de Direito Civil (Família e Sucessões), da Faculdade de Direito de Natal, onde esteve presente à Sessão Solene de Instalação da Faculdade de Direito de Natal, na sala da Congregação de Professores, no Instituto de Educação do Atheneu Norte-Rio-Grandense. Participou, também, da primeira reunião

¹ FIGUEIRÊDO, Gildete Moura. *In Memoriam: Centenário de Nascimento de Otto de Brito Guerra*, p.01. Acesso em 28 de dezembro de 2015 através do link <http://www.bczm.ufrn.br/site/conteudo/cronologia_OTTO_GM_28-06-2012.pdf>

² Idem, p.04.

³ Idem, p.05.

⁴ Idem, p.16.

ordinária da Congregação de Professores da Faculdade de Direito de Natal. Entre os anos de 1956 e 1958 foi Vice-Diretor da Faculdade de Direito de Natal⁵.

Em 1962 foi Diretor da Faculdade de Direito de Natal, instituiu o Serviço de Prática Jurídica da Faculdade de Direito de Natal da UFRN, baseado na experiência observada pessoalmente, na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ)⁶.

Em 1980 organiza e publica “O nordeste Semiárido, velhos problemas sempre atuais de Felipe Guerra” pela Coleção Mossoroense. Publica, também, a segunda edição de “A batalha das secas: o Nordeste e a missão do Departamento de Obras Contra as Secas”. Em 1983 publica “Tragédia e Epopeia do Nordeste”, artigos publicados em jornais do Rio Grande do Norte entre os anos de 1948/53. Em 1989 organiza e publica o “Vigésimo Primeiro Livro das Secas”, pela Escola Superior de Agronomia de Mossoró e a Fundação Guimarães Duque ESAM/FGD⁷.

Em 1992 publica em Natal, pela Fundação José Augusto, “Otto Guerra: Biografia uma visão do semiárido, 55 anos de produção”. Em 1994 publica “A verdadeira Transnordestina”, pela Fundação *Vingt-un* Rosado, Mossoró-RN. E, aos 16 de março morre, em Natal, às 05h45min de um sábado, aos 83 anos de idade⁸.

O artigo tem como problema a relação de observação entre a trajetória desenvolvida pelo jurista Otto de Brito Guerra e o recente papel da universidade na construção dos estudos, pesquisas e atividades correlacionados com as problemáticas do semiárido. Para isso, o texto propõe dois objetivos: a apresentação das contribuições deixadas pelo jurista potiguar e a crítica quanto ao atual papel da universidade na definição de soluções para as problemáticas do semiárido.

1 O PAPEL DA UNIVERSIDADE, ESTUDOS SOBRE A SECA E O SEMIÁRIDO

O professor Otto de Brito Guerra foi um dos desbravadores dos estudos do papel da universidade e sua relação com os estudos da seca e do semiárido. A criação e a formação de núcleos temáticos foram fundamentais para o desenvolvimento dos referidos estudos. No texto “A UFRN e a seca”, afirmava o professor Guerra⁹:

“Interessados por estudos sobre o semiárido e em especial sobre a seca, os pesquisadores do núcleo temático ‘A problemática da Seca no RN’, da UFRN, vêm a público informar sobre o trabalho realizado e os resultados a que chegaram até agora no fenômeno da Seca, de dimensão natural, social, política e tecnológica, que, a partir da criação do IFOCS, há mais de oitenta anos, vem sendo enfrentado com políticas fragmentadas e nem sempre definidas”.

⁵ Idem, p.33-34.

⁶ Idem, p.39.

⁷ Idem, p.49-51.

⁸ Idem, p.59-62.

⁹ GUERRA, Otto de Brito. *A UFRN e a Seca*. Natal: Clima Artes Gráficas, 1993, p. 01.

Havia, por parte do professor Otto de Brito Guerra e os seus grupos temáticos de estudos, a preocupação com as razões fenomenológica das secas, bem como a preocupação com o acompanhamento (e fiscalização) das políticas públicas desenvolvidas para sanar ou amenizar as mazelas desse fenômeno.

Os estudos foram iniciados na Universidade Federal do Rio Grande do Norte a partir de um registro cronológico que informa a existência do fenômeno iniciado no ano de 1583. Tendo consciência que no âmbito da Universidade atuamos especificamente no nível de produção de conhecimentos e não na definição ou reformulação de políticas, procurou-se conhecer: fatos que vinham se repetindo com maior frequência durante as estiagens e ocorrências oriundas de política anti-seca¹⁰.

Pelos registros históricos, feitos por cronistas a partir de 1587 (Gabriel Soares de Souza, por exemplo), verificou-se que a fome, a falta d'água, os saques, o êxodo das populações, a mortandade e as inadequadas opções alimentares, citadas por Tavares de Lira, em 1919, são fatos que sistematicamente se repetem do século XVI ao século XX¹¹.

A análise das políticas anti-seca encaminhava os estudos para conclusões negativas, pois, em decorrência de políticas anti-seca, verificou-se a permanência durante o século XX de dois elementos que podem caracterizar o que historicamente se denomina de "indústria da Seca": a má utilização de somas vultuosas em Programas de "Socorros Públicos" e a pouca correspondência existente entre os recursos empregados e os resultados obtidos pelos Programas ditos 'permanentes'¹².

Os programas de "Socorros Públicos" tiveram a sua administração denunciada na última década do século XIX (1890), pelo Dr. Afonso da Silva Gordo, primeiro Governador Interino da Fase Republicana do Rio Grande do Norte. Ao passar a administração do Estado ao então chefe interino da Polícia, Sr. Jerônimo Américo Raposo da Câmara, declarou Dr. Afonso da Silva Gordo: Se a seca tem sido uma calamidade, maior calamidade tem sido os SOCORROS, já pelas somas fabulosas esbanjadas, já pela falta de patriotismo dos antigos administradores deste Estado, como das Comissões de Socorro, na direção desses serviços¹³.

A falta de correspondência entre os recursos empregados e os resultados obtidos pelos programas considerados "permanentes" é evidenciada pelos depoimentos de técnicos, administradores e políticos. Muitas informações foram obtidas em 1910, pelo Dr. Roderick Crandall no seu clássico 'Geografia, Geologia, Suprimento D'água, Transporte e Açudagem nos Estados Orientais do Norte do Brasil: Ceará, Rio Grande do Norte e Paraíba¹⁴.

Contratado pelo Dr. Arrojado Lisboa, primeiro Diretor do DNOCS, no ano de 1909, como geólogo norte-americano, ao estabelecer comparações entre a soma de dinheiro a disposição da RECLAMATION SURVEY, organização americana responsável pelos programas do semiárido, nos Estados Unidos, e a soma gasta durante a seca de 1877, no Brasil, informou:

Tem sido informado que durante a seca de 1877 a soma despendida pelo Governo Federal do Brasil foi de cerca de 80.000 contos ou quase metade da soma despendida

¹⁰ Idem, p.01.

¹¹ Idem, p.01-02.

¹² Idem, p.02.

¹³ Idem, p.02.

¹⁴ Idem, p.02.

nos Estados Unidos durante os últimos dez anos". (...) Para esta soma de dinheiro são muito poucos os resultados obtidos (...) Desde a seca de 1877 que causou tão tremendas perdas de vida nos Estados do Nordeste do Brasil, tem havido constante derrama de dinheiro do Tesouro Nacional, a qual até hoje deve exceder cem mil contos, pois somente em 77 e 78 foram aproximadamente 80.000 contos, conforme se vê em vários livros sobre aquela era. Com o dinheiro despendido desse tempo até hoje no Norte quase nada há que mostrar como resultado permanente de todo esse dispêndio, e, mais do que isto, está a região em tais condições que se repetissem as circunstâncias de 76 a 78 acarretariam extremos sofrimentos e perdas de vida. (...) Quer isto dizer que o dinheiro gasto endereçou-se a sofrimentos sem qualquer compreensão das causas e condições reais que produzem este anormal estado de coisas, nem tentativa para as compreender¹⁵.

Em 1953, o então governador Sílvio Pedrosa, referindo-se ao problema das secas no Estado, afirma sobre os Açudes Gargalheiras e Oiticica, na sua mensagem Governamental:

Vemos como, apesar de suas vultuosas dotações orçamentárias e a magnitude de seus serviços, o vagaroso e enigmático AÇUDE GENERAL DUTRA nunca forneceu trabalho a mais de 200 homens. No boqueirão de Oiticica, cuja construção está sendo retomada, milhares de homens trabalhando desordenadamente, sem ferramentas, ou organização, consumiram em dois anos mais de dois milhões de cruzeiros sem que o serviço já feito corresponda absolutamente à importância paga¹⁶.

Neste mesmo ano, em discurso pronunciado na Câmara Federal, o Deputado Aluizio Alves denunciava a administração do Programa de Irrigação, assinalando que em quarenta e quatro anos foram gastos dois milhões de cruzeiros para se conseguir apenas dois mil hectares irrigados de um programa que devia contar com 200 mil hectares¹⁷.

Considerando que ainda hoje persiste nos programas "permanentes da seca" a falta de correspondência entre os recursos empregados e os resultados obtidos, destaco a seguinte passagem do texto do professor Otto de Brito Guerra, na obra "Seca: Coleção Especializada"¹⁸

Mesmo que não se conheça a soma de recursos empregados na construção da Barragem Armando Ribeiro Gonçalves e os investimentos realizados na infraestrutura dos Projetos de irrigação, não parecem irrisórios os resultados alcançados no Vale do Assú, depois de dez anos inaugurada a Barragem, se consideramos o que foi prometido ao povo pelos gestores do programa, em termos de 300 mil toneladas/ano de produtos agrícolas, 33 milhões de litros de leite por ano, 10 mil empregos permanente, lembrados recentemente pelo Dr. Mário Moacir Porto, na imprensa local?

Além da persistência desses fatos e ocorrências, sinalizadores de políticas e gestões pouco eficazes, o professor Otto de Brito Guerra enumerou o que ele chamou de

¹⁵ Idem, p.03-04.

¹⁶ Idem, p.03-04.

¹⁷ Idem, p.04.

¹⁸ GUERRA, Otto de Brito. *Seca: Coleção Especializada*. Natal: Editora Universitária, 1988, p.02.

“constatações” que sugeriram correções de distorções que incidem numa política financeira desastrosa e tendem a agravar cada vez mais a situação de vida do pequeno produtor.

A primeira constatação foi o desconhecimento dos custos reais dos Programas, voltados para a seca, considerando a superposição de fontes e órgãos gerenciadores desses programas. Já a segunda constatação foi a contradição entre as políticas que dizem priorizar os grupos mais vulneráveis aos efeitos da seca e os planos de ações governamentais implantados¹⁹.

A terceira constatação foram as perdas significativas impostas ao Estado, Municípios e populações, pela implantação de programas de açudagem e irrigação, no Rio Grande do Norte. Exemplo de alto custo social desses programas foi a construção da Barragem Armando Ribeiro Gonçalves que destruiu um potencial mineralógico e reservas arqueológicas que colocavam em destaque o município de São Rafael. Destruiu também a sua infraestrutura física, agrícola e urbana, além de provocar expropriação de um grande contingente populacional²⁰.

A quarta constatação foi a descontinuidade administrativa dos Programas dirigidos ao pequeno produtor. Os casos dos programas de Distribuição de Terras no Norte e no Nordeste (PROTERRA), do Projeto Sertanejo; do Programa de Apoio ao Pequeno Produtor (PAPP), entre outros, ilustram o descaso com políticas de apoio à pequena produção. Em particular, a recente reorientação do PAPP para atividades de caráter assistencialista diz da pouca consistência e do caráter temporal que assumem as políticas públicas para a seca²¹.

A quinta constatação reveste-se de importância capital para os pesquisadores do Núcleo Temático da Seca: a inexistência de um diálogo entre as elites nordestinas e os usuários e críticos desses Programas – capazes de garantir uma convivência salutar entre relações concorrentes, complementares e antagônicas, – aponta para uma tradicional resistência dessas elites a mudanças. Citamos exemplos:

- i) A demissão do Engenheiro Arthur Padilha, da 1ª. Diretoria do DNOCS (Recife) em 1986, por sugerir mudanças no Programa de Irrigação do Nordeste (PROINE), caracteriza o poder das elites. Para o engenheiro, o PROINE era inexecutável e afirma: “Os 4,3 bilhões de dólares que deverão custear o Programa em quatro anos estão sendo jogados fora”. Padilha justifica essa afirmação: “irrigar um milhão de hectares no Nordeste, como pretende o Programa, com limitações técnico-científicas, obedecendo aos mesmos esquemas que provocaram o insucesso dos planos anteriores, faz com que o PROINE esteja fadado ao fracasso” (Jornal do Brasil, setembro de 1986).
- ii) Quarenta anos depois, o Prof. Aldo da Cunha Rebouças, Presidente da Associação Latino-Americana de Hidrogeologia e integrante do Centro de Pesquisas de Águas Subterrâneas da USP, afirma em recente entrevista ao Diário de Natal “que a região do semiárido nordestino possui grandes recursos de água na sua área subterrânea, mas isso é pouco explorado pelos governadores, que, ao invés de buscar uma solução concreta para o problema secular da estiagem, preferem continuar investindo na chamada “indústria da seca”²².

