



**UFRRJ**

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL  
DO RIO DE JANEIRO

**IEC**  
INSTITUTO DE ESTUDIOS  
CONSTITUCIONALES

# RDPCC

## Revista de Direito Público Contemporâneo

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Prof. Dr. Emerson Moura, UFRRJ

Instituto de Estudios Constitucionales da Venezuela  
Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, IEC



# RDPC

## Revista de Direito Público Contemporâneo

**Ano nº 02 | Volume nº 02 | Edição Nº 02 | Jan/Jun 2017**  
**Año nº 02 | Volumen nº 02 | Edición Nº 02 | Julio/Diciembre 2017**

**Fundador:**

**Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.**

**Editores-Chefes | Editores-Jefes:**

**Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.**

**Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, UEC.**

**Equipe Editorial | Equipo editorial:**

**Amanda Pinheiro Nascimento**

**Camila Pontes da Silva**

**Jonathan Mariano**

**Gabriela Rabelo Vasconcelos**

**Thiago Alemão**

**Diagramação | Diagramación:**

**Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.**



**UFRRJ**

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL  
DO RIO DE JANEIRO



**IEC**  
INSTITUTO DE ESTUDIOS  
CONSTITUCIONALES

**Revista de Direito Público Contemporâneo**  
**Revista de Derecho Público Contemporáneo**  
**Journal of Contemporary Public Law**

**Conselho Editorial Internacional | Consejo Editorial Internacional**  
**International Editorial Board**

Sr. Alberto Levi, Università di Modena e Reggio Emilia, Emilia-Romagna, Italia.  
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, Caracas.  
Sr. Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, Lisboa.  
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Chile.  
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal  
Sra. Maria de Los Angeles Fernández Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilla.  
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law, Eskişehir.  
Sr. Olivier Deschutter, New York University, New York.

**Conselho Editorial Nacional | Consejo Editorial Nacional**  
**National Editorial Board**

Sra. Adriana Scher, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UNIBRASIL, Curitiba, PR.  
Sra. Ana Lúcia Pretto Pereira, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UniBrasil, Curitiba, PR, Brasil.  
Sr. Bráulio de Magalhães Santos, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Governador Valadares,  
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, FGV, São Paulo, SP, Brasil.  
Cavichioli Paulo Afonso Cavichioli Carmona, UNICEUB - Centro Universitário de Brasília, Brasil  
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.  
Sr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, RJ, Brasil.  
Sr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Curitiba, PR, Brasil.  
Sr. Eros Roberto Grau, Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasília, DF, Brasil.  
Sr. Ingo Sarlet, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC, RS, Brasil.  
Sr. Jamir Calili, Universidade Federal de Juiz de Fora, Governador Valadares, MG, Brasil.  
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Curitiba, PR, Brasil.  
Sr. Philip Gil França, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Brasil.  
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil  
Sr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, Santa Maria, RS, Brasil.  
Sra. Regina Vera Villas Boas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUCSP, São Paulo, SP,  
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.  
Sr. Yuri Schneider, Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, SC, Brasil.

**Avaliadores | Evaluadores | Evaluators**

Sra. Adriana Scher, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UNIBRASIL, Curitiba, PR.  
Sr. Alberto Levi, Università di Modena e Reggio Emilia, Emilia-Romagna, Itália.  
Sr. Alex Assis de Mendonça, A faculdade de economia e finanças Ibmec, IBMEC, Rio de Janeiro, RJ,  
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, IEC, Caracas, Venezuela.  
Sr. Alex Cavalcante Alves, Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasília, DF, Brasil  
Sra. Amanda Cataldo de Souza Tilio dos Santos, Pontifícia Universidade Católica, PUC-RJ,  
Sr. Bráulio de Magalhães Santos, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Governador Valadares, MG,  
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, FGV, São Paulo, SP, Brasil.  
Cavichioli Paulo Afonso Cavichioli Carmona, UNICEUB - Centro Universitário de Brasília, Brasil  
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.  
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Niterói, RJ, Brasil.  
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, RJ, Brasil.  
Sr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Curitiba, PR, Brasil.  
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal  
Sr. Jamir Calili, Universidade Federal de Juiz de Fora, Governador Valadares, MG, Brasil.  
Sr. Manoel Messias Peixinho, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
Sra. Patrícia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, RJ,  
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Curitiba, PR, Brasil.  
Sr. Paulo Roberto dos Santos Corval, Universidade Federal Fluminense, UFF, Niterói, RJ, Brasil.  
Sr. Philip Gil França, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Brasil.  
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil  
Sr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, Santa Maria, RS, Brasil.  
Sra. Regina Vera Villas Boas, Pontifícia Universidade Católica PUCSP, São Paulo, SP,  
Sr. Victor Aguiar Jardim de Amorim, Instituto de Direito Público, Brasília Brasil., Brasil  
Tatiana Vieira de Moraes, Brasil  
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.  
Sr. Yuri Schneider, Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, SC, Brasil.

**Editores-Chefes | Editor-in-Chief**

Sr. Emerson Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.  
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, Caracas.

# Revista de Direito Público Contemporâneo

## Journal of Contemporary Public Law

### Sumário:

<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>006</b>
Emerson Affonso da Costa Moura	
<b>O SINDICALISMO CONTEMPORÂNEO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - THE CONTEMPORARY SYNDICALISM IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW .....</b>	<b>007</b>
Luciana Costa Poli, Bruno Ferraz Hazan	
<b>DAS UN-ABKOMMEN GEGEN DIE KORRUPTION UND DAS INSTITUT DER ANONYMEN ANZEIGE: AUSWIRKUNG AUF DAS BRASILIANISCHE RECHTSSYSTEM .....</b>	<b>032</b>
Paulo Ricardo Schier	
<b>ARMADILHAS NO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO EM CONTEXTOS DEMOCRÁTICOS .....</b>	<b>060</b>
Paulo Ricardo Schier	
<b>A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE AS TARIFAS DO USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>074</b>
Cássio de Lima Lopes	
<b>DILEMAS DO ESTADO CONSTITUCIONAL: DA EXPECTATIVA DOS TRATADOS AO FUROR LEGISLATIVO INTERNO .....</b>	<b>100</b>
Plauto Cavalcante Lemos Cardoso	
<b>EM BUSCA DA FUNDAMENTAÇÃO PERDIDA. (ANÁLISE CRÍTICO-DOGMÁTICA AO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO .....</b>	<b>116</b>
Danilo Nascimento Cruz	
<b>O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL AMBIENTAL .....</b>	<b>136</b>
Bleine Queiroz Caúla, Francisco Lisboa Rodrigues	
<b>A REDEMOCRATIZAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR E A (IN)EFETIVIDADE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL .....</b>	<b>152</b>
Felipe Santos Ferreira, Clara Cardoso Machado Jaborandy e Liziane Paixão Silva Oliveira	
<b>O ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DO TENSO E FRÁGIL EQUILÍBRIO ENTRE INCLUSÃO SOCIAL E LIVRE-INICIATIVA: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO .....</b>	<b>174</b>
Antonio Celso Baeta Minhoto e Wallace Ricardo Magri	

# Revista de Direito Público Contemporâneo

## Journal of Contemporary Public Law

### Resumen:

<b>PRESENTACIÓN .....</b>	<b>006</b>
Emerson Affonso de la Costa Moura	
<b>EL SINDICALISMO CONTEMPORÁNEO EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO - EL CONTEMPORARY SYNDICALISM EN EL DEMOCRATIC STATE OF LAW .....</b>	<b>007</b>
Luciana Costa Poli, Bruno Ferraz Hazan	
<b>DAS UN-ABKOMMEN GEGEN DIE KORRUPTION UND DAS INSTITUT DER ANONYMEN ANZEIGE: AUSWIRKUNG AUF DAS BRASILIANISCHE RECHTSSYSTEM .....</b>	<b>032</b>
Paulo Ricardo Schier	
<b>ARMADILLAS EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO EN CONTEXTOS DEMOCRÁTICOS .....</b>	<b>060</b>
Paulo Ricardo Schier	
<b>LA INCIDENCIA DEL ICMS SOBRE LAS TARIFAS DEL USO DE LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>074</b>
Cássio de Lima Lopes	
<b>DILEMAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL: DE LA EXPECTATIVA DE LOS TRATADOS AL FUROR LEGISLATIVO INTERNO .....</b>	<b>100</b>
Plauto Cavalcante Lemos Cardoso	
<b>EN BUSCA DE LA FUNDAMENTACIÓN PERDIDA. (ANÁLISIS CRÍTICO-DOGMÁTICO AL PROCEDIMIENTO CIVIL BRASILEÑO .....</b>	<b>116</b>
Danilo Nascimento Cruz	
<b>EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL AMBIENTAL .....</b>	<b>136</b>
Bleine Queiroz Caúla, Francisco Lisboa Rodrigues	
<b>LA REDEMOCRATIZACIÓN DE LA POLÍTICA MILITAR Y LA (IN) EFECTIVIDAD DE LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN EN BRASIL .....</b>	<b>152</b>
Felipe Santos Ferreira, Clara Cardoso Machado Jaborandy e Liziane Paixão Silva Oliveira	
<b>EL ACTIVISMO JUDICIAL EN TAZA Y FRÁGIL EQUILIBRIO ENTRE INCLUSIÓN SOCIAL Y LIBRE-INICIATIVA: EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL EN LA CONSTRUCCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y SU INTERVENCIÓN EN EL ÁMBITO ECONÓMICO .....</b>	<b>174</b>
Antonio Celso Baeta Minhoto e Wallace Ricardo Magri	

## Apresentação

É com grata satisfação que após a consolidação da nova equipe editorial com a expansão do conselho editorial, corpo de avaliadores e editores de seção, bem como, os esforços para formação de um corpo editorial internacional, publicamos a segunda edição do primeiro volume do segundo ano da Revista de Direito Público Contemporâneo.

Nesta edição trazemos questões controversas de Direito Público com temas de índole constitucional, trabalho, tributário e ambiental através de artigos inéditos ou consagrados de professores doutores de vários estados do Brasil e de Portugal mantendo a proposta de internacionalização do periódico.

Desejamos uma boa leitura almejando que os trabalhos publicados possam contribuir no debate das matérias, com nosso agradecimento aos professores membros do Conselho Editorial e do corpo de avaliadores, aos editores e colaboradores em geral, aos autores e leitores pelas suas contribuições na publicação desta edição.

## Presentación

Es con grata satisfacción que tras la consolidación del nuevo equipo editorial con la expansión del consejo editorial, cuerpo de evaluadores y editores de sección, así como, los esfuerzos para formar un cuerpo editorial internacional, publicamos la segunda edición del primer volumen del segundo año de la Revista de Derecho Público Contemporáneo.

En esta edición traemos temas polémicos de derecho público, con temas de la naturaleza constitucional, laboral, fiscal y ambiental a través de artículos originales o consagrados profesores doctores de varios estados de Brasil y Portugal que sostienen la revista internacional propuesto.

Deseamos una buena lectura anhelando que los trabajos publicados puedan contribuir en el debate de las materias, con nuestro agradecimiento a los profesores miembros del Consejo Editorial y del cuerpo de evaluadores, a los editores y colaboradores en general, a los autores y lectores por sus contribuciones en la publicación de esta edición.

Rio de Janeiro, 10 de Dezembro de 2018.

Caracas, 10 de Diciembre de 2018.

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, UEC.

## O SINDICALISMO CONTEMPORÂNEO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

### THE CONTEMPORARY SYNDICALISM IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

Bruno Ferraz Hazan<sup>1</sup>

Luciana Costa Poli<sup>2</sup>

**Resumo:** O trabalho analisará o percurso traçado pelo sindicalismo, desde a formação autônoma do Direito do Trabalho (Estado Liberal) até a consolidação do ramo (Estado Social). Em sequência, investigar-se-á a consagração da liberdade sindical como direito humano e sua relação com os parâmetros democráticos e pluralistas do Estado Democrático de Direito. Essa correlação permitiria, ao inserir os trabalhadores nos centros de poder, não apenas efetivar o princípio, mas repensar o papel dos sindicatos, agora que fundamentalizados e atrelados aos próprios paradigmas do Estado. A partir disso, propõe-se um novo caminho para o enfrentamento da crise de identidade e organização que acomete o sindicalismo brasileiro, permitindo sua reconfiguração interna e externa para que possa reassumir seu papel histórico de ator na construção, desenvolvimento e afirmação do Direito do Trabalho.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito. Sindicalismo. Liberdade sindical.

**Abstract:** The work intends, as initial objective, to demonstrate the paths taken by unions, from the autonomous formation of Labor Law (Liberal State) to its consolidation (Welfare State). In a sequel, it will investigate the consecration of freedom of association as a human right and its relation to the democratic and pluralist parameters of the Democratic State of Law. This correlation would allow, by inserting the workers into the centers of power, not only to implement the principle, but also to rethink the role of the unions, now that they are grounded to the State's paradigms. From this, a new way is proposed to face the crisis of identity and organization that affects Brazilian trade union movement, allowing his internal and external reconfiguration so that it can reassume its historical role as an actor of the construction, development and affirmation of Labor Law.

**Keywords:** Democratic State of Law. Syndicalism. Freedom of association.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Privado e Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor na Escola Superior Dom Helder Câmara/MG.

<sup>2</sup> Pós-Doutora pela UNESP (Bolsista da CAPES/PNPD). Doutora em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestra em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC/MG. Professora na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais/MG.

## 1. INTRODUÇÃO

A fundamentalidade do sindicalismo para a implementação e para o aperfeiçoamento da democracia pode ser percebida a partir da consagração da liberdade sindical como direito humano e fundamental. Não sem razão, as principais Constituições contemporâneas incorporaram, em seu arcabouço normativo, os direitos trabalhistas e princípios sindicais a fim de efetivá-los.

A construção de um Direito do Trabalho efetivo permite a consolidação de uma sociedade verdadeiramente democrática e, por sua vez, os sindicatos representam um importante instrumento de desenvolvimento do ramo, seja por meio das lutas por melhores condições de trabalho e vida, seja pelo elo de identidade que firmam entre o sujeito trabalhador e sua classe. Além disso, a postura do Estado capitalista – compelido a aceitar como legais e legítimas as organizações sindicais – sempre esteve vinculada à capacidade de mobilização dos trabalhadores.

O presente trabalho, levando em consideração as premissas destacadas, pretende investigar os percalços do sindicalismo na conformação do Direito do Trabalho, incluindo o seu papel central na mudança dos próprios paradigmas estatais. Essa atuação direta demonstra que a intervenção do Estado na legalização das condições de trabalho não afastou a premissa plural intrínseca do ramo trabalhista que, decerto, foi construído autonomamente pela classe trabalhadora.

Assim, a estrutura democrática e pluralista do Estado Democrático de Direito não apenas se torna compatível com o exercício autônomo do poder criativo dos trabalhadores, mas permite a inserção de toda a classe trabalhadora – por meio de suas organizações sindicais – nos centros de poder.

Seria possível, a partir disso, compreender que a liberdade sindical, na verdade, transmutou-se em corolário do próprio paradigma do Estado. Ao final, pretende-se constatar que o reconhecimento dessa liberdade como direito humano torna patente a fundamentalidade do sindicalismo para a implementação e aperfeiçoamento da democracia. Em última análise, a releitura constitucional propiciada pelo Estado Democrático de Direito viabilizaria não só a consolidação do sindicalismo com ênfase em sua centralidade, mas o desenvolvimento de seu papel fundante e sua ressignificação para o Direito do Trabalho.



## 2. DO SINDICALISMO ESPONTÂNEO À INTERVENÇÃO ESTATAL

O trabalho, sob uma ótica objetiva, pode ser apreendido como resultado da força criativa do ser humano (RENAULT, 2004, p. 45). Apesar de constituir toda e qualquer ordem produtiva, já que traduz basicamente o domínio da natureza pelo homem, o trabalho só adquiriu contornos que lhe cominaram repercussões jurídicas quando o capitalismo se consolidou como modo de produção:

Somente com a hegemonia burguesa e a consolidação do sistema de metabolismo social do capital que a força de trabalho passa a ser mercantilizada, enquanto objeto de contrato, passando a ser peça fundante no processo de valorização. Marx é, nesse sentido, taxativo, ao afirmar que “um dos pressupostos do trabalho assalariado e uma das condições históricas do capital é o trabalho livre e a troca do trabalho livre por dinheiro”. (MACHADO, 2016, p. 95)

Nessa perspectiva, a própria consciência de classe, decorrente consciência coletiva dos trabalhadores na luta contra as mazelas provenientes do trabalho nas indústrias, pode ser encarada como um fenômeno da era industrial moderna:

[...] No capitalismo a classe é uma realidade histórica imediata e em certo sentido vivenciada diretamente, enquanto nas épocas pré-capitalistas ela pode ser meramente um conceito analítico que dá sentido a um complexo de fatos que de outro modo seriam inexplicáveis. (HOBSBAWM, 2000, p. 36-37)

De início, tem-se que o fim do trabalho servil e do trabalho escravo e o surgimento do trabalho livre criaram condições para a estruturação de normas reguladoras e controladoras da relação entre tomadores de serviço e trabalhadores. Afirma-se, assim, que o Direito do Trabalho, com sua lógica tuitiva e com a formatação que assumiu enquanto ramo jurídico especializado, é fruto e parte integrante do sistema capitalista – o que oportuniza a redução das distorções econômicas e sociais inerentes ao sistema que integra (DELGADO, 2016, p. 87).

É importante registrar que não foi o trabalho livre por si o propulsor da idealização e da construção do Direito do Trabalho. Na verdade, a proteção daqueles

que vendiam sua força de trabalho ao capital se tornou reivindicação coletiva diante da superexploração praticada nas fábricas, superexploração esta fomentada pelo pensamento liberal.

O liberalismo ganhou espaço no fim do século XVIII e início do século XIX, a partir da Revolução Francesa. De acordo com Hunt e Sherman (1986, p. 69), “a análise de Adam Smith sobre o mercado, concebido como a ‘mão invisível’ que canalizava as motivações egoístas dos homens para atividades de maior utilidade social, proporcionou os fundamentos da doutrina do *laissez-faire*”.

Como teoria econômica, o liberalismo defende a economia de mercado; como teoria política, defende o que hoje se chama de *Estado-Mínimo* (BOBBIO, 2002, p. 128). Dentre seus postulados básicos, destacam-se: a eliminação da moral como essência da coesão social; a contratualização da responsabilidade, com exclusão da fraternidade (que não se define em termos obrigacionais) e da obrigação da sociedade para com seus membros; a legitimação da desigualdade (e igualdade), vinculando-a ao mercado; e a igualdade como pressuposto das relações intersubjetivas, sendo dever do Estado impedir obstáculos à liberdade (EWALD, 1996, p. 26).

As políticas públicas adotadas pelo Estado Liberal serviam basicamente à viabilização do exercício dos chamados *direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão*, quais sejam, os civis e os políticos. Sarlet (2009, p. 46-47) explica que tais direitos, que tiveram sua jusfundamentalidade reconhecida sob o manto do liberalismo, asseguravam a vida, a liberdade, a propriedade privada e a igualdade perante a lei e se apresentavam como direitos de defesa, que demarcavam uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do poder estatal.