¹⁹ GUERRA, Otto de Brito. *Seca: Coleção Especializada*. Natal: Editora Universitária, 1988, p.03.

²⁰ Idem, p.04.

²¹ Idem, p.06.

²² Idem, p.08.

A sexta constatação foi a agudização das contradições estruturais – desemprego, concentração de terra, água e renda pela intervenção histórica do poder público no semiárido, por ocasião da seca. Na prática isso aparece assim:

- i) O Estado tem sido o maior ator no processo de concentração fundiária pela apropriação da terra, para construção de grandes obras hidráulicas. Em consequência, tem provocado, além da expropriação em massa de trabalhadores rurais e pequenos proprietários, uma desarticulação e até o desaparecimento das tradicionais formas de sobrevivência. Ao lado disso, a prática sistemática da emergência tem provocado uma visível mudança comportamental, ou seja, dependência ao governo e entrada na sociedade de consumo;
- ii) A implementação de grandes obras de engenharia, notadamente grandes barragens e açudes, provocando a supervalorização do solo agrícola, tem sido responsável pela especulação fundiária, resultante da valorização da terra, dificultando assim a efetivação de projetos de irrigação e colonização, previstos para o trabalhador rural;
- iii) Há igualdade nas condições de pobreza e reprodução da família trabalhadora, visualizada tanto em municípios onde há abundância do fator hídrico, como naqueles onde é menor o índice pluviométrico;
- iv) Subutilização da força de trabalho agrícola caracterizada pela dispensa de trabalhadores e redução das atividades produtivas²³.

Toda essa transformação tem levado a uma mudança nos padrões da pequena produção, fazendo com que a combinação entre o cultivo para a comercialização e para a subsistência apresente-se desequilibrada. Desarticulando-se a lógica interna da unidade de produção familiar, torna-se quase impossível a convivência desse setor com a sociedade como um todo, o que tem implicado num crescente empobrecimento da classe trabalhadora rural²⁴.

Segundo Otto de Brito Guerra, em “Vida e Morte do Nordeste”, muitas sínteses constituíram, para os pesquisadores da Problemática da Seca da UFRN, indicadores a partir dos quais os Poderes Públicos poderiam refletir acerca das políticas empreendidas sob sua responsabilidade²⁵.

Entre elas, a de que as instituições governamentais e o poder político nordestino, responsáveis pela implementação de políticas públicas de enfrentamento das secas, obstinam-se em desconhecer ou não levar em conta as evidências que a história tem revelado ao longo desses cinco séculos²⁶.

Além disso, os projetos “supostamente permanentes” foram caracterizados por uma política emergencial, paternalista, quase sempre improvisada, o que acarretava a ausência de uma prática de planejamento permanente, que se levava em conta: i) Um inventário das problemáticas e recursos disponíveis em cada uma das oito bacias hidrográficas; ii) A definição de estratégias de soluções a curto, médio e longo prazos²⁷.

²³ Idem, p.11.

²⁴ Idem, p.13.

²⁵ GUERRA, Otto de Brito. *Vida e Morte do Nordeste*. Natal: Editora Universitária, 1989, p.31.

²⁶ Idem, p.32.

²⁷ Idem, p.34.

Necessária era a correção de distorções a partir de uma avaliação sistemática dos programas implementados. Foi observado a inexistência no setor público de um sistema contábil tal como se faz com o setor privado, onde sejam avaliados perdas do capital acumulado em terra, infraestrutura física, recursos minerais, vegetação, benfeitorias, produção agrícola, etc., destruídos em grande parte pelas políticas de seca²⁸.

Somado a tudo isso, o caráter autoritário, marca predominante dos programas de açudagem, continuou impossibilitando um atendimento mais adequado às populações usuárias dos programas, porque deixam de levar em conta a experiência local²⁹.

O professor Otto de Brito Guerra, em seus estudos e pesquisas, apontou para a necessidade de se estabelecer uma permanente articulação, entre os órgãos gerenciadores das políticas de secas e setores universitários, produtores de um conhecimento histórico, científico e tecnológico sobre a problemática que seja capaz de colocar a Universidade a serviço da população, sem os riscos de torna-la legitimadora de políticas inadequadas.

Além disso, apontou para a necessidade urgente de, para além da retórica oficial, assentar-se as bases de um conhecimento que redescubra que a seca, mais que um problema em si, agudiza problemas estruturais mais amplos e perversos, como os da concentração de renda, da propriedade, de recursos hídricos, do desequilíbrio do meio ambiente, além da concentração de poder³⁰.

E como já dizia à época,

Essas ideias e este relato são uma mostra do esforço que vem sendo desenvolvido na Universidade Federal do Rio Grande do Norte, pelos pesquisadores que fazem o NÚCLEO TEMÁTICO DA SECA, e da contribuição que parcialmente a UFRN pode oferecer ao desenvolvimento da região semiárida³¹.

Esses estudos foram fundamentais para o desenvolvimento de trabalhos outros do professor Otto de Brito Guerra. Entre eles, merece destaque “O papel da Universidade no mundo moderno”, onde, nos seus primeiros trechos, já argumentava o autor³²:

Questiona-se a Universidade por toda a parte. Reclamam-se dela transformações substanciais, embora inexista, como é natural, unanimidade quanto ao diagnóstico e soluções apresentadas, que variam de nação a nação e entre técnicos de um mesmo país. Mas o objetivo desta aula se restringe a uma rápida análise do papel da Universidade no mundo moderno, em processo de mudanças profundas, sob o impacto dos avanços da ciência, da tecnologia e outros fatores. Pela importância mesma da Universidade, seus problemas ultrapassam as lindes da instituição, se é que podemos demarcá-la. Deve ela, como ativíssimo fermento, participar do ritmo

²⁸ Idem, p.36.

²⁹ Idem, p.40.

³⁰ Idem, p.31.

³¹ Idem, p.13.

³² GUERRA, Otto de Brito. *O papel da Universidade no Mundo Moderno*. Natal: Imprensa Universitária, 1971, p.09.

palpitante da vida lá de fora, renunciando ao esplêndido isolamento, que tantos lhe preconizam, como se fora esta a condição ideal para sua presença no mundo.

Os destinos de cada povo jogam-se em suas universidades. Afirmativa que vai chocar-se com a do especialista Georges Gusdorf, professor da Universidade de Strasbourg, quando escreve, em seu livro de 1964, que 'A Universidade é um ambiente de luxo e lazer', embora acrescente adiante que 'ela representa a mais alta encarnação da cultura'³³.

Será o caso, então, de indagar se a cultura, em cada povo ou pessoa, é mero luxo, adorno acessório. Responde o próprio mestre francês, no seu referido livro, quando ressalta os encargos da Universidade, nesta era de massificação, cumprindo-lhe tornar-se o lugar onde se constitui a teoria dos conjuntos humanos, indispensável à preservação da humanidade no homem³⁴.

Não é preciso dizer mais, nem melhor, para interpretar o importante papel que se espera da Universidade moderna. Sobretudo, insistamos, num tempo em que direitos da pessoa humana correm sérios perigos, extensivos à própria espécie humana, cuja preservação reclama a observância efetiva dos princípios jurídicos, morais e religiosos, reguladores básicos da convivência social e liberdade individual³⁵.

Segundo C. A. Mace, ao prefaciar o valioso livro de James Brown, 'Técnicas de Persuasão', enaltece o papel da Universidade em nos resguardar da massificação despersonalizante e insta a que ainda mais se faça, quando diz: 'Há duas coisas que colégios e universidades podem fazer e estão fazendo, mas que poderiam fazê-lo mais do que atualmente. Primeiramente, poderiam prever amplamente discussão e debate, racionais e civilizados – debates sobre todo, ou quase todo assunto discutível. Em segundo lugar, poderiam dedicar maior parte do ensino às maneiras de agir das forças irracionais'³⁶.

Logo, este é um dos grandes papéis da Universidade no mundo moderno. Advertir-nos, seriamente, das técnicas que desumanizam. E amadurecer-nos, para que não nos deixemos levar jamais, nem condicionar, por tantas forças irracionais, mas saibamos reclamar a informação exata e desenvolver ao máximo o espírito crítico, a tomada da consciência, o amor à verdade³⁷.

2 DOS ENSINAMENTOS DE OTTO DE BRITO GUERRA À REALIDADE

Avançamos para o século atual e o que se observa é a não mais frequente série de atividades ou projetos vinculados aos problemas locais. Segundo professor Alexandre Bernardino, é a falta de compromisso com a realidade brasileira:

³³ GUERRA. Otto de Brito. *O papel da Universidade no Mundo Moderno*. Natal: Imprensa Universitária, 1971, p.10.

³⁴ Idem, p.10.

³⁵ Idem, p.11.

³⁶ Idem, p.18.

³⁷ Idem, p.21.

O fato é que a falta de compromisso com a realidade brasileira é uma crítica dirigida há anos à Educação Jurídica. Por isso, deve-se pensar e problematizar o porquê da dificuldade de se romper com tal forma de (re)produção do conhecimento. Ponto fundamental e crucial é o papel da extensão universitária dentro do movimento de reforma da educação jurídica, de modo a construir uma proposta em que esteja presente o constante repensar do papel do conhecimento produzido em uma Universidade³⁸.

Esse fator influencia, inclusive, na formação do discente, habilitado e humanizado para as suas futuras atividades. A teoria crítica pós-moderna parte do pressuposto de que o acolhimento é sempre contextualizado pelas condições que o tornam possível e de que ele só progride na medida em que transforma em sentido progressista essas condições³⁹. Trata-se, portanto, da construção de um perfil de jurista que seja renovado em suas habilidades e, principalmente, sensibilizado pela prática extensionista, de modo a ser capaz de compreender a função do Direito.

Já afirmava Darcy Ribeiro⁴⁰ que o saber ou a técnica, por componentes que sejam, nada significam, se não se perguntam para que e para quem existem e operam, se não se perguntam a quem servem, se não se perguntam se há convivência do sábio com o cobiçoso.

Para isso, o ensino jurídico (ainda preso aos conceitos, métodos e regras que deverão ser reproduzidos nos tribunais) precisa passar por outras maneiras de pensar e se expressar. As faculdades precisam semear essas práticas, visto que isso implicará em resultados positivos no decorrer do exercício das mais diversas carreiras jurídicas.

O enfrentamento dessas questões, visto nas ações e ensinamentos do professor e jurista Otto de Brito Guerra, pode ser visualizada quando se semeia o engajamento, o conhecimento, o diálogo, a extensão e a pesquisa. Para isso, necessário se faz a análise da educação jurídica e da formação do jurista que irá atuar na comunidade, à procura da melhor realização daquele direito, anteriormente estudado na Faculdade.

Um olhar crítico sobre a educação jurídica implica indagar sobre as habilidades e competências que devem ser desenvolvidas por um estudante de Direito ao longo de sua formação universitária, de modo a torná-lo mais sensível às demandas contemporâneas. Relacionar educação, ensino jurídico e contextualidade requer, antes de tudo, adotar uma compreensão do Direito como prática social, como algo que está em permanente construção.

A construção de uma educação jurídica, com enfoque na discussão e na prática do conhecimento e envolvimento com as questões e problemas locais, traz, intrinsecamente, a renovação dos perfis e habilidades dos juristas. Espera-se que essa renovação possibilite a construção do amplo pensamento, formando juristas socialmente comprometidos com a defesa da cidadania, em sintonia com os desafios do seu tempo.

Sousa Júnior afirma que:

³⁸ COSTA, Alexandre Bernardino (Org). *Direito Vivo: Leituras sobre constitucionalismo, construção social e educação*. Vol.1. Brasília: UnB, 2013, p.375.

³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Universidade no Século XXI: Para uma reforma democrática e emancipatória da Universidade*. São Paulo: Cortez, 2007, p.32.

⁴⁰ RIBEIRO, Darcy. *Universidade pra quê?* Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p.10.

Estudar Direito implica elaborar uma nova cultura para as faculdades e cursos jurídicos e, um dos eixos fundamentais dessa reformulação cultural tem sido, à luz das diretrizes em curso, constituir-se a uma educação jurídica uma articulação epistemológica de teoria e prática para suportar um sistema permanente de ampliação do acesso à justiça, com a abertura a temas e problemas críticos da atualidade, dando-se conta ao mesmo tempo, das possibilidades de aperfeiçoamento de novos institutos jurídicos para indicar novas alternativas para sua utilização⁴¹.