A aparente distância que o Estado mantinha das relações privadas e sua posição omissa quanto à regulação da economia implicavam a sujeição dos trabalhadores às determinações dos patrões<sup>3</sup>. Não é difícil perceber que o

---

<sup>3</sup> O suposto distanciamento e a posição aqui mencionados dizem respeito ao aspecto econômico da locação de serviços decorrente do modelo baseado na livre iniciativa, na regulação privada e na livre concorrência. Não se confunde com neutralidade estatal – inexistente mesmo no ideário liberal –, já que todo o arcabouço legal para a manutenção e a propagação da suposta igualdade entre os contratantes (tomadores de serviço e prestadores de serviço) foi assegurado pelo próprio Estado (especialmente por legitimar o capitalismo). O contraponto aqui apresentado serve como referência para a compreensão da mudança de foco no paradigma do Estado Social (a ser abordado no próximo

*absenteísmo* econômico estatal típico do paradigma liberal era proposital e constituía terreno fértil para a superexploração da mão de obra e para a exclusão social, já que as relações laborais eram conduzidas segundo o arbítrio dos tomadores de serviço, detentores dos meios de produção e dos poderes econômicos e políticos.

Enquanto isso, a industrialização, favorecida pelo progresso científico e tecnológico, permitiu a concentração de trabalhadores no mesmo ambiente laboral. A oposição entre o operariado e o capital tornava-se mais evidente à medida que as condições de trabalho se tornavam mais deprimentes:

Num retrocesso que afrontava a dignidade humana, a duração normal do trabalho totalizava, comumente, 16 horas diárias; o desemprego atingiu níveis alarmantes e o valor dos salários decresceu. Para complementar o orçamento da família operária, a mulher e a criança ingressaram no mercado de trabalho, acentuando o desequilíbrio entre a oferta e a procura de emprego. E, assim, ampliada a mão de obra disponível, baixaram ainda mais os salários (Lei de bronze de LASSALE). Nem a liberdade formal nem a máquina libertaram o homem. (SÜSSEKIND, 2010, p. 15)

Quanto mais as fábricas se expandiam, mais se fortalecia a resistência dos trabalhadores contra a superexploração do capital. O compartilhamento de sofrimentos, lutas e reivindicações levou à formação de uma consciência de classe. Ao mesmo tempo em que o sistema fabril revolucionava o processo produtivo – intensificando a valorização da exploração da força de trabalho –, viabilizava a formação de uma classe razoavelmente homogênea:

Ainda que a palavra de ordem fosse trabalhar até morrer, sem limites, concentrados nas fábricas, ao redor das máquinas, os trabalhadores se uniam, seguindo-se uma luta mais organizada do que outra, visando a manter salários, reduzir jornadas, melhorar as condições de trabalho. Nesse processo, foi se formando a consciência de si e, a seguir, a consciência de classe. (BIAVASCHI, 2016, p. 20-21)

---

item) – modelo político-econômico em que o Estado, com a finalidade de corrigir os desequilíbrios do modelo liberal, assume um papel de intervenção direta no sistema econômico.

A consciência de classe exteriorizou-se por meio de coalizões e, posteriormente, dos movimentos sindicais. A fase embrionária dos movimentos sindicais liga-se às associações secretas de resistência cuja existência é noticiada pela história dos países europeus:

A força de resistência da classe operária concentrou-se, pois, de início, no associacionismo secreto, agrupado à margem da lei, que o perseguia, mas, ainda assim, atuante na autotutela dos interesses de classe e movido pelo instinto de defesa coletiva contra a miséria e o aniquilamento. (GOMES; GOTTSCHALK, 1978, p. 3)

A organização do operariado tomou proporções maiores, e, em determinado momento, ficou visível que não bastava a luta por melhores condições de trabalho. O motivo da indignação e da insatisfação dos trabalhadores, coletivamente organizados, deixou de ser só os abusos dos patrões: a luta tornou-se aberta e clara contra o próprio sistema capitalista.

Inconformada com o poder do capital e com a ideologia liberal, a classe trabalhadora passou a defender a instauração de um modelo de sociedade que se mostrasse mais justo e equilibrado. Inaugurou-se, então, a defesa do socialismo (reivindicações históricas, de cunho político), sem que fosse abandonada a busca por melhorias no âmbito laboral (reivindicações imediatas, de natureza socioeconômica).

A união da classe operária, fortalecida pela conscientização grupal e impulsionada por uma ideologia contraposta à capitalista liberal, deu ensejo à estruturação das organizações sindicais e do Direito do Trabalho no fim do século XIX:

Os movimentos grevistas, a ação direta pela sabotagem, ou pelo boicote; o movimento ludista na Inglaterra e em França; alguns convênios coletivos de existência precária, manifestados desde o início da história do movimento operário, são a prova evidente de que o impulso inicial dado para o aparecimento do Direito do Trabalho foi obra do próprio operário e não benevolência de filantropos, da classe patronal, ou do Estado. (GOMES; GOTTSCHALK, 1978, p. 3)

Percebe-se, portanto, que a ação do proletariado, dentro dos quadros adversos propiciados pela Revolução Industrial, foi o principal fator da construção do Direito do Trabalho.

É notável que os movimentos sociais ganharam corpo a ponto de a classe trabalhadora quase tomar o poder, a exemplo do que ocorreu em 1917 na Rússia, quando se criou a União Soviética. A organização operária, associada à propagação das ideologias contrapostas ao capitalismo, levou os governos liberais a reconhecer a força dos trabalhadores e sua relevância para a preservação do próprio sistema capitalista e, assim, a dar contornos mais sólidos a um ramo jurídico ocupado com a questão laboral.

A partir disso, o Estado Liberal foi substituído pelo Estado Social em resposta às demandas sociais e políticas oriundas da insatisfação com o modelo conduzido por um capitalismo que se mostrava cada vez mais monopolista. A mudança de paradigma deu-se a partir de inúmeras tensões da sociedade industrial que se formava, em nível mundial, com todos os seus efeitos reais, reivindicações, revoltas, greves, guerras, mutilações e mortes (SOUTO MAIOR; CORREIA, 2007, p. 19).

O ideário liberal deu lugar a um pensamento regulatório do capitalismo, construído a partir da doutrina econômica de John Maynard Keynes. Na lição de Delgado (2005, p. 79), as principais linhas de tal pensamento regulatório ligam-se a:

[...] uma política pública intervencionista, apta a garantir o equilíbrio, a estabilidade e o crescimento econômico, assegurando o ganho empresarial em face da combinação de fatores como a ampliação permanente de mercado, a renovação tecnológica e o financiamento a custo razoável, tudo permitindo a contrapartida empresarial e de todo o conjunto do sistema no sentido de assegurar a participação consistente dos trabalhadores nos benefícios conquistados pelo sistema econômico.

No paradigma social, o Estado deixou de ser omissivo e se tornou provedor. Ele assumiu o papel de agente transformador e condutor da realidade social, sendo certo que, no século XX, a sociedade “não é mais apenas reduzida a um agrupamento de indivíduos proprietários privados, mas composta por uma sociedade conflituosa, dividida em vários grupos, classes, partidos e facções em disputa, cada qual buscando seus interesses” (FERNANDES, 2015, p. 68).

No plano constitucional, consagraram-se os chamados *direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão*, afetos à igualdade substancial ou material e representativos da “preocupação de uns com a situação social e econômica de outros” (SOUTO MAIOR; CORREIA, 2007, p. 23). É importante registrar que a transposição paradigmática que representou a integração da solidariedade na ordem jurídica foi fomentada pelo chamado *constitucionalismo social*, movimento consistente na inserção, no texto de diversas Constituições, de normas ligadas à questão social.

O constitucionalismo social traduziu o reconhecimento da jusfundamentalidade dos direitos sociais (saúde, educação, previdência, transporte, habitação, entre outros) e econômicos (emprego, justa remuneração, entre outros) (MAGALHÃES, 2002, p. 27), sendo certo afirmar que houve uma ampliação e uma redefinição dos clássicos direitos do constitucionalismo liberal, bem como uma mudança completa nas bases interpretativas destes direitos. Observada principalmente após o fim da Primeira Guerra Mundial, a constitucionalização de direitos sociais decorreu da necessidade de se repensarem o Direito e o Estado diante do desgaste da ideologia liberal com suas promessas irrealizadas (FERNANDES, 2015, p. 67) e com a desigualdade e a exclusão dela consequentes.

Essa constitucionalização representou um compromisso estatal de implementação dos interesses sociais (o Estado passou a ser sujeito passivo dessa obrigação):

Juridicamente, o Estado deixa de ser um mero legitimador dos interesses dos dominantes e transfigura-se em autêntico Estado Social (pelo menos no prisma do direito). Em se tratando a Constituição de documento no qual se concretiza a unidade política de uma nação, há verdadeiro reconhecimento de que o espaço político não pode desconsiderar os direitos sociais. (SOUTO MAIOR; CORREIA, 2007, p. 22)

Nota-se que o constitucionalismo social materializou a busca pela conversão dos anseios sociais em direito positivo, com sua elevação à categoria de normas constitucionais fundamentais. As Constituições passaram a trazer em seu bojo, além do estatuto político, normas programáticas político-sociais, que regulavam a

ordenação social e as formas de participação da comunidade, inclusive no processo produtivo, e ditavam os fundamentos das relações interpessoais e grupais.

O Direito do Trabalho robusteceu-se e revelou-se um importante instrumento jurídico de distribuição de renda e democratização do poder (COSTA; GOMES, 2013, p. 259). O intervencionismo estatal, característica marcante do Estado Social, abraçou o conflito entre capital e trabalho e, no âmbito do Direito, edificou uma regulação especializada para as relações trabalhistas, constitucionalmente amparada, “contribuindo para ampliar a dignidade dos trabalhadores, especialmente nos países centrais” (DELGADO, 2006, p. 158):

Essa incorporação do segmento jurídico-trabalhista também fazia avançar, agora mediante *status* constitucional, o processo anterior de reconhecimento e institucionalização da separação do ser humano e de seu trabalho perante o conceito e a realidade do direito de propriedade. (DELGADO; DELGADO, 2012, p. 40)

Desse modo, houve um grande avanço para a consolidação do trabalho como um processo de “mudança cultural, jurídica, social e econômica de grande relevância, para se tornar valor especialmente celebrado pela ordem jurídica e constitucional” (DELGADO; DELGADO, 2012, p. 40).

É importante mencionar que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) – criada pelo Tratado de *Versailles* em 1919 – foi marco decisivo no processo de estruturação do Direito do Trabalho como ramo jurídico autônomo. Ao negar, em sua Constituição, a natureza mercantil do trabalho, a OIT buscou solidificar, no plano internacional, o caráter moderno e social da normatização trabalhista, que, “tendo na dignidade humana o ponto de partida e a condição humana como tema central, marcou diferença ao unir o elemento humano, pessoal, ao social, coletivo, imbricando-os” (BIAVASCHI, 2016, p. 21).

Embora a estruturação do ramo juslaboral tenha refletido a política intervencionista do Estado Social, não podem ser esquecidos os embates travados pela classe operária em prol de uma normatização que desmercantilizasse a força de trabalho e revigorasse a condição humana dos trabalhadores, reificados pelo capital. O espaço para o nascimento e desenvolvimento do Direito do Trabalho foi aberto pelos

movimentos sociais e pelas reivindicações operárias, ocorridos especialmente no fim do século XIX e início do século XX, influenciados por ideologias contrapostas à capitalista (socialismo e anarquismo, por exemplo), como anteriormente exposto.

Com relação à organização operária ou, mais precisamente, à organização sindical no contexto do novo paradigma de Estado, tem-se que o constitucionalismo social permitiu o avanço da ideia de que a liberdade é elementar na esfera coletiva trabalhista. No mesmo sentido, a OIT, ao adotar, desde o seu nascimento, a liberdade sindical como princípio norteador das relações laborais coletivas, reconheceu a suma importância do papel desempenhado pelas entidades sindicais na construção e no aprimoramento do Direito do Trabalho e, conseqüentemente, na efetivação da justiça social, da igualdade substancial e da democracia.

### **3. A LIBERDADE SINDICAL: O SINDICALISMO COMO INSTRUMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

No Estado Liberal, a liberdade havia sido consagrada só no plano individual, já que a ideia do associativismo e, pois, de uma liberdade afeta à coletividade, era incompatível com a lógica do individualismo preponderante naquele paradigma. Um longo caminho foi percorrido até a superação do pensamento liberal e, assim, até o reconhecimento da liberdade associativa e sindical como direito humano e fundamental.

De início, é importante que se conceituem *direito humano* e *direito fundamental*. A doutrina não é unânime ao diferenciar tais expressões, mas vale lembrar que “não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado)” (SARLET, 2009, p. 29).

Os direitos humanos, cuja gênese pode ser atribuída à difusão das matrizes filosóficas jusnaturalistas e iluministas nos séculos XVII e XVIII, conectam-se à ideia de que o homem possui direitos imprescritíveis e inalienáveis pelo simples fato de existir enquanto tal. Assim, em essência, os direitos humanos não dependem de positivação:



A primeira questão, referente à existência dos Direitos Humanos, foi justificada originariamente pelo *jusnaturalismo*, corrente do pensamento filosófico que considerava os homens dotados de direitos naturais anteriores à formação da sociedade, direitos que lhes pertenciam, pura e simplesmente, pelo fato de serem humanos. (DELGADO, 2011, p. 61)

Os direitos considerados intrínsecos ao homem em razão da sua natureza humana acabaram passando por três marcos históricos: “o da conscientização da existência de direitos naturais, evidentes à razão; o da positividade desses direitos no ordenamento constitucional; e, finalmente, o da efetivação dos direitos, eis que reconhecidos e concretizados no plano social [...]” (DELGADO, 2011, p. 61). É, portanto, fato que, além de reconhecidos, os direitos humanos foram positivados.

O critério definitivo para a distinção entre direito humano e direito fundamental é a natureza do documento positivador do direito. Esclarece Sarlet (2009, p. 29) que *fundamentais* são os direitos do homem reconhecidos e constitucionalmente positivados por um Estado, enquanto a expressão *direitos humanos* guarda uma relação:

[...] com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Assim, fundamentais são os direitos humanos reconhecidos pelo Estado e protegidos por sua Constituição; são aqueles selecionados pelo legislador para integrar o eixo jurídico-constitucional-substancial, do qual emanará a legislação ordinária; são “direitos do homem garantidos jurídico-institucionalmente e limitados espacio-temporalmente” (CANOTILHO, 2003, p. 393). É possível, assim, “falar-se em direitos humanos ‘fundamentalizados’ em oposição a direitos humanos ‘não fundamentalizados’ por um determinado Estado” (MORAES FILHO, 1978, p. 42).

Nessa ordem de ideias, é perceptível que os direitos fundamentais podem variar segundo a ideologia, o Estado e os valores celebrados pela Constituição.

Contudo, direitos humanos e fundamentais não se diferem apenas quanto à positivação. Com relação aos titulares, os direitos humanos são reconhecidos aos seres humanos sem distinção, enquanto os direitos fundamentais, por serem positivados, possuem como titulares só os cidadãos do Estado que promove a positivação no seu ordenamento interno. No que se refere à eficácia, os direitos fundamentais, em regra, são aplicáveis por força das próprias Constituições que os consagram, ao passo que a efetivação dos direitos humanos depende do *status* jurídico a eles atribuído segundo as regras do ordenamento jurídico recepcionante.

Feita a conceituação proposta, percebe-se que não basta *fundamentalizar* os direitos do homem. A principal tarefa é protegê-los sempre.

Retomando-se a análise da liberdade cara à esfera coletiva do ramo justralhista à luz da teoria dos direitos humanos e fundamentais, tem-se que, embora a liberdade sindical derive da noção de liberdade individual, só a partir da implantação do Estado Social aquela ganhou espaço no cenário jurídico. Vale frisar que, instituído o paradigma social de Estado, os sindicatos deixaram a posição de associações clandestinas e criminosas para se tornarem protagonistas da construção dos direitos trabalhistas, o que não seria possível num contexto de controle e repressão do sindicalismo.

A Constituição Mexicana de 1917, em seu artigo 123, inciso XVI<sup>4</sup>, garantiu o direito de associação sindical a empregados e empresários, para a defesa de seus respectivos interesses. A Constituição Soviética de 1918, em seu artigo 16<sup>5</sup>, apoiou toda e qualquer tendência direcionada à união e à organização dos trabalhadores. No mesmo sentido, a Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar), em seu artigo 159<sup>6</sup>, garantiu expressamente a liberdade de associação para a defesa das

---

<sup>4</sup> “Tanto los obreros como los empresarios tendran derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc.” (MEXICO, 05 fev. 1917).

<sup>5</sup> “The Russian Socialist Federated Soviet Republic, having crushed the economic and political power of the propertied classes, and having thus abolished all obstacles which interfered with the freedom of organization and action of the workers and peasants, offers assistance, material and other, to the workers and the poorest peasantry in their effort to unite and organize” (SOVIET REPUBLIC, 10 jul. 1918).

<sup>6</sup> “The right to form unions and to improve conditions at work as well as in the economy is guaranteed to every individual and to all occupations. All agreements and measures limiting or obstructing this right are illegal” (GERMANY, 11 ago. 1919).

condições de trabalho e econômicas, considerando ilegais medidas que limitassem ou impedissem tal liberdade. Esses são exemplos de como a liberdade sindical teve identificada a sua relevância (consubstanciada pelo reconhecimento da sua jusfundamentalidade) na época do constitucionalismo social.

De fato, como elementos essenciais à construção e à evolução do Direito do Trabalho, a liberdade no âmbito coletivo e a atuação sindical dela decorrente passaram a ser vistas, de forma clara, como importantes instrumentos de promoção de equilíbrio nas relações entre capital e trabalho. Entendeu-se que a liberdade não mais poderia ser afastada da justiça social, sendo infrutífero cogitar-se, também, em justiça social sem liberdade – afinal, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível (PIOVESAN, 2002, p. 73-75).

É importante registrar que foi depois da Segunda Guerra Mundial que a internacionalização dos direitos humanos se consolidou, com as importantes mudanças que marcaram o Direito Internacional: “O Direito Internacional pode ser classificado como o Direito anterior à 2ª Guerra Mundial e o Direito posterior a ela. Em 1945, a vitória dos aliados introduziu uma nova ordem com importantes transformações no Direito Internacional.” (HENKIN *apud* PIOVESAN, 2006, p. 7). O Direito do Trabalho, nesse cenário, transformou-se num verdadeiro instrumento internacionalizado de direitos humanos, na medida em que a jusfundamentalidade dos direitos sociais (direitos de segunda dimensão) foi amplamente reconhecida.

A partir daí, em 1948, editou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, já em seu preâmbulo, afirmou que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948) Indo além, fazendo com que a liberdade sindical ultrapassasse o plano jurídico-trabalhista, a Declaração estabeleceu inúmeros preceitos ligados à valorização de um trabalho digno e às liberdades de reunião e filiação.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> “Artigo 20º 1. Toda a pessoa tem direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas. 2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação. [...] Artigo 23º 1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. 3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social. 4. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos

Percebe-se, pela redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que não só a liberdade individual foi elevada ao patamar de direito humano, mas também a liberdade de associação, o que garantiu um substrato essencial para o seu reconhecimento como direito fundamental por vários Estados. Admitindo-se o importante papel da associação (em especial da sindical) na idealização das concepções de liberdades coletivas, a liberdade sindical pôde ser tomada como elemento primordial para a edificação de uma sociedade mais justa e igualitária no sentido substancial.

A liberdade sindical, já consagrada no plano internacional como direito humano, também teve destaque em outros instrumentos, como na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950.

Seguindo a mesma tendência, o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, diplomas internacionais aprovados pela XXI Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, também confirmaram a natureza de direito humano atribuída à liberdade sindical (referidos Pactos ainda vedaram a ingerência e a intervenção dos poderes públicos na organização sindical, garantindo, por consequência, o livre exercício da atividade das entidades). A orientação repetiu-se no Pacto de São José da Costa Rica de 1969 (Convenção Americana de Direitos Humanos).