Essa nova cultura subjacente ao ensino do direito terá repercussões na formação dos profissionais de Direito, redirecionando a seleção com base nas habilidades essenciais para a democratização do Direito e do conhecimento e envolvimento com as questões e problemas locais. Entre essas competências, destacamos a abertura epistemológica para o pluralismo jurídico.

O desenvolvimento de um perfil não apenas técnico, mas também humanista dos agentes jurídicos em condições de promover a reflexão sobre a condição humana que contextualize o direito no seu ambiente histórico, cultural, político, existencial e afetivo; e a aptidão para distinguir entre as múltiplas demandas, as que exigem a construção de um ambiente procedimental adequado para negociação de diferenças e diminuição de desigualdades sociais⁴².

É preciso, portanto, discutir o papel da universidade, do ensino jurídico, trazendo uma maior discussão e envolvimento para com as questões e problemas locais, nos moldes defendido e apresentado pelo professor e jurista Otto de Brito Guerra em quase todo o século passado.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto foi dividido em duas partes. Numa primeira, observou-se a trajetória do professor e jurista Otto de Brito Guerra, bem como os seus esforços e atividades desenvolvidas na região do semiárido potiguar. Essas ideias, relatos, mostraram os esforços desenvolvidos na Universidade Federal do Rio Grande do Norte pelos pesquisadores que compunham o Núcleo Temático da Seca, bem como a contribuição que, mesmo que parcialmente, a Universidade Federal do Rio Grande do Norte pôde oferecer ao desenvolvimento da região semiárida.

Na segunda parte, observou-se a realidade atual do ensino jurídico e a sua falta de compromisso com a realidade brasileira, em especial com as problemáticas do semiárido. Daí porque a necessidade de pensar e problematizar o porquê da dificuldade de se romper com tal forma de reprodução do conhecimento. Raramente se oferece atividade de extensão, bem como se discute o papel da extensão universitária dentro do movimento de reforma da

⁴¹ SOUSA JÚNIOR. José Geraldo de. *Direito como Liberdade: O Direito Achado na Rua e experiências populares emancipatórias de criação do Direito*. Brasília: UnB, 2009, p. 165. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1401/1/TESE_2008_JoseGeraldoSJunior.pdf>. Acesso em 04 mar. 2015.

⁴² Idem, p.167.

educação jurídica, de modo a construir uma proposta em que esteja presente o constante repensar do papel do conhecimento produzido na Universidade.

É preciso um resgate de atividades iguais ou semelhantes às atividades desenvolvidas pelo professor Otto de Brito Guerra. Essas atividades contribuem para a formação do discente, tornando-o habilitado e humanizado para as futuras atividades. O desenvolvimento desse perfil auxiliará na reflexão sobre a condição humana, contextualizando o direito no seu ambiente histórico, cultural, político, existencial e afetivo. Somado a isso, na aptidão para discutir, dialogar e apurar as questões e os problemas locais.

REFERÊNCIAS

- COSTA, Alexandre Bernardino (Org). **Direito Vivo**: Leituras sobre constitucionalismo, construção social e educação a partir do Direito Achado na Rua. Vol.1. Brasília: UnB, 2013.
- FIGUEIRÊDO, Gildete Moura. *In Memoriam*: Centenário de Nascimento de Otto de Brito Guerra. Disponível em:
<http://www.bczm.ufrn.br/site/conteudo/cronologia_OTTO_GM_28-06-2012.pdf> Acesso em 28 dez. 2015.
- GUERRA, Otto de Brito. *A UFRN e a Seca*. Natal: Clima Artes Gráficas, 1993.
- _____. *Vida e Morte do Nordeste*. Natal: Editora Universitária, 1989.
- _____. *Seca*: Coleção Especializada. Natal: Editora Universitária, 1988.
- _____. *O papel da Universidade no Mundo Moderno*. Natal: Imprensa Universitária, 1971.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito?*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- RIBEIRO, Darcy. *Universidade pra quê?* Brasília: Universidade de Brasília, 1986.
- SÁ E SILVA, Fábio C. M. *Ensino Jurídico: A Descoberta de Novos Saberes para a Democratização do Direito e da Sociedade*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Universidade no Século XXI: Para uma reforma democrática e emancipatória da Universidade*. São Paulo: Cortez, 2007.
- _____. *Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016.
- _____. *Direito como Liberdade: O Direito Achado na Rua e experiências populares emancipatórias de criação do Direito*. Brasília: UnB, 2009. Disponível em:
<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1401/1/TESE_2008_JoseGeraldoSJunior.pdf>. Acesso em 04 mar. 2015.

_____. *Ensino Jurídico: Conhecimento do Direito e suas Formas Sociais de Produção*, in José Geraldo de Sousa Júnior. *Sociologia Jurídica: Condições Sociais e Possibilidades Teóricas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.



DE QUE MANEIRA O DIREITO ASSEMELHA-SE À LITERATURA E À INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA DO DIREITO?

HOW DOES THE LAW RESEMBLE TO LITERATURE AND TO THE CONSTRUCTIVE INTERPRETATION OF LAW?

MURILLO RICART* | POLIANNA F. DA SILVA SANTOS** | FLAVIO QUINAUD PEDRON***

RESUMO

Este artigo tem por objetivo elucidar a semelhança do direito com a literatura e conhecer a proposta do Direito como integridade de Ronald Dworkin, dentro da qual ele compreende o Direito como um conceito interpretativo na defesa da tese da única resposta correta. Para isso, recorre-se a uma revisão bibliográfica sintetizada nas obras do referido autor, bem como artigos publicados em revistas científicas e produções acadêmicas. Nessa seara, o intuito foi apresentar a proposta de Dworkin segundo a qual ele sustenta que a prática jurídica é um exercício de interpretação de maneira geral, para isso faz-se um aporte à literatura de modo a propiciar um melhor entendimento da atividade interpretativa. Foi utilizada a metodologia dedutiva com revisão da literatura acerca do tema.

Palavras-chave: Direito e Literatura; Direito como Integridade; Interpretação Construtiva; Ronald Dworkin; Única resposta correta.

ABSTRACT

This article aims to elucidate the similarity of law and literature and to know the proposal of Law as Ronald Dworkin 's integrity, within which he understands Law as an interpretative concept in defense of the thesis of the only correct answer. For this, a bibliographical review is synthesized in the author's works, as well as articles published in scientific journals and academic productions. In this section, the intention was to present Dworkin's proposal that he maintains that legal practice is an exercise in interpretation in general, for this purpose a contribution is made to literature in order to provide a better understanding of the interpretive activity. The deductive methodology was used with literature review on the subject.

Keywords: Law and Literature; Law as Integrity; Constructive Interpretation Ronald Dworkin ; One right answer.

* Mestre em Direito pelo Centro Universitário FG (UniFG). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Professor do UniFG. Membro do CIDEP – Centro de Investigação Baiano sobre Direito, Educação e Políticas Públicas (DGP/CNPq). Membro do NEDEI – Núcleo de Estudos em Direito, Economia e Instituições (DGP/CNPq).

muriloricart@hotmail.com

** Mestre e Graduada em Direito pela Faculdade Guanambi. Professora do UniFG.

fernandespollianna@gmail.com

*** Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Professor Adjunto do Mestrado em Direito da UniFG (Bahia). Professor Adjunto da PUC-Minas (Graduação e Pós-graduação). Professor Titular do IBMEC. Coordenador do CAJU - Centro de Estudos sobre Acesso à Justiça (DGP/CNPq). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL).

flavio@pedronadvogados.com.br

Recebido em 14-5-2019 | Aprovado em 6-8-2019



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E SUA RELAÇÃO COM A LITERATURA; 2 ROMANCE EM CADEIA; 3 O DIREITO COMO INTEGRIDADE E TESE DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

Ronald Dworkin elucida, no capítulo VI da obra “Uma questão de princípio”, o primeiro esboço da sua concepção do Direito como integridade. Para tanto, nos apresenta um quadro comparativo dos modelos de interpretação em suas diversas concepções para defender uma aproximação e semelhança entre o direito e a literatura, de forma a enfatizar que a prática jurídica se dá por um intenso exercício de interpretação, que, de modo geral, não apenas quando se interpreta leis ou documentos, mas de uma interpretação da comunidade como o todo e de sua teoria política de fundo.

Partindo dessa premissa, o presente texto tem por objetivo elucidar a semelhança do direito com a literatura com enfoque naquilo que denomina por hipótese estética (que no direito, poder-se-ia comparar a noção de paradigma) e conhecer a proposta do Direito como integridade de Ronald Dworkin, a partir da qual ele compreende o Direito como um conceito interpretativo na defesa da tese da única resposta correta.

Para isso, foram abordadas as três posturas interpretativas – que fazem parte de um esboço de propostas apresentadas pela teoria hermenêutica, desde sua origem, até após o movimento do giro linguístico ou *linguistic turn*, como é conhecido – bem como as etapas da interpretação; tudo isso como forma a esclarecer que a interpretação das práticas sociais - e o direito é mais uma prática social – somente pode ser bem compreendido se percebido como sendo uma interpretação construtiva do direito.

Além disso, foram apresentadas as metáforas do “romance em cadeia” e do “juiz Hércules” como facetas literárias com o intuito de identificar, a partir do exemplo da literatura, um modelo para o método central da análise jurídica, pautada na construção da teoria dworkiana.¹

Nesse contexto, compreender a proposta da interpretação construtiva apresentada por Dworkin como a mais adequada para justificar as práticas jurídicas de modo que a virtude da integridade “*é a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas*”² de forma que precisa ser aplicada juntamente com a equanimidade, a justiça e o devido processo legal.

¹ Impossível negar a existência de uma certa semelhança com a teoria Hermenêutica de Gadamer; contudo, enquanto Gadamer usa do Direito como modelo paralelo de sua teoria da interpretação, Dworkin insere a partir de um eixo comum Direito e Estética – no caso, a Literatura – para justificar sua construção.

² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 260.

1 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E SUA RELAÇÃO COM A LITERATURA

Acredita Dworkin³ que a interpretação do Direito não se limita à interpretação da literalidade da lei, e para justificar tal premissa, ele propõe que para uma melhor compreensão do Direito a interpretação jurídica deva ser comparada a outros campos do conhecimento em especial: a literatura.⁴

Para isso, o autor busca designar sua própria concepção de interpretação pautada numa interpretação que se afasta de descobrir as intenções do autor para se preocupar com interpretação criativa. Para melhor compreender a interpretação proposta por Ronald Dworkin elucidada na obra “O Império do Direito”, é importante conhecermos que o autor apresenta três posturas distintas de interpretação, que se amoldam aos padrões clássicos das teorias da interpretação, quais sejam: a interpretação conversacional, a interpretação científica, e a interpretação artística ou criativa.

A primeira proposta de interpretação e a mais conhecida para os leigos, conforme preconiza o autor, é a de equiparar a dinâmica hermenêutica a uma conversação, onde os falantes buscam se entender uns com os outros no intuito de interpretar os sons ou sinais por eles produzidos. A outra proposta de interpretação elucidada por Dworkin é a científica, esse tipo de interpretação baseia-se na busca de informações objetivas. A interpretação científica pode ser determinada como explicação causal de natureza tão somente mecânica, de forma que o conteúdo do objeto estudado se restringe a uma interpretação posterior aos dados coletados, a fim de se obter resposta para sua pesquisa. Na primeira, exige-se o reconhecimento da autoridade ao falante (o autor) da mensagem que deve ser decodificada e compreendida pelo ouvinte; ao passo que na segunda, o ouvinte, na qualidade de cientista, pode apresentar uma autoridade epistemológica sobre o falante, acabando por demonstrar que ele conhece aquele quem fala, até mesmo melhor do que a si próprio.

Por fim, a terceira proposta interpretativa é a interpretação artística, de forma que ele considera que nesta interpretação pretende decifrar os propósitos ou intenções do autor. Nesse sentido, Dworkin esclarece que os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas o do intérprete, ao passo que, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou gênero aos quais se imagina que pertençam⁵.

Nos dizeres de Dworkin, a interpretação das práticas sociais e artísticas é uma interpretação criativa, pois, “pretendem identificar no objeto interpretado não apenas uma causa, ou o conteúdo intencional de sua prática, mas sim um ou mais propósitos”⁶. Não se

³DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2. ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁴Curioso, ainda, se mostra que em *terrae brasilis*, ainda acaba sendo recorrente leitura equivocadas que ainda parecem ignorar o conceito moderno de norma jurídica, como produto de uma atividade interpretativa, completamente dissociada da ideia de texto normativo.

⁵DWORKIN. Op. Cit. 2014, p. 63-64.

⁶THEODORO FILHO, Wilson Roberto. A teoria da interpretação em Ronald Dworkin. *Revista Jurídica da Presidência, Brasília*, v. 17, n. 113, p. 657-676, 2016, p. 660. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1176>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

trata de ter acesso ao propósito do autor do objeto, ou do próprio objeto, mas sim dos propósitos pertencentes ao intérprete do objeto em questão⁷.