A liberdade sindical, portanto, é indubitavelmente considerada direito humano. Ademais, a previsão em incontáveis padrões constitucionais e em vários documentos internacionais comprova a inafastável acepção de jusfundamentalidade assumida pela liberdade sindical no decorrer do século XX.

Essa defesa da liberdade na esfera do Direito Coletivo do Trabalho, construída à luz do paradigma social, desenvolveu-se até a instauração do Estado Democrático de Direito. Firmou-se, no paradigma democrático, uma nova concepção da liberdade sindical, que a registra não só como direito humano e fundamental (decorrente do reconhecimento internacional e da constitucionalização dos direitos sociais), mas também como elemento diretamente vinculado aos direitos

---

e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

fundamentais de fraternidade (direitos de terceira dimensão, titularizados pela coletividade).

#### 4. O PAPEL DO SINDICALISMO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O paradigma do Estado Social deu lugar ao do Estado Democrático de Direito, prevalecente na atualidade<sup>8</sup>, fundado num tripé conceitual inovador: “pessoa humana, com sua dignidade; sociedade política, concebida como democrática e incluyente; sociedade civil, também concebida como democrática e incluyente” (DELGADO, 2012, p. 46).

Na verdade, o Estado Democrático de Direito pode ser percebido como uma fórmula aprofundada do *Welfare State* e do Estado de Direito<sup>9</sup>, ou seja, se de um lado manteve em voga a questão social, de outro inseriu na equação a questão da igualdade. Diante da incapacidade do Estado Social de oferecer condições concretas para a efetivação dos direitos sociais, o Estado Democrático de Direito permitiu o desenvolvimento de um conceito que une, à lógica do Estado de Direito, a legitimação democrática do poder:

Estado de direito e democracia correspondem a dois modos de ver a liberdade. No Estado de direito concebe-se a liberdade como liberdade

---

<sup>8</sup> É bom ressaltar que isso não significa que os efeitos do neoliberalismo e sua potencial hegemonia devem ser ignorados. O Brasil por exemplo, que constitucionalizou direitos sociais apenas em 1988, descobriu tardiamente os sentidos do Estado Democrático de Direito e já sofre os efeitos políticos, econômicos e ideológicos do neoliberalismo. Merece destaque a colocação de Streck e Morais (2014, p. 38): “É evidente, pois, que, em países como o Brasil, onde o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado. As políticas neoliberais, que visam a minimizar o Estado, não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua natureza. Veja-se o exemplo ocorrido na França, onde, após um avanço dos neoliberais, na década de 1990, a pressão popular exigiu a volta das políticas típicas do Estado Providência. É este, pois, o dilema: quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe! Tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito. O Direito recupera, pois, sua especificidade. No Estado Democrático de Direito, ocorre a secularização do Direito. Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, legado da modernidade – até porque temos uma Constituição democrática –, deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas”.

<sup>9</sup> Quanto à construção de um Estado de Direito, destaca-se: “Com efeito, no plano teórico, o Estado de Direito emerge como uma construção própria à segunda metade do século XIX, nascendo na Alemanha – como ‘Rechtstaat’ – e, posteriormente, sendo incorporado à doutrina francesa, em ambos como um debate apropriado pelos juristas e vinculado a uma percepção de hierarquia das regras jurídicas, com o objetivo de enquadrar e limitar o poder do Estado pelo Direito” (STRECK; MORAIS, 2014, p. 40-41).

negativa, ou seja, uma “liberdade de defesa” ou de “distanciação” perante o Estado. É uma liberdade liberal que “curva” o poder. Ao Estado democrático estaria inerente a liberdade positiva, isto é, a liberdade assente no exercício democrático do poder. É a liberdade democrática que legitima o poder. (CANOTILHO, 2003, p. 101)

Assim, o princípio da soberania popular seria a única forma de assegurar o direito à participação igualitária na formação da democracia. Desse modo, Canotilho (2003, p. 102) conclui que esse princípio, efetivamente concretizado por meio de procedimentos juridicamente regulados, “serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de direito’ e o ‘Estado democrático’ possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático”.

A transformação da realidade passa a ser o conteúdo do Estado Democrático de Direito, que busca materializar (efetiva concretização da igualdade) a dignidade do homem, que, por sua vez, é o instigador da atuação pública (propagação dos valores democráticos sobre os fundamentos que compõem a ordem jurídica do Estado) (STRECK; MORAIS, 2014, p. 45). O paradigma da democracia, incrustado no Estado de Direito, pretende, assim, não apenas fomentar a igualdade, mas firmar a norma como um verdadeiro instrumento de transformação social.

De acordo com Delgado e Delgado (2012, p. 25), o Estado Democrático de Direito é o mais evoluído, sob a ótica da história política, social, cultural e econômica, na dinâmica dos direitos humanos, pois se baseia em critérios de pluralidade e de reconhecimento universal de direitos.

A partir da doutrina de Joaquim Carlos Salgado, os autores explicam que a fundamentação teórica do novo paradigma é subsidiada: pelo reconhecimento da soberania do Estado (princípio ontológico); pelos baluartes constitucionais da legalidade, do direito adquirido, da proteção jurídica e das garantias processuais, com o intuito de efetivação da segurança jurídica em sentido amplo (princípios lógicos); e pela finalidade ética estatal de declarar, garantir e realizar os direitos fundamentais (princípios axiológicos) (DELGADO; DELGADO, 2012, p. 27).

Os chamados *direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão*, de natureza transindividual (titularizados pela coletividade, ou seja, de destinatários coletivos e difusos) e ligados à fraternidade, solidificaram-se no contexto do Estado

Democrático de Direito. Trata-se dos direitos à paz, ao meio ambiente, à comunicação, à autodeterminação dos povos, entre outros (BONAVIDES, 2003, p. 569).

Na esfera do Direito Constitucional, a transição para o novo paradigma foi marcada pelo avanço e pela consolidação do fenômeno conhecido como *neoconstitucionalismo*<sup>10</sup>. Esse fenômeno impulsionou amplas transformações no campo jurídico, especialmente por meio da reaproximação entre direito e moral, do reconhecimento da centralidade dos direitos fundamentais e do desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação da Constituição, que teve amplamente reconhecida a sua força normativa (ORLANDO; SOUZA, 2013).

O Estado Democrático de Direito também inaugurou o chamado *constitucionalismo procedimental*. Sobre a caracterização reflexivo-procedimental da Constituição, merece destaque o conceito proposto por Fernandes (2015, p. 71), com base na teoria discursiva da democracia de Jürgen Habermas:

Temos que a Constituição deve ser compreendida como a prefiguração de um sistema de direitos fundamentais que representam as condições procedimentais para a institucionalização da democracia, nos âmbitos e nas perspectivas específicas do processo legislativo, jurisdicional e administrativo, e que garante, ainda, espaços públicos informais de geração da vontade e das opiniões políticas.

O princípio jurídico-constitucional da democracia, otimizado segundo a concepção de cada um dos processos mencionados pelo autor, significa a “participação em igualdade de direitos e de oportunidades, daqueles que serão afetados pelas decisões, nos procedimentos deliberativos que as preparam” (FERNANDES, 2015, p. 71).

No âmbito juslaboral, a fundamentalidade e a universalidade do direito ao trabalho digno tornaram-se o norte das relações trabalhistas como consequência da orientação proposta pelo “valor-fonte da dignidade” (DELGADO, 2012, p. 27). Em verdade, a dignidade da pessoa humana, alicerce do Estado Democrático de Direito,

---

<sup>10</sup> Tal fenômeno surgiu na Itália e na Alemanha logo depois da Segunda Guerra Mundial, como decorrência da percepção de que maiorias políticas podem perpetrar barbáries; mais tarde, desenvolveu-se em Portugal e na Espanha (BARROSO, 2007).

passou a ser vista como a causa e a consequência, o ponto de partida e o de chegada da proteção conferida pelas normas do Direito do Trabalho.

No campo coletivo, em tempos de consagração de direitos fundamentais transindividuais, ganha destaque o papel das entidades sindicais enquanto defensoras dos direitos e interesses dos seus representados coletivamente considerados. Os valores da democracia e da inclusão, caros ao Estado Democrático de Direito, tornam necessário o repensar da organização sindical (que deve refletir aqueles valores, mormente diante do reconhecimento da liberdade associativa e sindical como direito humano e fundamental) e da atuação das entidades sindicais na contenção do ideário neoliberal, no aprimoramento do Direito do Trabalho, especialmente pela via da negociação coletiva, e na efetivação do paradigma de Estado.

Nessa perspectiva, a conexão entre a liberdade sindical e os valores afetos ao paradigma democrático de Estado é facilmente notável. Isso porque a lógica da organização sindical livre parte exatamente das noções de coletividade, de união em prol do bem comum e de participação dos trabalhadores nos centros de poder e na construção do direito. Com isso, assegura-se ao sindicato um papel muito mais amplo do que a simples representação justralhista-setorial:

A função de representação destes interesses pelas organizações sindicais não se esgota na sua defesa frente ao empregador, público ou privado. Em uma noção mais abrangente, as organizações sindicais podem mediar situações que requerem a presença dos poderes públicos como contraparte, assim como assumem funções de co-determinação de interesses sociais. (GRAU, 1999, p. 144)

Isso impede, portanto, a “imposição de um horizonte setorial aos sindicatos”, já que sua função “não se limita à troca básica da prestação de trabalho” (GRAU, 1999, p. 144). Em suma, do ponto de vista constitucional, o sindicato “se prefigura sua atuação no marco da sociedade política global e disto se deduz que o objetivo do sindicato também é ‘o conjunto do sistema político, no qual pretende afirmar fortemente seu protagonismo’” (GRAU, 1999, p. 144).