Nesse sentido, Dworkin⁸ assevera que a semelhança entre a interpretação artística e a interpretação de uma prática social, o qual designa a ambas como formas de interpretação “criativa”, reside no fato de que estas “[...] pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como a interpretação da conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica”⁹. Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e a prática.

Assim, nota-se que Dworkin apresenta sua compreensão de direito como interpretação. Partindo dessa premissa, ele apresenta que o raciocínio jurídico é uma forma de exercício de um tipo de interpretação denominada construtiva¹⁰, o que significa afirmar que o Direito deve construir-se na melhor justificativa possível das práticas jurídicas. Essa informação é importante, porque expressa uma ideia vital em Dworkin: a de que o direito não é algo restrito a um espaço estatal, como um Tribunal ou um órgão legislativo, ao contrário, ele se faz presente constantemente na vida em sociedade, do nascimento até depois da morte das pessoas, estabelecendo o sentido do que seja ser cidadão, empregado, etc¹¹.

E, para refinar a interpretação construtiva da prática social, Dworkin propõe a distinção da interpretação em três etapas. A primeira delas é a etapa pré-interpretativa, na qual são identificadas as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática¹², com o objetivo de identificar práticas tidas como jurídicas, possibilitando um agrupamento de dados que servirão para uma análise pré-interpretativa. A segunda etapa denominada de interpretativa, por sua vez, é o momento crucial da interpretação, pois é nesse instante em que o intérprete formulará a justificativa geral para os princípios elementares vista na etapa anterior. A terceira e última etapa interpretativa, denominada por Dworkin de pós-interpretativa, requer que o intérprete “ajuste sua ideia [ao] que a “prática ‘realmente’ requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa”¹³. De acordo com Theodoro Filho, nessa terceira etapa ocorre “um ajuste entre a teoria normativa elaborada na etapa interpretativa e a prática social identificada na etapa pré-interpretativa”¹⁴, de forma que o intérprete, “após a aplicação da teoria sobre a prática, [poderá] justificar, repudiar ou estabelecer padrões de conduta vinculados à prática em questão”¹⁵. Esta etapa é a propulsora que apresenta as convicções do intérprete, onde este declara o que de fato compreende como “resposta correta” diante da prática em questão.

É importante ressaltar que a interpretação construtiva proposta por Dworkin baseia-se no que ele chama de hipótese estética, que se funda na ideia de que:

⁷ Idem, Ibidem, p. 660.

⁸ DWORKIN. Op. Cit. 2014.

⁹ Idem, Ibidem, p. 61.

¹⁰ Idem, Ibidem, p. XI.

¹¹ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

¹² DWORKIN. Op. Cit. 2014, p. 81.

¹³ Idem, Ibidem.

¹⁴ THEODORO FILHO. Op. Cit. 2016, p. 664.

¹⁵ Idem, Ibidem.

[...] a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte. Diferentes teorias ou escolas de interpretação discordam a essa hipótese, pois pressupõem teorias normativas significativamente diferentes sobre o que é literatura, para que serve e o que faz uma obra de literatura ser melhor que outra¹⁶.

Nessa seara, percebe-se que essa rejeição se dá pelo fato da possibilidade de confundir interpretação com crítica, de maneira relativista, onde a interpretação é negada em razão de uma argumentação cética. Para Dworkin¹⁷, a interpretação de um texto tenta mostrá-lo como a melhor obra de arte que ele pode ser, e o prenome acentua a diferença entre explicar uma obra de arte e transformá-la em outra. É percebido que existe uma diferença entre alterar e explicar, e essa diferença se baseia na identidade da obra de arte. De forma que a hipótese estética compreenda como um todo, questões como a identidade e a integridade da obra, bem como sua coerência.

A esse respeito, afirma Theodoro Filho que:

A interpretação fundada na hipótese estética, que pretende mostrar uma obra de arte como a melhor que ela pode ser, não pode ignorar parte do conteúdo, ou da forma, em sua análise do objeto artístico. Em consequência, ficam desautorizadas as interpretações que sejam corroboradas somente com pequenas partes do texto, ou que ignorem aspectos importantes dele ou de sua estrutura, sem oferecer uma explicação crítica plausível¹⁸.

Assim, a hipótese estética conforme preconiza este autor pode ser considerada como a aplicação dos pressupostos valorativos da teoria normativa crítica adotada pelo intérprete sobre determinada obra de arte, com o intuito de nela encontrar valores fortalecidos pela teoria adotada, que tornem a obra a melhor possível dentro dos limites da compreensão estabelecidos pela própria teoria¹⁹. Nesse sentido, percebe-se que a interpretação de uma prática social não se limita em identificar o comportamento dos participantes, nem apenas explicar a relação causal, mas sobretudo, buscar atribuir valor e propósito a essa prática.

Dessa forma, Dworkin entende que a interpretação de uma prática social se assemelha à interpretação literária criativa. E, para melhor ilustrar esse entendimento, ele lança mão da metáfora do “romance em cadeia”.

2 ROMANCE EM CADEIA

Para Dworkin, integridade prima por determinar ao magistrado que identifique os direitos e deveres legais criados pela comunidade, de forma que, as proposições

¹⁶ DWORKIN. Op. Cit. 2001, p. 222.

¹⁷ Idem, Ibidem,, p. 223.

¹⁸ THEODORO FILHO. Op. Cit. 2016, p. 662.

¹⁹ THEODORO FILHO. Op. Cit. 2016.

jurídicas²⁰serão verdadeiras se constarem, ou derivarem dos princípios de justiça, equanimidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade²¹.

Partindo desse pressuposto, nota-se que o direito como integridade se revela como um resultado de uma vasta análise da prática jurídica como fonte inspiradora para que o magistrado diante de casos difíceis faça uma interpretação contingente dos dados que já possuem para pautar sua decisão.

Para a realização dessa façanha, Dworkin criou o gênero literário do romance em cadeia, ilustrando os “magistrados” como autores e críticos, desse desempenho literário.

Resumidamente, cada juiz, igual a um romancista de um grupo²², é responsável pela redação de um capítulo de uma obra já iniciada. Nessa lógica, ele deve preocupar-se com a ligação do seu capítulo com o que já fora escrito e, concomitantemente, garantir uma abertura para que o escritor seguinte possa dar continuidade ao empreendimento. Essa ideia deixa claro o compromisso com a integridade e sua dimensão de adequação (fit). E mais, a assunção por Dworkin de uma postura interpretativa construtiva (crítica), já explicita o fato de que a decisão de um caso produz um “acréscimo” em uma determinada tradição, não sendo apenas uma repetição da mesma. Logo, cada magistrado, assim como cada romancista, tem, ao mesmo tempo, a função de intérprete e de criador²³.

Imagine: um grupo de romancistas contratados para juntos elaborarem um único romance levando em consideração alguns dados pré-estabelecidos. Cada romancista nesta cadeia tem o dever de dar continuidade ao que antes fora escrito pelos romancistas anteriores, com o objetivo de escrever um romance em série. Ao fazer isso, cada romancista nesta cadeia deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o

²⁰Ressalta Dworkin que: os positivistas jurídicos acreditam que as proposições de Direito são, na verdade, inteiramente descritivas: são trechos da história. Uma proposição jurídica, a seu ver, somente é verdadeira caso tenha ocorrido algum evento de natureza legislativa do tipo citado; caso contrário não é. Isso parece funcionar razoavelmente bem em casos muito simples. [...] Mas, em casos mais difíceis, a análise falha. [...] A ideia de interpretação não pode servir como descrição geral da natureza ou veracidade das proposições de Direito, a menos que seja separada dessas associações com o significado ou intenção do falante. Do contrário, torna-se simplesmente uma versão da tese positivista de que as proposições de Direito descrevem decisões tomadas por pessoas ou instituições no passado. Se a interpretação deve formar a base de uma teoria diferente e mais plausível a respeito das proposições de Direito, devemos desenvolver uma descrição mais abrangente do que é a interpretação. Mas isso significa que os juristas não devem tratar a interpretação jurídica como uma atividade sui generis. Devemos estudar a interpretação como uma atividade geral, como um modo de conhecimento, atentando para outros contextos dessa atividade.

²¹ DWORKIN. Op. Cit. 2014, p. 272.

²² “Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade” (DWORKIN. Op. cit. 2017, p. 276).

²³ PEDRON, Flávio Quinaud. Apontamentos sobre a interpretação construtiva do Direito em Ronald Dworkin: um estudo a partir do julgamento da ADPF n. 132. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 2, n. 1, p. 157-182, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/58>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

romance em elaboração como se este “fosse fruto de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes”²⁴.

Dworkin defende que cada romancista, ao escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração não é uma tarefa fácil, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade, em que cada um deles tem o dever de levar a sério suas responsabilidades de continuidade, de forma que se tenha um resultado da melhor qualidade possível²⁵. O autor ainda esclarece que essa pode ser uma tarefa impossível; talvez o projeto esteja condenado a produzir não apenas um romance incrivelmente ruim, mas na verdade a não produzir romance algum, pois a melhor teoria da arte exige um único criador ou, em caso de mais de um, que cada qual exerça algum controle sobre o todo²⁶.

A continuação da história é necessária, de forma que não se pode dar um novo começo. Entretanto, muito embora o juiz deva realizar uma avaliação geral do que foi dito pelos juízes anteriores, isto não significa que ele esteja obrigado a se ater apenas ao que foi assentado jurisprudencialmente²⁷. De acordo com Dworkin, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas verificadas no momento da construção da narrativa, o juiz pode alterar o rumo da história²⁸.

Corroborando com esses dizeres, Cattoni de Oliveira aduz que:

A metáfora do romance em cadeia ilustra exatamente todo um processo de aprendizado social subjacente ao Direito compreendido como prática social interpretativa e argumentativa, um processo capaz de corrigir a si mesmo e que se dá ao longo de uma história institucional, reconstruída de forma reflexiva à luz dos princípios jurídicos de moralidade política, que dão sentido a essa história²⁹.

Partindo da premissa que o direito é uma prática interpretativa, Dworkin não aceita nenhum tipo de discricionariedade judicial, neste sentido, o direito como integridade trata de reconstruir a história jurídica de uma determinada comunidade, conforme preconizam Abboud; Carnio e Oliveira³⁰, levando em consideração as práticas políticas em geral.

²⁴ DWORKIN. Op. cit. 2017, p. 276.

²⁵ Idem, Ibidem.

²⁶ DWORKIN. Op. Cit. 2001, p. 237.

²⁷ TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no direito processual brasileiro. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 7, n. 3, p. 243-252, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.04>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

²⁸ Idem, Ibidem.

²⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Dworkin: De que maneira o direito se assemelha à literatura?. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/235>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

³⁰ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 463.

3 O DIREITO COMO INTEGRIDADE E TESE DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA

A tese da única resposta correta é uma importante contribuição da teoria de Dworkin para a compreensão do Direito democrático. De acordo com Pedron³¹:

o modo pelo qual se deu seu desenvolvimento mostra uma resistência fundamental às teses sustentadas pelas concepções do convencionalismo e do pragmatismo, principalmente no tocante à derrubada da tese da discricionariedade judicial, ancorando a legitimidade dos proventos estatais na observância da integridade do Direito.

Essa virtude para o autor está relacionada como o efeito *cliclê*, em que os casos semelhantes devem receber o mesmo tratamento³².

Para esta tese de Dworkin é importante verificar alguns ideais políticos que são similares entre a política utópica e comum, tais como a equanimidade, a justiça e o devido processo legal, como anteriormente citado. Assim, de maneira crucial, que o Direito como integridade deve ser compreendido levando em consideração esses ideais políticos.

Nesse sentido, percebemos que a virtude da integridade precisa ser aplicada juntamente a essas outras virtudes, pois, na primeira delas “exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada”³³.

A segunda virtude “exige que os princípios morais necessários para justificar a substanciadas decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito”³⁴.

Já a terceira virtude “insiste que sejam totalmente obedecidos os procedimentos vistos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de alguns aspectos do Direito”³⁵.

Nesse sentido, afirma o autor que a integridade age mutuamente com estas virtudes, o que justifica o compromisso com a coerência dos princípios, de forma que ela é a vida do direito tal qual conhecemos³⁶.

Para o autor, essas diferentes exigências justificam o compromisso com a coerência de princípios, de maneira que se torna útil dividir essas exigências da integridade em outros dois princípios, quais sejam: o princípio na integridade da legislação e o princípio da integridade jurisdicional. No primeiro caso, o princípio “pede aos que criam o direito por

³¹PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin. *Revista CEJ*, Brasília, n. 45, p. 102-109, abr./jun, 2009a, p. 103. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1080>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

³²PEDRON, Flávio Quinaud. A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do Direito. *Revista CEJ*, Brasília, v. 13, n. 47, p. 127-137, out./dez, 2009b, p. 132. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1081>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

³³ DWORKIN. Op. Cit. 2014, p. 203.

³⁴ Idem, *Ibidem*.

³⁵ Idem, *Ibidem*.

³⁶ Idem, *Ibidem*.

legislação que se mantenham coerentes quanto aos princípios”³⁷. Quanto ao segundo princípio, este “pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido”³⁸. Nesse sentido, Dworkin assevera que a integridade se apresenta sob a forma de um princípio dúplice, e que a sociedade que aceita a integridade como virtude político-jurídica converte-se em um tipo especial de organização, que Dworkin designará como sendo de uma comunidade de princípios³⁹.

Dessa forma, “uma comunidade de princípios aceita a integridade” quando aceita “a promessa de que o direito será acolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de modo global, fundado em princípios”⁴⁰. Assim “uma comunidade de princípios, fiel a essa promessa, pode reivindicar a autoridade de uma verdadeira comunidade associativa, podendo portanto, reivindicar a autoridade moral – suas decisões coletivas são questões de obrigação, não apenas de poder – em nome da fraternidade⁴¹.

E para que os juízes possam oferecer uma interpretação construtiva da prática jurídica dessa “comunidade de princípios” é necessário que o Direito seja estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equanimidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas, conforme podemos verificar nos ensinamentos de Dworkin⁴². Para isso, exige-se que o juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo⁴³.

Nesse sentido, verifica que quando o juiz o compreende o Direito como integridade, ao tomar suas decisões nos famosos “casos difíceis”, ele não estará criando direito, e sim desvelando qual direito se faz presente diante de determinado caso. Aqui, não podemos entender que eles encontram suas decisões prontas, elas são, portanto, construídas levando em consideração não apenas as decisões proferidas anteriormente, mas, principalmente, os princípios que circundam os casos, para assim, buscar o melhor argumento possível a justificar a sua decisão. Decisão esta que Dworkin denomina de “resposta correta”.

Para melhor ilustrar esse cenário, Dworkin propõe a metáfora do “Juiz Hércules” - a figura de um juiz imaginário de capacidade e paciência sobre-humanas que aceita o direito como integridade. Nesta metáfora, Dworkin ilustra a dinâmica da decisão judicial a partir de pontos pré-fixados em sua teoria.

Esse juiz imaginário, segundo Dworkin⁴⁴, é um juiz criterioso e metódico que seleciona diversas hipóteses para corresponderem à melhor interpretação dos casos precedentes confirmando assim, o direito como integridade, pautado e estruturado por um

³⁷ Idem, Ibidem.

³⁸ Idem, Ibidem.

³⁹ PEDRON. Op. Cit. 2016, p. 170.

⁴⁰ DWORKIN. Op. Cit. 2014, p. 258.

⁴¹ Idem, Ibidem.

⁴² Idem, Ibidem, p. 291.

⁴³ DWORKIN. Op. Cit. 2014, p. 294.

⁴⁴ Idem, Ibidem.

conjunto de princípios sobre a justiça, equanimidade e devido processo legal, em face de uma comunidade de princípios.

Nos dizeres de Motta⁴⁵, conforme entendimento dworkiano,

o dever do juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não é inventar uma história melhor; é seu dever atender a alguma concepção de integridade e coerência do direito como instituição, e essa concepção irá limitar sua teoria operacional de ajuste, é dizer, suas convicções sobre em que medida uma interpretação deve ajustar-se ao direito anterior.

Nota-se que a figura de Hércules é como a de um dos romancistas que juntos escrevem um único romance, ou seja, ele não está sozinho. Seu trabalho dá-se continuamente mediante um franco diálogo com a história institucional de sua sociedade, que está às suas costas; além disso, por força da exigência da integridade, ele é impulsionado a buscar sempre a melhor decisão – o que faz com que seus olhos se voltem ao futuro, mas de modo que sempre permaneça a preocupação em manter a coerência de princípios na fundamentação de suas decisões⁴⁶.

Dessa maneira, verifica-se que a base que fundamenta a resposta correta está atrelada à integridade, de forma que o juiz tem a obrigação de proporcionar a todos os cidadãos a aplicação consistente dos princípios de uma determinada sociedade política, que, acaso acolha a integridade como virtude política, se transforma em uma forma especial de comunidade, pois promoverá sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio da força coercitiva, conforme preconiza Dworkin⁴⁷.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta desse estudo teve por objetivo elucidar a proposta da interpretação construtiva do direito, apresentando ainda a semelhança do direito à literatura. A problemática desse trabalho surgiu a partir da leitura do capítulo VI da obra “Uma questão de princípio” e da obra “O império do direito” de Ronald Dworkin, em que apresentada a virtude da integridade e que o direito é compreendido como um conceito interpretativo, conforme preconiza o aludido autor na proposta da interpretação construtiva.

A realização do presente ensaio se deu a partir de revisão bibliográfica de textos de Ronald Dworkin, além de artigos publicados em revistas científicas e produções acadêmicas de adeptos dessa temática.

Em um primeiro momento, apresentou-se uma abordagem acerca da interpretação do direito, de forma que esta não se limita a interpretação da literalidade da lei. Nesta oportunidade, foi apresentada a proposta de Dworkin, em que a interpretação do direito é melhor compreendida quando comparada a outras áreas do conhecimento em especial à

⁴⁵MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 108.

⁴⁶PEDRON. Op. Cit. 2009a, p. 105.

⁴⁷DWORKIN. Op. Cit. 2014, p. 228.

literatura. Ressaltando que a interpretação construtiva proposta por Dworkin baseia-se no que ele chama de “hipótese estética”, que compreende mostrar uma obra de arte como melhor ela pode ser, ou seja, interpretar o direito na sua melhor luz.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Dworkin: De que maneira o direito se assemelha à literatura? *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/235>>. Acesso em: 20 jul. 2018.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- _____. *Uma questão de princípios*. 2. ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin. *Revista CEJ*, Brasília, n. 45, p. 102-109, abr./jun, 2009a. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1080>>. Acesso em: 20 jul. 2018.
- _____. A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do Direito. *Revista CEJ*, Brasília, v. 13, n. 47, p. 127-137, out./dez, 2009b. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1081>>. Acesso em: 20 jul. 2018.
- _____. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- _____. Apontamentos sobre a interpretação construtiva do Direito em Ronald Dworkin: um estudo a partir do julgamento da ADPF n. 132. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 2, n. 1, p. 157-182, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/58>>. Acesso em: 20 jul. 2018.
- THEODORO FILHO, Wilson Roberto. A teoria da interpretação em Ronald Dworkin. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 17, n. 113, p. 657-676, 2016. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1176>>. Acesso em: 20 jul. 2018.
- TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no direito processual brasileiro. *Revista de Estudos Constitucionais*,

Hermenêutica e Teoria do Direito, São Leopoldo, v. 7, n. 3, p. 243-252, set./dez. 2015.

Disponível em:

<<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.04>>. Acesso em: 20 jul. 2018.





A INTEGRIDADE DO DIREITO E O DEVER DE O MINISTÉRIO PÚBLICO PROCESSAR DIRETAMENTE O AGENTE PÚBLICO: O CASO DOS DANOS MORAIS COLETIVOS PRATICADOS PELO MINISTRO DA EDUCAÇÃO

LAW'S INTEGRITY AND THE DUTY OF THE FEDERAL PROSECUTION OFFICE IN DIRECTLY
CHARGING THE RESPONSIBLE OFFICIAL – A CASE STUDY CONCERNING MORAL
DAMAGES COMMITTED BY BRAZIL'S MINISTER OF EDUCATION

EMANUEL DE MELO FERREIRA*

RESUMO

O presente artigo busca responder à seguinte pergunta: a Constituição autoriza que o Ministério Público ajuíze ação de reparação de danos diretamente contra determinado agente público? A questão, aparentemente simples e já amplamente debatida na doutrina de direito administrativo e na jurisprudência dos tribunais, é explorada no presente texto de modo não usual, pois: a) limita a interpretação da responsabilização objetiva do Estado, prevista no art. 37, §6º da Constituição, às hipóteses em que o Ministério Público, e não o particular, ajuíza a ação; b) analisa tal dispositivo em contexto com o art. 129, III também da Constituição, o qual prevê como dever fundamental do Ministério Público a proteção ao patrimônio público, necessariamente desfalcado caso a ação seja proposta contra a pessoa jurídica respectiva. Conclui, a partir da teoria dos precedentes de Ronald Dworkin e de Juraci Mourão, que a tese da “dupla garantia” prevista no RE 327.904 é inaplicável ao caso.

Palavras-chave: Ministro da Educação; Teoria dos precedentes; Responsabilização pessoal.

ABSTRACT

This paper aims to answer the following question: does the Constitution allow that the Federal Prosecution Office charges directly an official that, for instance has committed moral damages against professors and students in Brazilian universities? To answer that question, the interpretation of articles 37, §6º and 129, III takes place in the context of the precedents concerning the case, especially the extraordinary appeal nº 327.904, judged by Brazilian Supreme Court. In that case, the Court had not allowed the direct responsibility of the public agent, but the theory of precedents developed by Ronald Dworkin or Juraci Mourão help to justify the distinguishing or even the overruling in the case.

Keywords: moral damages; Minister of Education; theory of precedents; personal responsibility.

* Doutorando, Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).
Professor Assistente I da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Procurador da República.
emanueldemelo@msn.com

Recebido em 27-8-2019 | Aprovado em 3-9-2019



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 ESTUDANDO O CASO SEM RESUMIR O DIREITO ÀS DECISÕES JUDICIAIS; 2 A INTEGRIDADE DO DIREITO – SUPERAÇÃO E DISTINÇÃO DE PRECEDENTES EQUIVOCADOS; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

O presente artigo busca responder à seguinte pergunta: a Constituição autoriza que o Ministério Público ajuíze ação de reparação de danos diretamente contra determinado agente público? A questão, aparentemente simples e já amplamente debatida na doutrina de direito administrativo e na jurisprudência dos tribunais, é explorada no presente texto de modo não usual, pois: a) limita a interpretação da responsabilização objetiva do Estado, prevista no art. 37, §6º da Constituição, às hipóteses em que o Ministério Público, e não o particular, ajuíza a ação; b) analisa tal dispositivo em contexto com o art. 129, III também da Constituição, o qual prevê como dever fundamental do Ministério Público a proteção ao patrimônio público, necessariamente desfalcao caso a ação seja proposta contra a pessoa jurídica respectiva.

A abordagem ora proposta, ainda, é atual porque parte de estudo de caso relacionado à ação civil pública número 0800928-89.2019.4.05.8401¹, na qual o Ministério Público Federal em Mossoró pleiteou a condenação direta do Ministro da Educação, Abraham Weintraub, em face de danos morais coletivos à honra e à imagem de estudantes e professores das universidades federais, ambientes classificados como locais de “balbúrdia”. A escolha da metodologia do estudo de caso justifica-se, para além do didatismo que tal estudo proporciona aos alunos iniciantes no estudo do direito, na necessidade de se analisar diversos precedentes judiciais relacionados ao tema objeto de investigação neste artigo, o qual, assim, mostra-se voltado para pesquisa em torno da teoria dos precedentes.

Sendo assim, o texto recorrerá a dois referenciais para se alcançar a resposta adequada à questão lançada. Inicialmente, o direito como integridade de Ronald Dworkin será analisado na exata medida em que se sustenta a necessidade de se abandonar um precedente equivocado, não sendo suficiente a mera coerência ou a aplicação automática de um caso anterior ao futuro. Dando continuidade às ideias de tal autor, Juraci Mourão, no Brasil, destaca-se com uma teoria dos precedentes voltada para a análise da força hermenêutica deles, contribuindo para analisar, por exemplo, se o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário (RE) nº 327.904², o qual consagra a tese da “dupla garantia”, apresentaria força capaz de afastar a responsabilização direta do agente público.

Percebe-se, assim, como o tema é atual e relevante, proporcionando um estudo entre o Direito Constitucional, a Filosofia e a Sociologia do Direito, especialmente quando se analisa a questão sob o aspecto da máxima eficácia das normas constitucionais. Nesse sentido, poder-se-ia formular a seguinte hipótese de trabalho: caso seja admitida a tese da responsabilização

¹ 10ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Mossoró.

² Relator Ministro Carlos Britto.

direta, haveria uma maior eficácia da Constituição, com a reparação do dano, por exemplo, sem a necessidade de processamento de precatórios, procedimento necessário caso a pessoa jurídica fosse demandada e, ao final condenada. A questão merece ser cuidadosamente analisada e posta à prova.

1 ESTUDANDO O CASO SEM RESUMIR O DIREITO ÀS DECISÕES JUDICIAIS

O estudo de caso foi desenvolvido nos Estados Unidos a partir das aulas de Christopher Columbus Langdell, o qual sustentava que somente a partir da análise das decisões dos tribunais, o aluno poderia compreender o que realmente o Direito era.³ O estudo de caso tem a vantagem de trazer aspectos práticos para a sala de aula, não se confundindo, por outro lado, como os meros exemplos citados pelo professor como forma de ilustrar sua explanação. Tem também inegável cunho histórico, ao possibilitar o entendimento acerca das razões que levaram à tomada de determinada decisão. Os alunos, ao lerem um acórdão e os respectivos votos, podem se sentir instigados na análise do raciocínio judicial e das divergências de fundamentos, até mesmo, entre os juízes que concluíram o caso de modo igual.