Trata-se, assim, de um sujeito coletivo com potencial para desenvolver um diálogo intra-governamental na construção de negociações legislativas ou fontes normativas sobre matérias econômicas e sociais, sem abrir mão das medidas de pressão coletiva constitucionalmente asseguradas.

Sendo o Estado Democrático de Direito fundado na pluralidade<sup>11</sup>, no reconhecimento universal de direitos, na inclusão, na cidadania e na dignidade da pessoa humana, é certo que, nesse paradigma de Estado, o Direito do Trabalho (e o sindicalismo livre, como seu elemento estruturante) ocupa posição central.

São impensáveis “a estrutura e a operação prática de um efetivo Estado Democrático de Direito sem a presença de um Direito do Trabalho relevante na ordem jurídica e na experiência concreta dos respectivos Estado e sociedade civil” (DELGADO; DELGADO, 2012, p. 47). Nesse sentido, a democratização da sociedade civil foi estabelecida pela disseminação econômica e social de um Direito do Trabalho eficiente, o que permitiu promover valores essenciais, como a:

[...] garantia da dignidade da pessoa humana na vida social, garantia da prevalência dos direitos fundamentais da pessoa humana no plano da sociedade, subordinação da propriedade à sua função social, garantia da valorização do trabalho na atividade econômica e do primado do trabalho e especialmente do emprego na ordem social [...]. (DELGADO; DELGADO, 2012, p. 48)

Se os sindicatos são a voz dos trabalhadores na busca da sua inclusão social e cidadania<sup>12</sup>, a organização e a atuação daqueles não podem estar sujeitas a nenhum tipo de controle por parte do seu adversário na luta – o poder econômico (ainda que de forma indireta, por meio do Estado). A garantia da liberdade no âmbito justralhista coletivo tem, portanto, efeito claramente emancipatório sobre o Direito

---

<sup>11</sup> A Carta brasileira de 1988, a título de exemplo, ao inserir o sindicato como sujeito ativo da produção normativa (em especial por meio das negociações coletivas – artigos 7º e 8º) assegurou o reconhecimento estatal do pluralismo jurídico, o que, por conseguinte, permite concluir que os sujeitos coletivos também possuem um papel relevante na aplicação e na interpretação da norma.

<sup>12</sup> Nesse mesmo sentido e como essência de uma Constituição cidadã – que insere, em seu bojo, os direitos trabalhistas e sociais –, Santos (1995, p. 135) destaca que “isto significa valorizar o que de melhor a cultura operária produziu: uma ambição de cidadania patilhável por toda a sociedade” o que permite, em última análise, “uma transferência progressiva da identidade operária para identidade cidadã”.

do Trabalho como um todo: entidades sindicais livres conseguem agir de forma a promover conquistas que reflitam o aprimoramento das relações laborais e a melhoria da condição social dos que vivem do trabalho.

Como houve o reconhecimento, pelo Estado Democrático de Direito, do sindicalismo como elemento central, inclusive de democratização do poder, o Estado não pode deixar de assegurar ao sindicato, sujeito promotor da igualdade substancial, a autonomia e a unidade de organização (consectários axiológicos da liberdade sindical).

O sindicato, revelado como instrumento para a expressão dos poderes sociais da classe trabalhadora – e, com isso, identificador e defensor de uma democracia social e plural – merece uma abordagem promocional e incentivadora por parte do Estado (MARTÍNEZ, 1980, p. 207). Nessa perspectiva, a liberdade sindical é o sustentáculo do sindicalismo efetivamente comprometido com o caráter tuitivo do ramo juslaboral e se apresenta como verdadeiro instrumento de realização do próprio Estado Democrático de Direito.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A consagração dos direitos fundamentais de terceira dimensão, a identificação da jusfundamentalidade dos direitos sociais trabalhistas, bem como o alicerçamento da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho como corolários do Estado Democrático de Direito, fizeram perceber o papel de destaque dado às entidades sindicais como agentes para a promoção de uma atuação inclusiva e progressiva. Os valores da democracia e da inclusão tornaram necessário o repensar da organização e da atuação das entidades sindicais, especialmente para o aprimoramento do Direito do Trabalho e para a efetivação dos novos paradigmas do Estado.

Há, nesse sentido, uma conexão direta entre o paradigma democrático de Estado e a liberdade sindical. Uma organização sindical livre pressupõe a união em prol do bem comum e a participação dos trabalhadores na construção de seus direitos, pois a democratização da sociedade civil se encontra incrustada, essencialmente, na consolidação econômica e social do Direito do Trabalho. Essa abertura constitucional

possibilitou, então, inserir os sindicatos nos centros de poder do Estado Democrático de Direito, já que a classe trabalhadora tem, no sujeito coletivo, seu maior expoente.

A fundamentalidade do sindicalismo para a implementação e para o aperfeiçoamento da democracia pode ser percebida, também, a partir da consagração da liberdade sindical como direito humano e fundamental. Não sem razão, as principais Constituições contemporâneas incorporaram, em seu arcabouço normativo, os direitos trabalhistas e princípios sindicais a fim de efetivá-los.

Desse modo, a liberdade sindical permite que as entidades ajam de forma a promover conquistas que reflitam o aprimoramento das relações laborais e da cidadania. Por isso, o reconhecimento da centralidade do sindicalismo por esse novo paradigma exige que o Estado assegure sua autonomia e sua unidade de organização. Assim, a consolidação da liberdade sindical pode ser percebida como um compromisso teleológico e axiológico do Direito do Trabalho edificado por meio dos próprios atores sociais que pretende emancipar.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BIAVASCHI, Magda Barros. A construção das normas de proteção social ao trabalho e seus fundamentos. In: ROCHA, Cláudio Jannotti da; VIANA, Márcio Túlio (Coord.). **Como aplicar a CLT à luz da constituição**: alternativas para os que militam no foro trabalhista. São Paulo: LTr, 2016.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Cynthia Lessa; GOMES, Maíra Neiva. Direito do trabalho e constitucionalismo. In: MURADAS, Daniela; MELLO, Roberta Dantas de; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.). **Trabalho e justiça social**: um tributo a Maurício Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Gabriela Neves. Direitos humanos dos trabalhadores: perspectivas de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. **Revista do TST**, Brasília, v. 77, n. 3, p. 59-76, jul./set. 2011.

DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício Godinho. **Constituição da república e direitos fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

EWALD, François. **Histoire de l'etat providence**: les origines de la solidarité. Paris: Grasset, 1996.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GERMANY. **The Reich Constitution of August 11th, 1919** (Weimar Constitution). Germany, 11 ago. 1919. Disponível em: [http://www.zum.de/psm/weimar/weimar\\_vve.php](http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php). Acesso em: 02 jul 2018.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Forense, 1978. v. I.

GRAU, Antonio Baylos. **Direito do trabalho: modelo para armar**. Tradução de Flávio Benites e Cristina Schultz. São Paulo: LTr, 1999.

HOBBSAWM, Eric J. **Mundos do trabalho: novos estudos sobre história operária**. 4. ed. Tradução de Waldea Barcellos e Sandra Bedran. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J.. **História do pensamento econômico**. Trad. Jaime Larry Benchimol. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

MACHADO, Gustavo Seferian Scheffer. **A ideologia do contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional: tomo II**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARTÍNEZ, José Enrique Serrano. El convenio colectivo de franja en el ordenamiento español. In: **Lecciones de derecho del trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo**. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1980, p. 199-268.

MEXICO. Constitucion Politica de los Estados Unidos Mexicanos que Reforma la de 5 de febrero del 1857. **Diário Oficial**, Mexico, 05 fev. 1917. Disponível em: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM\\_orig\\_05feb1917.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917.pdf). Acesso em: 02 jul 2018.

MORAES FILHO, Evaristo de. **O problema do sindicato único no Brasil**. São Paulo: Alfa Ômega, 1978.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 02 jul 2018.

ORLANDO, Marielen Paura; SOUZA, Tiago Clemente. Neoconstitucionalismo, a “virada hartiana” e o ativismo judicial: leitura a partir do atual paradigma jurídico. In: ADEODATO, João Maurício Leitão; BORGES, Alexandre Walmott; TOLEDO, Iara Rodrigues de (Coord.). **Hermenêutica**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b0eb9a95e8b085e4>>. Acesso em: 02 jul 2018.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional**: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Que é isto – o direito do trabalho? In: PIMENTA, José Roberto Freire [et al.] (Coord.). **Direito do trabalho**: evolução, crise, perspectivas. São Paulo: LTr, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Teses para a renovação do sindicalismo em Portugal, seguidas de um apelo. **Vértice**, n. 68, p. 132-139, set./out. 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. O que é direito social? In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007.v. I.

SOVIET REPUBLIC. 1918 **Constitution of the Russian Soviet Federated Socialist Republic**. Republic Soviet, 10 jul. 1918. Disponível em: <<https://www.marxists.org/history/ussr/government/constitution/1918>>. Acesso em: 02 jul 2018.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. **Ciência política & teoria do estado**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

**DAS UN-ABKOMMEN GEGEN DIE KORRUPTION UND DAS INSTITUT DER ANONYMEN ANZEIGE: AUSWIRKUNG AUF DAS BRASILIANISCHE RECHTSSYSTEM**

**THE CONVENTION OF THE UNITED NATIONS AGAINST CORRUPTION-CASES AND THE DUTY FOR THE INSTITUTION OF COMPLAINT MECHANISMS FOR ANONYMOUS COMPLAINT-ACT: IMPACT ON THE BRAZILIAN JURIDICAL SYSTEM**

**Paulo Ricardo Schier<sup>13</sup>**

**Zusammenfassung:** Eine der größten Probleme der modernen Welt sowohl im öffentlichen als auch im privaten Bereich ist das Bestechungsphänomen. Nicht ohne Grund ist die Korruption in einem solchen Krisenmoment des Rechtsstaates einer der schädlichsten Faktoren für die Demokratie und die Rechtsvernunft. Ist die Situation im privaten Bereich besorgniserregend, so ist es offensichtlich, dass es im öffentlichen Sektor zu den schädlichsten Auswirkungen kommt, denn die Korruptionshandlungen gefährden normalerweise die Voraussetzungen der Demokratie und des Rechtsstaates. Nicht ohne Grund einer weltlichen Tendenz folgend (zumindest unter den die Demokratie ernst nehmenden Staaten) schafft, kräftigt und entwickelt das brasilianische Rechtssystem einen institutionellen Rechtsapparat zur Korruptionsbekämpfung. In diesem Kontext unterzeichnete Brasilien das UN-Abkommen gegen die Korruption, das die anonyme Anzeige zulässt und sogar unterstützt. Die brasilianische Verfassung und die einfachen Rechtsvorschriften aber verbieten solche Anzeigen. Trotz scheinbarem Widerspruch ist es möglich, eine Lösung zu finden, die die nationale und internationale Bekämpfungsabsicht gegen die Korruption durch die Annahme der anonymen Anzeige anpasst. Vorausgesetzt wird, dass das Institut nur das Ziel, die Voruntersuchungen im Verwaltungs- und Gerichtsbereich zu unternehmen, verfolgt, wobei solche Anzeigen nicht genügend sind, um Ermittlungsverfahren und formelle Anschuldigungen einzuleiten.