Por outro lado, a adoção única de tal método passa a impressão equivocada de que o Direito é aquilo que os tribunais dizem⁴, numa postura realista que demonstra profundo ceticismo em relação à norma jurídica. Hart aponta como a posição realista desconfia das normas jurídicas e do papel delas como padrões que, efetivamente, informem a atividade judicial:

O ceticismo em relação às normas merece realmente nossa atenção, mas apenas como uma teoria sobre a função das normas na decisão judicial. Assim, mesmo que admitamos todas as objeções para as quais chamamos a atenção, a teoria se reduz à tese de que, no que diz respeito aos tribunais, nada existe que limite a área de textura aberta, de modo que é falso, senão insensato, considerar que os próprios juízes são sujeitos a normas ou “obrigados” a decidir as causas como o fazem. Eles podem até atuar como uniformidade e regularidade suficientemente previsíveis, para permitir que os outros vivam, durante longos períodos, de acordo com as decisões dos tribunais, considerando-as como normas. Podem até sentir certa compulsão para tomar as decisões que tomam, e esses sentimentos também podem ser previsíveis; mas, fora isso, nada existe passível de ser caracterizado como uma norma que devam seguir. Não há nada que os tribunais tratem como padrões de procedimento judicial correto, e, portanto, nada há nesse comportamento que manifeste o ponto de vista interno típico da aceitação de normas.⁵

Tal postura não pode ser admitida num Estado Democrático de Direito que promove a separação entre o Poder Judiciário e Legislativo, já que converte juízes em legisladores. Além

³ RAMOS, Luaciana de Oliveira. SCHORSCHER, Vivian Cristina. *Método do caso*. In.: *In.: Métodos de ensino em Direito – conceitos para um debate*. GHIRARDI, José Garcez (org.). São Paulo: Saraiva, 2009. p, 49.

⁴ GHIRARDI, José Garcez. Ob. cit. p, 77.

⁵ HART, H.L.A. *O conceito de Direito*. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p, 179.

disso, se o Direito é o que os tribunais assim dizem, não haveria como explicar o papel das normas que criam tais instituições⁶.

No caso em estudo, a ação civil pública ajuizada buscava a condenação do Excelentíssimo Senhor Ministro da Educação por danos morais coletivos causados aos alunos e professores das instituições públicas de ensino superior em face de reiteradas condutas por ele praticadas desde que assumiu a respectiva pasta:

I) declaração proferida em entrevista concedida ao Estado no dia 30/04/2019, apontando que “Universidades que, em vez de procurar melhorar o desempenho acadêmico, estiverem fazendo balbúrdia, terão verbas reduzidas”⁷ As declarações, diga-se desde já, demonstram clara vontade discriminatória por parte do réu, pois as universidades inicialmente retaliadas pelo MEC (UFF, UFBA e UnB) atingiram ótimo desempenho, conforme se depreende da análise do sítio eletrônico do Times Higher Education, um dos principais rankings de avaliação do ensino superior⁸;

II) declaração proferida em 20/05/2019, quando, interpelado em reunião com Reitores e membros da bancada parlamentar do Rio Grande do Norte acerca de como restaria efetivado o serviço de limpeza na Universidade Rural Federal do Semi-Árido (UFERSA), Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e Institutos Federais do Rio Grande do Norte (IFRN), propôs que “se chamasse o CA e o DCE” para realização dos serviços⁹, em clara referência aos estudantes de tais instituições representados por tais órgãos, os quais poderiam ser concitados a prestarem serviço ilegal que não lhes cabe. A proposta parte da premissa inafastável de que, para Sua Excelência, os respectivos alunos são desocupados, não realizando a contento as atividades de ensino, pesquisa e extensão a ponto de ostentarem tempo livre para, ilegalmente, exercerem tarefa que cabe à Administração;

III) em 22/05/2019, durante a audiência na Comissão de Educação na Câmara dos Deputados, se recusou a pedir desculpas por usar o termo “balbúrdia” ao se referir as universidades federais. “Eu não tenho problema nenhum em pedir desculpas, mas esse não”, disse Sua Excelência em resposta ao deputado Marcelo Freixo (PSOL)¹⁰.

A breve apresentação dos fatos, para os fins deste artigo, justifica-se, unicamente, para se ter clareza quanto à análise dos precedentes que estarão em disputa na admissão da responsabilização direta do referido agente público. Não é objeto da presente investigação,

⁶ A seguinte passagem esclarece a crítica ao realismo: “No entanto, nesse ponto, cabe fazer uma outra pergunta: Como sabemos que são os juízes? O realismo não fornece uma resposta coerente para essa questão, permanecendo aparentemente válida a observação de Kelsen e Hart, entre outros, de que esse corrente deve pelo menos admitir a existência de normas que dão a certos indivíduos a competência para agirem como juízes, não havendo nenhuma propriedade natural que distinga os juízes dos não juízes, dependendo, sim a diferenciação de que os primeiros estejam autorizados por certas normas e outros não”. NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 54.

⁷ Disponível em: <https://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,mec-cortara-verba-de-universidade-por-balburdia-e-ja-mira-unb-uff-e-ufba,70002809579>. Acessado em: 27/05/2019.

⁸ Disponível em: < <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2019/04/30/nao-sei-o-que-motivou-o-comentariodiz-reitor-da-ufba-sobre-justificativas-do-ministro-da-educacao-para-cortes-em-verbas.ghtml> > Acesso em: 27/05/2019.

⁹ Conforme depoimento do Magnífico Reitor da Universidade Federal Rural do Semi-Árido, José de Arimateia, juntados aos autos.

¹⁰ Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/05/22/interna_politica,756608/ministro-da-educacao-recusa-a-se-desculpar-por-usar-o-termo-u201cbalb.shtml. Acessado em: 27/05/2019.

assim, se tal conduta realmente é capaz de gerar dano moral, muito embora haja forte carga argumentativa nesse sentido. Apresentados os fatos relevantes do caso, far-se-á a análise dos precedentes.

2 A INTEGRIDADE DO DIREITO – SUPERAÇÃO E DISTINÇÃO DE PRECEDENTES EQUIVOCADOS

Como se sabe, o artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988 aponta que:

Art. 37 § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Interpretando tal dispositivo, o STF já firmou entendimento a partir de que tal disposição consagra uma espécie de dupla garantia, no sentido de proteger o lesado, que poderá demandar contra o Estado e o próprio agente público, o qual somente poderia ser demandado pelo respectivo ente em sede de ação regressiva, em casos de dolo ou culpa, como disposto no RE 327.904¹¹. Tal precedente, no entanto: a) não é proveniente do plenário da Corte; b) não envolvia atuação do Ministério Público, distinção essencial no presente caso, como será pontuado em seguida.

Como dito, tal precedente é inaplicável ao presente caso em estudo, pois ele não versara sobre ação proposta pelo Ministério Público, mas sim por particular, distinção essencial ante a função institucional do *Parquet* na proteção ao patrimônio público e consequente responsabilização direta do agente, nos casos de dolo ou culpa. O estudo da distinção ou mesmo do abandono de precedente equivocado merece ser efetivado no âmbito de uma teoria dos precedentes que privilegia a força hermenêutica deles.

Os precedentes judiciais têm ganhado relevância cada vez mais acentuada no sistema jurídico brasileiro, a ponto de o Código de Processo Civil (CPC) ter ampliado o rol de decisões judiciais capazes de demandar observância para os diversos órgãos do Poder Judiciário que estejam em posição de inferioridade em relação aos respectivos Tribunais que as tenham prolatado¹². Além disso, o CPC estipula que é dever dos Tribunais manter sua jurisprudência íntegra, coerente e estável¹³, não, obviamente, imutável.

¹¹ Relator Ministro Carlos Britto.

¹² Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

¹³ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

A fundamentação da decisão judicial como exercício de argumentação jurídica consistente no oferecimento de razões para justificar uma ação¹⁴ deve levar em conta os precedentes. No sistema jurídico brasileiro, isso é uma decorrência da própria lei, podendo a falta de cuidado no manejo dos precedentes acarretar a nulidade da decisão¹⁵.

Assim, a utilização prática do precedente envolve sempre a consideração de uma decisão anterior e outra atual. Além disso, a força dos precedentes varia conforme eles sejam analisados vertical ou horizontalmente: os precedentes verticais são aqueles normalmente mais fortes, eis que formados por uma corte superior para posterior observância por parte de uma corte inferior, enquanto os precedentes horizontais são aqueles da própria corte, variando sua força ou mesmo a existência de vinculação para casos futuros¹⁶.

Tal distinção, no entanto, não é suficiente para esgotar as considerações em torno da força dos precedentes, a qual é dependente de diversos outros fatores¹⁷, destacando-se, no que interessa mais de perto a esta pesquisa, a formação de um precedente que conceda claro privilégio ao agente público, o qual somente poderia ser demandado regressivamente. O tema será retomado quando da análise dos requisitos para *overruling*, reconhecendo-se, desde já, que um precedente cuja *ratio decidendi* possa ser formulada como regra, apresenta uma força vinculante mais significativa do que precedentes mais amplos formulados como princípios¹⁸.

Diante da dicção do art. 927 CPC, tem-se que diversas decisões de tribunais superiores apresentam força vinculante em relação aos órgãos inferiores do Poder Judiciário, sendo exemplo de precedentes verticais. No caso do STF e de seus próprios precedentes, deve-se lembrar que a Constituição, ao regulamentar o efeito vinculante, expressamente afasta sua

¹⁴ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p, 17.

¹⁵ Art. 489 do CPC: São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...)

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

¹⁶ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009. Kindle edition. posição 502-564.

¹⁷ Juraci Mourão elenca os diversos elementos formais de determinação da força hermenêutica do precedente, tais como a) nível hierárquico da corte emissora; b) tipo de processo em que se emitiu o precedente; c) órgão interno do tribunal emissor; d) votação por maioria ou unanimidade e e) modificação da composição da corte emissora, bem como os respectivos elementos materiais que determinam tal força: f) fundamentação adequada e detida; g) grau qualitativo e quantitativo de análise das questões de fato e de direito envolvidas; h) o ramo do direito envolvido; i) a idade do precedente; j) a observância da coerência; l) existência ou não de desafio ao precedente; m) similitude hermenêutica das questões suscitadas; n) guinada jurisprudencial e efeito *ex tunc*; o) observância de precedentes não judiciais; p) modificação o plano legislativo ou constitucional; q) modificação ou manutenção do quadro político e social geral; r) apoio ou desafio acadêmico. Dependendo da conjugação desses diversos fatores, ter-se-á uma condição mais facilitada ou dificultada para superação do precedente. LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo* – 2ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2016 p. 419-449.

¹⁸“Numa palavra, o maior grau de objetivação das normas jurídicas do tipo regra faz com que a vinculatividade das normas extraídas de precedentes judiciais varie não apenas em função da sua generalidade, mas também de sua estrutura *stricto sensu*. Portanto, vale a seguinte diretiva: normas jurisprudenciais do tipo “regra” têm um peso ou vinculatividade maior que as do tipo “princípios”. BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do precedente judicial. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. Noeses: São Paulo, 2012. p, 350, 352-353.

incidência ao próprio STF, eis que aponta a força de tais precedentes aos demais órgãos do Poder Judiciário.

A investigação acerca da integridade do Direito passa pela análise necessária da teoria da integridade de Ronald Dworkin. Este é o ponto de partida que se impõe não somente pela autoridade intelectual do autor, mas também porque, no Brasil, tal teoria jurídica influenciou fortemente a própria redação do art. 924 do CPC, como adiante será demonstrado. Logo, o direito brasileiro admite a superação dos precedentes, prática denominada *overruling*. A questão é identificar quando e como isso pode acontecer, compatibilizando a vinculação do *stare decisis* com o *overruling*, pois “sem uma consistente teoria do *overruling*, tem-se um paradoxo: uma corte suprema deve seguir seus precedentes mas, em qualquer caso, pode superá-los”¹⁹. A vagueza da norma legal aponta para requisitos com fundamentação específica e adequada, proscrevendo a simples omissão na análise dos precedentes: se eles existem, devem ser analisados e enfrentados, especialmente se o intuito for de superação.

Uma teoria acerca da possibilidade de superação dos precedentes quando estes, apesar de coerentes não são íntegros, não merecendo força gravitacional, é sustentada, por exemplo, por Dworkin, conforme abordado em seguida. Esta é uma das formas apontadas pela doutrina para superação de um precedente: correção de um erro cometido no passado. Evidentemente, o erro deve ser justificado com base em algum parâmetro. Para Dworkin, trata-se da ofensa ao direito como integridade.