**Schlüsselwörter:** Anonyme Anzeige; Bestechung; Grundrechte; Demokratie; internationales Verfassungsrecht; Anpassung zwischen internem und internationalem Recht

---

<sup>13</sup> Doktor für Verfassungsrecht an der UFPR. Verfassungsrechtsprofessor im Grund- und Master-Aufbaustudium an der UniBrasil, am Institut für Postgraduierung der Rechtswissenschaften Romeu Felipe Bacellar und der brasilianischen Akademie für Verfassungsrecht. Gastprofessor an der Universität Wroclaw (Polen). Forscher am NUPECONST – Forschungszentrum für Verfassungsrecht – CNPq. Ehrenmitglied der brasilianischen Akademie für Verfassungsrecht. Mitglied der Rechtslehre-Kommission der brasilianischen Anwaltsordnung (OAB) – Paraná-Vertretung. pauloschier@uol.com.br



**Abstract:** One of the major contemporary concerns of our world, in its public and private arenas as scopes, has its reality on the phenomenon of corruption. Not without a reason it stands, for in a crisis moment - for the Constitutional State - corruption is shown out - as one of the most harming forces for Democracy and the special juridical reasoning of states. If it is placed largely, that in the private sector - such situation is of a special worrying reality, it will be in the public sphere that it will impact even more perversely -, for, at true-stands-being - as normally, standing-corruption acts place in jeopardy-action the Figures of Democracy and of the Constitutional State of Rights. It naturally evolves, that in the Brazilian Juridical System, as in its world-follow-of-tendency-status - (in at least the States of Worrying Focus for such), there is the creation of such in the growing-standards of its various actions; as it also affirms and develops the all factors of a Juridical Apparatus for Corruption - Firm - Combat. In this context, Brazil became a grouping force ally against Corruption with the United Nations Convention on Corruption, which, admits and even incentivates anonymous complaint-acts. Nevertheless, the Brazilian Constitution and its ordinary legislation seal as to the impossible in law made focus such complaints. Even though the apparent contradiction, it is possible to find a regulating solution which enables the compatibilization of the national-fame-base of Law and international-comings; in the combat of corruption being for the admission of complaint anonymously carried, once the institute is accepted in the only-purpose of bringing up the levels of preliminary investigations, in the administrative or judicial scope, though not making it a possible sufficiency of action in itself-alone, to the instauration of processes and formal accusations standings.

**Keywords:** Anonymous complaint; Corruption; Fundamental Rights; Democracy; International Constitutional Law; Internal Law Compatibilization and International

## I. EINFÜHRUNG

Eine der größten Sorgen der modernen Welt sowohl im öffentlichen als auch im privaten Bereich ist das Bestechungsphänomen. Nicht ohne Grund ist in solch einem Krisenmoment des Rechtsstaates<sup>14</sup> die Korruption als einer der schädlichsten Faktoren für die Demokratie und die Rechtsvernunft<sup>15</sup>. Ist die Situation im privaten Bereich besorgniserregend, so ist es offensichtlich, dass es im öffentlichen Sektor zu den schädlichsten Auswirkungen kommt, denn die Korruptionshandlungen gefährden

---

<sup>14</sup>. ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. IN: ZOLO, Danilo & COSTA, Pietro (Orgs.). **O estado de direito – história, teoria, crítica**. São Paulo: Martin Fontes, 2006, p. 3-94.

<sup>15</sup>. FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção, democracia e legitimidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, cap. 1.

normalerweise die Voraussetzungen der Demokratie und des Rechtsstaates. Die Gedanken des Respekts vor der Legalität und dem Rechtssystem<sup>16</sup>, Respekt vor Gleichheit aller Bürger sowie Respekt vor den dem republikanischen Prinzip innewohnenden Werten<sup>17</sup>, wie die Unpersönlichkeit, die Transparenz, die Moralität und die Kontrolle der Staatsakte<sup>18</sup>, scheitern vor der Korruption.

Die Gründe, weswegen das brasilianische Rechtssystem einer weltlichen Tendenz folgend (zumindest unter den die Demokratie ernst nehmenden Staaten) einen institutionellen Rechtsapparat zur Korruptionsbekämpfung schafft, kräftigt und entwickelt, sind also verständlich<sup>19</sup>. Wie bereits erwähnt, handelt es sich hierbei um eine weltweite Tendenz. Auf internationaler Ebene sind eben die dieses Thema behandelnde Gesetzesinstrumente nicht wenige. Zu erwähnen sind hier z.B. die in Paris am 17. Dezember 1997 unterzeichnete Konvention zur Korruptionsbekämpfung von ausländischen Beamten in internationalen Handelsgeschäften von der Organisation zur wirtschaftlichen Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) und die UN-Resolution vom 12. Dezember 1996 der Korruption<sup>20</sup>.

Unter den international unterzeichneten zahlreichen Instrumenten interessiert insbesondere diese Studie zum Art. 13 § 2 UN-Konvention gegen Korruption. Die Vorschrift bestimmt ausdrücklich, dass die unterzeichnenden Staaten – darunter Brasilien – Maßnahmen fördern sollen, um die *anonyme Anzeige* zu ermöglichen: „Jeder Staat soll geeignete Maßnahmen unternehmen, um zu gewährleisten, dass die Öffentlichkeit die in der Konvention erwähnten zuständigen Behörden zur Korruptionsbekämpfung zur Kenntnis nimmt, und den Zugang zu solchen Behörden

---

<sup>16</sup>. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 86-92.

<sup>17</sup>. CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 88-89.

<sup>18</sup>. FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29-30.

<sup>19</sup>. Zur Komplexität des Korruptionsbegriffs siehe: GODINHO, Thiago José Zanini. Contribuição do direito internacional ao combate à corrupção. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 58, Jan-Jun 2011, p. 351-354.

<sup>20</sup>. Dieses Abkommen ist aus der Resolution n° 55/61 vom 4. Dezember 2000 der UN-Generalversammlung entstanden, wobei es als notwendig angesehen wurde, mit einem gegen die Korruption wirksames Rechtsmittel zu rechnen. Nach der Resolution 56/260 wurde entschieden, einen Sonderausschuss zur Verhandlung eines Abkommens gegen die Korruption zu schaffen.

ermöglicht, wenn es **um die - inklusiv anonyme - Anzeige** von jeglichen Vorfällen geht, die eine qualifizierte Zuwiderhandlung gemäß dieser Konvention begründet<sup>21</sup>.

Brasilien nahm die Unterzeichnung der Konvention vorweg. Ihre ganze Internalisierung ist noch nicht geschehen. Deren Inhalt bringt aber sicherlich verschiedenste Auswirkungen im brasilianischen Rechtssystem. Es macht sich bemerkbar, dass viele von den elektronischen Regierungs- und Polizeiseiten irgendwelche Mittel haben, die die anonyme Anzeige erlaubt (schriftlich oder durch den Zugang zu besonderen Telefonnummern). Die Anpassung der erwähnten internationalen Vorschrift an das brasilianische Verfassungsrecht ist fraglich und, ob in diesem Bereich eine Lösung möglich ist, die erlaubt, die Mechanismen zur Korruptionsbekämpfung der Verwirklichung der Grund- und Menschenrechte anzupassen.

Solche Besorgnisse sind rechtfertigt, da es sich um einen demokratischen Rechtsstaat oder genauer um einen Verfassungsstaat handelt, und man darf nicht vergessen, dass neben der Unterwerfung unter eine Rechtsordnung dessen vollständige Charakterisierung vom Verbindungsgrad mit dem Schutz und der Verwirklichung der Grundrechte abhängt<sup>22</sup>. Der Rechtsstaat ist also nicht nur ein Zweckstaat. Es ist ein begrenzter Staat hinsichtlich der Mittel und Zwecke<sup>23</sup>. Die Unterwerfung und der Respekt der Gesetze und des Rechtssystems sind nicht ausreichend, materielle Bindung zu den Grundrechten ist notwendig. Die Verwirklichung der Grundrechte alleine reicht nicht aus, die Verwirklichung muss durch geeignete Mittel erfolgen. Im Rechtsstaat ist es also nicht ausreichend, dass die Staatsleistung nur gute Vorsätze, wie die Schaffung von Korruptionsabwehrmechanismen, beinhaltet. Die Mittel müssen auch an andere durch Recht geschützte und betreute Zwecke angepasst werden.

Um auf diese Frage näher einzugehen, muss man das Institut der anonymen Anzeige im Kontext des brasilianischen Verfassungsstaats und dessen Verbindung zu den Grundrechten verstehen. Das bedeutet, dass diese eine Verbindung zum System als Ganzes ist und nicht in Verbindung mit den einzelnen Grundrechten verstanden

---

<sup>21</sup>. Dieses Abkommen wurde am 9. Dezember 2003 in Mérida - Mexiko unterzeichnet, somit wurde der 9. Dezember der Internationale Tag zur Korruptionsbekämpfung.