O sistema jurídico nacional consignou, expressamente, que os Tribunais devem manter sua jurisprudência íntegra, coerente e estável. Há referência expressa à integridade, como dito, justificando todo o estudo teórico em seguida efetivado, despontando a teoria de Dworkin como a mais autorizada para a interpretação do dispositivo, como sustenta Lenio Streck:

A atenção que foi dispensada pelo atento relator na Câmara, Deputado Paulo Teixeira e o apoio inestimável de Fredie Didier e Luiz Henrique Volpe, foram cruciais para o acatamento da minha sugestão de que o NCPC passasse a exigir “coerência e integridade” da e na jurisprudência. Isto é: em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica. Trata-se da necessária superação de um modelo estrito de regras, sem cair no panprincipiologismo que tanto critico. Simples assim...e complexo.

¹⁹ A questão não é simples, levando a doutrina a apontar um verdadeiro mistério em torno do tema: “Stare decisis—a court's duty to follow precedents—sometimes gives way to a court's power to overrule them. When this should happen, however, is a mystery. We need a sound theory of overruling to unravel the mystery. But we simply do not have one.

The challenge for such a theory is to resolve a conflict between stare decisis and overruling. Both are vital to the legal system. Stare decisis fosters unity, stability, and equality over time. Overruling enables supreme courts to correct their past errors and to adapt the law to changing circumstances. Without a sound theory of overruling, a paradox results: A supreme court must follow its precedents but, in any case, it can overrule them”. BURTON, J. Steven. *The conflict between stare decisis and overruling in constitutional adjudication*. Cardozo law review. Vol. 35:1687, 2014. p, 1687-1688.

Antes de “minha emenda”, o projeto continha a obrigação de os tribunais manterem apenas a “estabilidade” da jurisprudência (art. 882 do PLS 166/2010). Dizia eu: “ – Não basta a estabilidade. Precisamos mais.” E propus a emenda.

Assim, haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para casos idênticos;

(...)

Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente neste sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas²⁰.

Ronald Dworkin notabilizou-se como um dos mais influentes filósofos do direito do século XX a partir de seu famoso ataque ao positivismo jurídico desenvolvido por Herbert Hart. Nessa linha, é relevante o estudo dos argumentos de princípio e política desenvolvidos por Dworkin, especialmente quando se constata que um precedente só teria força gravitacional, a saber, a possibilidade de exercer influência sobre casos futuros, se formado a partir de uma argumentação com base em princípios, não com base em política²¹. Como será demonstrado, a tese lançada no RE 327.904 apresenta-se como argumentação muito mais próxima da política, pois impõe, necessariamente, o custo a indenização à toda a coletividade, através dos recursos públicos do Estado, e não ao ofensor. A responsabilização direta deste, em casos de dolo ou culpa, seria a argumentação principiopológica, por outro lado, pois decisões com base em princípios também conferem deveres às pessoas e não somente direitos.

Para Dworkin, o direito não é uma questão unicamente de regras, com supunha ser a tese desenvolvida por Hart, mas sim uma questão de princípio: levar o direito a sério é reconhecer que há padrões jurídicos para além das regras, compostos por princípios que devem ser considerados jurídicos. Esses princípios garantem que, em casos difíceis, os juízes decidam a questão controvertida sem criar novo direito e aplicá-lo retroativamente, a saber, sem qualquer exercício de um poder discricionário, admitido por positivistas como Hart, muito embora de maneira restrita aos casos em que há textura aberta e zona de penumbra na aplicação das normas jurídicas²².

Dois argumentos justificam essa preocupação com a criação judicial do direito e a arbitrariedade que ela encerraria: a) segurança jurídica; b) o respeito ao Estado de Direito. Através do argumento da segurança jurídica, argumenta-se que a admissão em torno da criação de novo direito quando do julgamento de um caso acarretaria insegurança às pessoas,

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil? In. Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil. Coerência e integridade*. STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2016. p, 157-158.

²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p, 175-177.

²² HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p, 161-176.

eis que não teriam como antever o surgimento de novas obrigações jurídicas. Em relação ao argumento do Estado de Direito, ataca-se a possibilidade de agentes oficiais não eleitos como os juízes inovarem na ordem jurídica sem legitimidade popular para tanto²³. Dworkin acredita, assim, que lutar contra a discricionariedade judicial é garantir segurança e respeito à democracia.

Como fazer com que juízes decidam casos difíceis sem apelar para um poder discricionário, o qual atrairia as críticas elencadas no parágrafo anterior? A partir de uma argumentação baseada em princípios, não em políticas. Argumento de princípio é aquele que busca conferir algum direito individual ou a um grupo de pessoas. Argumento de política, por sua vez, é aquele que busca aumentar o bem estar coletivo, perseguindo alguma meta social e economicamente relevante²⁴.

A garantia da presunção de inocência contra uma maioria que busca punição a qualquer custo é um exemplo de argumentação baseada em princípio²⁵. A concessão de incentivos fiscais a certas empresas seria exemplo de prática baseada em argumentos de princípio. A argumentação por princípios teria como local mais adequado para desenvolvido o Poder Judiciário. A argumentação por política, o Poder Legislativo.

Não há como exigir coerência na política: uma lei que conceda incentivos fiscais a certo setor não pode ser utilizada por outro para pleitear a mesma política em seu favor. Considerações gerais econômicas acerca do bem estar podem justificar a oportunidade de tal discriminação. Nas Cortes a situação é diferente: estando em jogo um direito fundamental, uma decisão tomada com base em princípio merece ser seguida posteriormente pelos demais julgadores. Essa seria a consistência articulada do precedente: determinação de tratar os casos semelhantes de modo igual. A consistência articulada, por sua vez, só surgiria se o precedente tivesse força gravitacional, quando formado a partir de argumentos de princípio.

Argumentar com base em princípios, no entanto, é tarefa bastante complexa. Gradualmente, Dworkin vai desenvolver uma teoria capaz de justificar o direito a partir da atuação de um juiz que seria capaz de interpretar o direito na sua melhor luz, a quem denomina de Hércules. É a partir dele que o direito como integridade vai ser desenvolvido.

Direito como integridade parte da premissa de que direito não é somente aquilo prévia e expressamente posto nas convenções, como a lei, nem aquilo prospectivamente almejado pelo consequencialismo pragmático²⁶. Quando o autor vai tratar do direito como integridade, por outro lado, ele inicia sua tese apontando a necessidade de as leis e não somente a decisão judicial, buscar o ideal de coerência. Ele critica, por exemplo, posturas do legislativo que buscam soluções de compromisso na elaboração das leis, tentando aprovar projetos de certo modo parciais: ao invés de conceder o exato direito que as pessoas

²³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p, 128-135.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p, 128-132.

²⁵ O exemplo é nosso, aproximando-se de outros trazidos por Dworkin no contexto dos direitos fundamentais do acusado no processo penal, referente a buscas domiciliares ilegais.

²⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. p, 271.

acreditam que possuem, adotam soluções intermediárias, conciliando com interesses contrapostos. Para Dworkin, tal prática viola a integridade²⁷.

Direito é uma prática que busca identificar os princípios de moralidade política implícitos nas práticas sociais positivadas, princípios esses que estão na base da própria decisão dos membros de dada sociedade em assim viverem. O direito como integridade, assim, parte da premissa de que a sociedade organizou-se em bases fraternais, com cada membro demonstrando igual consideração e respeito aos demais²⁸.

Cabe ao juiz Hércules, um ideal teórico desenvolvido por Dworkin, identificar esses princípios a partir da construção de uma teoria jurídica que melhor justifique a prática social em questão e sirva, ainda, como um precedente para os casos futuros. Como, na prática, não há juízes com o tempo e sabedoria necessários para serem tachados como Hércules, o que se deve buscar, segundo a teoria de Dworkin, é a maior aproximação possível com tal modelo²⁹.

O direito como integridade é almejado por tal juiz, que não se contenta em somente tratar casos semelhantes de modo igual: esse seria o necessário conteúdo da coerência, mas incompleto. Necessário porque expressa uma concretização do princípio da igualdade. Incompleto porque, sem a devida atenção substancialista ou de conteúdo, poderia acarretar a igualdade entre os ilícitos, a saber, a coerência no erro. A integridade supera esses vícios, apontando que os precedentes merecem ser seguidos somente se justificarem uma decisão correta.

Veja-se o seguinte exemplo de Dworkin. Decisões judiciais que admitam a responsabilidade por negligência de diversos profissionais excluem a possibilidade de responsabilização dos advogados por fatos semelhantes. A coerência demandaria, assim, que um caso envolvendo responsabilidade de advogados fosse julgado improcedente. Afinal, os precedentes em casos semelhantes dispõem nesse sentido. Mas é correta a discriminação? Há fundamento jurídico para tanto? Essas são perguntas que vão além da mera coerência, perquirindo pela integridade do Direito: em não havendo justificativa, nada mais correto que abonar os precedentes que vedavam a responsabilização dos advogados, readequando-os à nova realidade³⁰.

Em síntese, tem-se que: a) levar os direitos à sério determinada compreender o papel que os princípios jurídicos apresentam na argumentação; b) os casos difíceis devem ser decididos com base em princípios, não em política; c) os precedentes assim formados apresentam força gravitacional capaz de gerar uma consistência decisória articulada, a saber, demandando decisões íntegras; d) coerência não é mesmo que integridade; e) caberia a um juiz especialmente treinado construir uma teoria jurídica capaz de produzir decisões íntegras.

Feitas essas necessárias considerações, é possível sustentar a tese de que eventual decisão que afaste a responsabilização direta do Excelentíssimo Senhor Ministro da Educação

²⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. p, 216-223.

²⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. p, 251-259.

²⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. p, 294.

³⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. p, 264.

não será íntegra, ofendendo o art. 926 do CPC, pois a decisão que transfere o custo da indenização do agente público para a própria sociedade, através da União, penalizando duplamente os próprios estudantes e professores lesados não é uma decisão tomada com base em princípio, mas sim em política, relacionada à mera conveniência do agente público em sentir-se livre de constrangimentos com o ajuizamento de ações de responsabilização. Isso não é garantir direitos, mas sim privilégios completamente incompatíveis com a integridade.

Desatentos ao uso dos precedentes a partir de uma teoria rigorosa, a União e o Ministro, ao apresentarem suas contestações na respectiva ação³¹, incidiram em equívocos ao propor a observância de precedentes inaplicáveis ao caso, não exercitando corretamente a distinção. A única questão preliminar elencada nas contestações da União e do Excelentíssimo Senhor Ministro da Educação refere-se à ilegitimidade passiva deste. Para fundamentar a tese, os demandados citam 8 ementas e um trecho do voto do Ministro Carlos Britto, do Supremo Tribunal Federal, supondo que tais julgados seriam aplicáveis ao presente caso, por consagrarem a tese da dupla garantia.

A questão processual, então, estava intimamente relacionada ao uso e interpretação dos precedentes. Nesse contexto, os réus cometeram pelo menos dois equívocos: a) tomam ementa como sinônimo de precedente; b) buscam aplicar as citadas ementas a um caso completamente diverso. Essas duas atecias demonstram aplicação errônea da melhor teoria dos precedentes, como a desenvolvida no Brasil por Juraci Mourão Lopes Filho, já citado na introdução, sendo tal constatação inicial importante para que se conferir um menor peso argumentativo às teses defensivas.

À exceção de trecho do Voto do Ministro Ayres Britto, os réus elencaram diversas ementas nas respectivas contestações, como dito, entendendo que elas seriam aptas a fundamentar a respectiva tese acerca da ilegitimidade. Ocorre que precedente não se confunde com ementa, sendo está, unicamente, um resumo das principais teses elencadas na fundamentação da decisão, podendo, quando muito, ser apta a descortinar a *ratio decidendi* do julgado quando lida em conjunto com as razões elencadas nos respectivos votos. Quando citada sem esse cuidado, como ocorreu com pelo menos 7 das 8 ementas elencadas, tem-se um claro exemplo de vício no uso dos precedentes já apontando pela doutrina:

De fato, a ementa normalmente é estruturada em uma geral e curta descrição dos fatos da causa, seguida da enunciação do critério jurídico utilizado, nos moldes de um enunciado normativo, concluindo com a asserção de provimento ou improvimento do recurso. Também é bastante comum a simples enunciação do critério jurídico considerado pela Corte.

São típicas dos julgamentos colegiados, cuja obrigatoriedade é de leitura do voto integral pelo relator e sobre ele girar o julgamento. O voto, por sua vez, deve ser estruturado em relatório, fundamentação e dispositivo. Nele, deve haver a análise dos argumentos das partes e a plena exposição e julgamento das questões suscitadas e controvertidas. Eventual divergência deverá também ser exposta de maneira fundamentada e completa. Mesmo se manifestada oralmente, deverá ser reduzida a escrito posteriormente. Esse é o disciplinamento de um julgamento colegiado. Nada versa sobre

³¹ Ação Civil Pública número 0800928-89.2019.4.05.8401. 10ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Mossoró.

ementas, nem mesmo o modo de redigi-las. Surgiram como simples instrumento de catalogação para posterior consulta, não compondo o raciocínio decisório.³²

(...)

É preciso, todavia, adiantar que um pronunciamento jurisdicional pode ser considerado em três aspectos: a) preceitos jurídicos enunciados nele, restringindo-se o uso posterior à sua aplicação descontextualizada; b) aspectos fáticos, autorizando as similitudes e divergências encontradas entre um caso e outro; e c) fundamentação e argumentação expedidas, a fim de reutilizá-las e reconstituí-las no caso posterior.

O adequado uso do precedente deve considerar necessariamente os três aspectos e outros elementos hermenêuticos, como será visto. Só assim é possível aferir a *ratio decidendi* em seu devido matiz dialético, apreendendo o jogo de perguntas e respostas do ciclo hermenêutico. De fato, a existência de todos esses elementos é que indica a importância dos precedentes no sistema jurídico, pois eles possuem o arcabouço hábil a determinar seu uso posterior, sendo justamente esta sua principal diferença para uma norma legislativa. Em se prestigiando um desses aspectos, em detrimento dos outros, há mera alusão superficial a um precedente e não verdadeiro e adequado uso.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 é bastante feliz ao dispor em seu art. 489, §1º, V, que não se considerar fundamentada uma decisão, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”. (sem destaques no original)

Há relevância prática no enfrentamento desse primeiro equívoco dos réus? Sim, não se está atacando um equívoco unicamente teórico, pois, ao não analisar detidamente os aspectos fáticos dos casos citados, tarefa impossível de se fazer unicamente com o manejo de ementas, como a citação acima demonstra, os réus acabaram por incidir no segundo equívoco adiante enfrentando, ao pretenderem aplicar precedentes relacionados a ações propostas por particulares³³ na ação ora em estudo, proposta pelo MPF.

³²LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo* – 2ª edição, 2016, p. 105-107.

³³As ementas citadas pelos réus comprovam a alegação: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA. ÓRGÃO MINISTERIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. O entendimento jurisprudencial é no sentido de que os sindicatos, na condição de substitutos processuais, estão legitimados para postularem em juízo direitos da categoria, independentemente de autorização expressa dos substituídos ou juntada de relação nominal dos filiados (STJ, AGREsp n. 1028574, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 04.06.09; (TRF da 3ª Região, AMS n. 00111407420024036100, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 09.09.13; ApelReex n. 0020739082004036100, Rel. Des. Fed. Cecília Mello, j. 25.03.08). A matéria restou pacificada em sede de recurso extraordinário com repercussão geral (STF, RE n. 883642-RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.06.16). Registre-se que o RE n. 573.232 diz respeito às entidades associativas. 2. Assim, não prospera a alegação de ilegitimidade ativa do Sindicato, por ausência de autorização expressa dos substituídos para o ingresso em juízo. 3. O cerne do debate travado no presente processo, até o momento, diz respeito à existência ou não de legitimidade passiva do Procurador da República Marco Antônio Delfino de Almeida para integrar o polo passivo da ação. 4. O requerido na presente ação agiu no legítimo espectro de suas

atribuições funcionais, zelando, ainda, pelos interesses das populações indígenas, também função institucional do Ministério Público Federal. 5. A solução albergada pela sentença recorrida, acostada às fls. 1808/1810v dos autos, é sem dúvida a que melhor preserva os interesses da atuação institucional do Ministério Público Federal, sem descuidar dos interesses privados representados pelo autor; a que melhor, portanto, concilia e pondera os interesses em jogo. 6. Com efeito, a permitir-se o acionamento direto dos agentes públicos pelos particulares, a função pública resta imediatamente prejudicada, pois seus agentes poderão sentir-se intimidados no exercício de suas funções. As altas atribuições e missões conferidas ao Ministério Público Federal, desempenhadas com denodo pelos seus membros, inobstante a existência de erros e abusos, como em qualquer instituição humana, exigem para seu bom e frutífero desempenho que seus agentes estejam ao abrigo de perseguições descabidas e ameaças injustas. 7. A solução, pois, de sede constitucional, que prevê a responsabilização da pessoa jurídica à qual o agente esteja vinculado, é capaz de propiciar ao agente essa necessária proteção. A ação deve ser proposta em face da União Federal que, vislumbrando o dolo ou a culpa do agente público, pode mover a cabível ação regressiva. Portanto, como já dito, tal solução não descarta nem do interesse público de preservar a tranquilidade e independência do agente público, *nem do interesse particular* em ver penalizado o agente público faltoso. (...).(Ap 00010025620134036005, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/11/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE REFORMA SEM QUE TENHA HAVIDO SUCUMBÊNCIA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DUPLA GARANTIA. ASSÉDIO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESCONTO DE VALORES EM FOLHA DE PAGAMENTO DE SERVIDOR PÚBLICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. BANCA EXAMINADORA QUE REAVALIOU CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DE DOCENTE. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. ATO NÃO REVESTIDO DE ILEGALIDADE. MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. ADOÇÃO DA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE. REMESSA NECESSÁRIA E APELOS IMPROVIDOS. 1. Inexiste interesse recursal quando a sentença impugnada se posiciona no idêntico sentido da tese declinada no apelo. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. 2. A responsabilidade civil do Estado, na esteira do art. 37, parágrafo 6º, da CF/88, consagra uma dupla garantia: aos indivíduos em geral, que terão seus danos reparados em caso de ofensa, e aos agentes públicos que, *em decorrência de dano causado a particular no exercício da função pública*, apenas poderão ser demandados pelo Estado em demanda autônoma, e não pela vítima (...).(APELREEX 00047258120114058500, Desembargador Federal Raimundo Alves de Campos Jr., TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data::05/02/2014 - Página::219.)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. UNIÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. FATOS INCONTROVERSOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DE AGENTE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DIFERENCIAÇÃO DE CONDUTAS. TEORIA DA DUPLA GARANTIA. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NULIDADE REJEITADA. MILITAR. OMISSÃO NA APURAÇÃO DE CONDUTA INFRACIONAL. ADVERTÊNCIA INDEVIDAMENTE PROFERIDA. ATOS ILÍCITOS. INOCORRÊNCIA. DANOS MORAIS. NÃO CABIMENTO. SENTENÇA MANTIDA. I. Não havendo controvérsia acerca dos fatos narrados na petição inicial, eis que admitidos pelos réus, é plenamente cabível o julgamento antecipado do feito, nos moldes do preconizado pelo art. 330, I, CPC/73 (art. 335, I, CPC/2015), já que desnecessária a dilação probatória. Ademais, o magistrado é o destinatário das provas e, entendendo estar o feito suficientemente instruído, a ele incumbe proferir fundamentadamente sua decisão. Precedentes. II. Sendo a ilegitimidade passiva condição da ação, é matéria de ordem pública, podendo ser reconhecida de ofício pelo magistrado, não havendo que se falar em julgamento extra petita. III. Conforme entendimento do C. STF, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, ao prever a responsabilidade objetiva dos entes públicos por atos praticados por seus agentes, calcada no risco administrativo, adotou, também, a teoria da dupla garantia, segundo a qual se assegura ao administrado de ter ressarcidos seus prejuízos independentemente da comprovação de conduta culposa ou dolosa de servidores públicos e, por outro lado, garante-se ao agente estatal ser processado apenas e tão somente pelo ente estatal. Precedentes do STF. IV. Não havendo distinção entre a conduta imputada ao agente público e à Administração, impende a exclusão daquele do polo passivo da ação. V. Nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal, a responsabilidade da Administração configura-se mediante a demonstração da prática de ato ilícito de agente público, dano e nexos de causalidade entre ambos. VI. *Não age de maneira ilícita o militar que, ao ter conhecimento de conduta grave praticada por seu subordinado* em âmbito privado, o chama em ambiente reservado, juntamente com seus superiores, a fim de orientá-lo acerca de seu comportamento no âmbito civil, a fim de não macule a imagem da corporação, nos termos dos artigos 23, 24, 28, 30 do Regulamento Interno e dos Serviços Gerais da Organização Militar. (...). (AC

Quando a ação fora proposta, houve grande receptividade por parte da comunidade acadêmica e do público em geral, com ampla repercussão na mídia. Parcela do MPF, no entanto, ofereceu forte reação em grupos de *whats app*, argumentando, por exemplo, que a não aplicação da tese da dupla garantia restringiria a atuação do agente público, temeroso em responder diretamente às ações. Apresentando nítida preocupação corporativa, os procuradores da República estavam temerosos acerca da receptividade de tal tese em relação a Deltan Dallagnol, o qual tornar-se-ia um alvo mais facilitado. Nenhuma palavra foi apresentada acerca da tese em si e da necessidade de procuradores da República buscarem a proteção do patrimônio público, demonstrando uma covarde despreocupação com a argumentação jurídica e, unicamente, com uma mesquinha busca e manutenção do poder.

O grupo em que tais críticas foram desferidas tinha o nome de “Valoriza MPF”, contando, como visto, com uma pauta predominantemente corporativa e com membros francamente aliados a Olavo de Carvalho e a ideias pré-modernas em torno, por exemplo, do movimento “Escola sem Partido”, já que muitos dos seus integrantes assinaram manifesto a favor de tal projeto de lei³⁴. Mesmo assim, o símbolo de tal grupo era, surpreendentemente, a famosa pintura “A liberdade guiada pelo povo”, de Eugène Delacroix. Isso bem demonstra o nível de obscurantismo intelectual de parte do MPF.

A argumentação em torno do risco na atuação do agente não consegue afastar a tese ora defendida neste texto. O particular não ostenta a função de proteção ao patrimônio público como se tem com o MPF. Sendo assim, o MPF, demonstrando o dolo ou culpa do agente público, tem o dever de acioná-lo diretamente. A alegação em torno do temor que se pode causar no agente público é descabida, pois o MPF deve agir com responsabilidade, instruindo adequadamente suas investigações e atuando de maneira extremamente técnica. Com essas garantias e responsabilidades, somente o gestor que pratica ato ilícito com dolo ou culpa merece se preocupar com a atuação ministerial.

■ CONCLUSÕES

O direito como integridade é capaz de fornecer uma resposta à utilização dos precedentes, buscando, para além da coerência, a correção dos pronunciamentos judiciais. Assim, o precedente que exprima uma decisão correta merece ser seguido posteriormente, possuindo força gravitacional para tanto. Evidentemente, o critério acerca da correção será disputado, mas, em não se aderindo ao ceticismo em matéria ética, como não se aderiu no presente texto, é plenamente possível sustentar a falsidade e verdade das proposições jurídicas, a partir da teoria de Dworkin adotada neste texto. O direito como integridade é capaz de fornecer tal análise, sendo essencial seu estudo no contexto dos precedentes a partir da própria positivação da lei processual no Brasil.

Uma leitura do art. 37, §6º da Constituição que admita uma obrigatoriedade de demanda contra a pessoa jurídica não consagra um direito ou uma “dupla garantia” ao agente

<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00028085320054013810>, JUÍZA FEDERAL HIND GHASSAN KAYATH (CONV.), TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:17/02/2017 PAGINA:.) (sem destaques no original)

³⁴ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-copia-parecer-escola.pdf>. Acessado em: 02/09/2019.

público. Ela é mais compatível, na verdade, com um indisfarçável privilégio, pois, em momento algum, o dispositivo veda o ajuizamento direto de ação contra o respectivo agente. Há riscos em tal operação, relacionados, por exemplo, à solvabilidade daquele, mas quem deve fazer tal análise é o autor da ação, o qual pode ter interesse em não aguardar o pagamento de precatórios.

Se assim é em relação ao particular, há ainda mais razões para sustentar a tese quando se trata do Ministério Público. É dever funcional de tal instituição responsabilizar diretamente agente público que tenha praticado ato ilícito doloso ou culposos, pois assim estará conferindo máxima eficácia à norma constitucional que preconiza a proteção ministerial ao patrimônio público. O precedente firmado em sentido oposto e analisado no texto merecer ser afastado, pois não diz respeito à atuação ministerial, mas sim aos particulares, os quais não ostentam um dever na proteção do patrimônio público no sentido institucional que cabe ao Ministério Público.

REFERÊNCIAS

BURTON, J. Steven. *The conflict between stare decisis and overruling in constitutional adjudication*. Cardozo law review. Vol. 35:1687, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do precedente judicial. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. Noeses: São Paulo, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

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

HART, H.L.A. *O conceito de Direito*. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo – 2ª edição*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

RAMOS, Luaciana de Oliveira. SCHORSCHER, Vivian Cristina. *Método do caso*. In.: *In.: Métodos de ensino em Direito – conceitos para um debate*. GHIRARDI, José Garcez (org.). São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009. Kindle edition.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil? In. Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil. Coerência*

e integridade. STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2016.