<sup>22</sup>. GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 29.

<sup>23</sup>. NOVAIS, Jorge Reis. Op. Cit., p. 101-102.

werden kann. Letztendlich handelt es sich in Brasilien um dieselbe Verfassung, die die Grundrechte schützt und die Anonymität verbietet, den gesetzwidrigen Drogenschmuggel verabscheut und das öffentliche Vermögen, die Republik und die Moralität schützt.

## **II. ANONYME ANZEIGE, REGLEMENTIERUNG IN BRASILIEN UND DIE DILEMMATA DER JURISPRUDENZ.**

Wie oben dargestellt, lässt sich aus den brasilianischen Verfassungsnormen entnehmen, dass die Einführung von Verwaltungs- und Gerichtsprozessen auf der Grundlage der anonymen Anzeige mit der Bundesverfassung unvereinbar ist, da es gegen den Art. 5 IV verstößt, der bei Anonymitätsverbot die Ehre, den Widerspruch und die weitgehende Verteidigung besonders schützt.

Außerdem verlangt auf der Gesetzesebene der brasilianischen Normen unter Beispiel des im Landesgebiet gültigen Verwaltungsprozesses das Bundesbeamtengesetz – Gesetz Nr. 8112/90 – im Art. 144 ausdrücklich die Identifizierung des Anzeigers, Adresse und Echtheitsbestätigung bei Anzeigenprozessen gegen Beamten. Der Art. 6 Gesetz Nr. 9784/99 (Verwaltungsprozessgesetz) verlangt dasselbe.

Das Gesetz gegen die Unredlichkeit in der Verwaltung - eine weitere wichtige Normreferenz zur Analyse dieses Themas in Brasilien - hindert im Art. 14, einziger Paragraph, das Verfahren der anonymen Anzeige. Dieses Spektrum wiederholt sich in allen Bundes-, Landes- und Gemeinenormen, die die öffentliche Verwaltung regeln<sup>24</sup>.

Die brasilianischen Normen stellen bezüglich der anonymen Anzeigen klar: Anonyme Anzeigen sind nicht erlaubt.

Wie kann Brasilien solch ein internationales Abkommen unterzeichnen und versprechen, bald Mechanismen zu schaffen, die die anonyme Anzeige insbesondere im öffentlichen Bereich fördern? Es muss dazu erwähnt werden, dass das Verbot der anonymen Anzeige im System nicht absolut ist, so wie auch kein anderes Grundrecht absolut ist.

---

<sup>24</sup>. Weder die Strafprozessgesetze und Strafgesetze noch andere außerhalb der Grenzen des so genannten Verwaltungsprozesses sind Objekt dieser Studie. Hier geht es ausschließlich um einen methodologisch notwendigen Ausschnitt im Rahmen der vorliegenden Studie.

Das Verbot der anonymen Anzeigen muss aus dem ihm rechtfertigenden Zweck verstanden werden, d.h. aus der ihm unterstützenden konkreten verfassungsmäßigen Begründung. Und hier wirft sich die Frage auf: Welcher ist im Bereich der brasilianischen öffentlichen Verwaltung der Grund für das Verbot der anonymen Anzeige? Was soll geschützt werden? Das ist die erste zu beantwortende Frage.

Die die anonyme Anzeige orientierende Kernidee scheint der Schutz der Ehre des Beamtentums zu sein. Es ist außerdem ein subjektives Recht der Beamten gegen leere, unbegründete Anzeigen, politische Verfolgungen, Ehrenverletzungen durch Feinde oder falsche Menschen, um zu verhindern, dass durch den Anonymitätsmantel unverantwortliche Dritte das Ansehen und die Bürgerehre verletzen, die dem öffentlichen Zweck dienen und auf ihn aufpassen<sup>25</sup>. In Bezug auf Privates verbindet sich der Zweck mit der Notwendigkeit des Schutzes von Nomen, Ehre, Würde, Ansehen und Wehrrecht.

Im öffentlichen Dienst geht es also nicht um die Zusicherung der natürlichen Person als Beamte, sondern um den Schutz der Würde der öffentlichen Stelle und des Zugangs höherer Zwecke der Verwaltung selbst<sup>26</sup>. Das liegt darin begründet, weil sonst ohne Regel skrupellose Individuen aller Art von Verleumdung anonym und straflos Nutzen machen können, ohne den Opfern Verteidigungschancen zu ermöglichen, die dann den Zwang von Ermittlungen und disziplinen Verwaltungsprozessen erleiden würden, denn das ist ein Verfahren, dessen Inhalt sich öffentlich im Behördenbereich mit schadensersatzloser Beschwerne zu dem auf gesetzwidriger Weise angeklagten Beamten widerspiegelt<sup>27</sup>.

Der oben genannte Art. 144 Gesetz Nr. 8112/90 ist keine Gewährleistung für diejenigen, die einen öffentlichen Dienstposten ausüben und die sie angenommene Würde. Deswegen ist der feste Beweis und die Identifizierung, Qualifizierung, Adresse und schriftliche Anzeige der Anzeigenden notwendig, andererseits leiden die Beamten unter unheilbaren Beleidigungen und physischen Schäden, nur weil ein Unbekannter

---

<sup>25</sup>. MARTINS, João Barbosa. Processo administrativo disciplinar e o trato da denúncia anônima. In: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/913/O-processo-administrativo-disciplinar-e-o-trato-da-denuncia-anonima>, Zugang am 28.09.2012.

<sup>26</sup>. CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. A instauração de processos administrativos disciplinares a partir de denúncias anônimas. In: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=402>, acessado em 04/07/2000.

<sup>27</sup>. LESSA, Sebastião José. Do processo administrativo disciplinar e da sindicância: doutrina, jurisprudência e prática. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 6.

– eventuell ein Feind oder auch eine böswillige Person – ein apokryphes Mittel anwenden will, um den Beamten schlicht zu beeinträchtigen<sup>28</sup>. Und in Brasilien sind die Konfliktsituationen zwischen den Bürgern und der öffentlichen Verwaltung, die nicht selten als unbegründete Anzeige, als Rache wegen nicht nachgekommenen Privatinteressen enden, nicht wenige.

Mit dem Verbot der anonymen Anzeige will man den Namen, die Würde und das Ansehen der Beamten selbst schützen. Außerdem wird auch der passende Rechtsschutz von Widerspruch und weitgehender Verteidigung beabsichtigt. Die Stabilität der Verhältnisse im Bereich der öffentlichen Behörde soll geschützt werden. Des Weiteren soll verhindert werden, dass das Recht und die Staatsmaschine mit der kleinlichen Absicht der politischen Verfolgung oder des Egoismus benutzt werden.

Trotz dem Verbot der anonymen Anzeige dementieren die Erfahrungen in der Verwaltung und Rechtsprechung in Brasilien alles, was bisher behauptet wurde. Es scheint, als gäbe es nicht mal auf interner Ebene ein Einverständnis bezüglich der Reichweite und der Wichtigkeit der anonymen Anzeigen.

Genau das bestätigt sich bei der Analyse der brasilianischen Obergerichte und der Urteile in Bezug auf anonyme Anzeige in Verwaltungsprozessen, wo sich genau das Gegenteil bestätigt: die fast wahllose Annahme dieses Rechtsinstituts. Diese Auffassung der brasilianischen Gerichte muss zur Kenntnis genommen werden, denn durch dies, d.h. durch eine passende Auffassung gewisser Übertreibungen, wird es möglich sein, einen demokratischen Sinn aufzubauen, um die Anwendung des hier untersuchten Abkommens zu ermöglichen.

Bei der Analyse der Rechtsprechung des Obergerichtshofs im Bereich der Urteile über anonyme Anzeigen in Verwaltungsprozessen findet man die fast kritiklose Annahme dieser Einwendung. Man beobachtet beispielsweise, dass in Sonderberufung 2006/0153177-0 (Obergerichtshof) die Einleitung vom Disziplinarprozess auf der Grundlage der anonymen Anzeige mit angeblicher Bewilligung von der Verwaltung auferlegten Sollbefugnis vom Selbstschutz stattgegeben wurde. In der einstweiligen Verfügung 2006/0249998-2 (Obergerichtshof) rechtfertigt dieselbe Sollbefugnis vom Selbstschutz die Bewilligung

---

<sup>28</sup>. RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao regime único dos servidores públicos civis**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 246.

zur Einleitung einer anonymen Anzeige als Grundlage des Verfahrens. Die Lage wiederholt sich in anderen Sachverhalten: Berufung zur einstweiligen Verfügung Nr. 2005/0044783-5; Berufung zur einstweiligen Verfügung Nr. 2004/016292-5; einstweilige Verfügung Nr. 2000/0063512-0; einstweilige Verfügung Nr. 2000/012537-5; einfache Berufung in einstweiliger Verfügung Nr. 1991/0018676-7; einfache Berufung in einstweiliger Verfügung Nr. 4.435; einfache Berufung in einstweiliger Verfügung Nr. 1.278 und Berufung in em *Habeas Corpus* Nr. 7.329, alle vom Obergerichtshof.

Nach der Auffassung des Obergerichtshofs ist die anonyme Anzeige im System also legitim angesichts der „Sollbefugnis vom Selbstschutz“ oder der „Sollbefugnis von Ermittlungen“ trotz des ausdrücklichen Gesetzesverbots der anonymen Anzeige“.

Zusammenfassend zeigt das praktische Resultat in der Erfahrung des Obergerichtshofs, dass die Berufung auf die Prinzipien (i) des Selbstschutzes und (ii) des Schutzes von Gütern und öffentlichen Interessen die Überwindung von die anonyme Anzeige verbietenden Verfassungs- und Gesetzesnormen befürwortet. Mit anderen Worten nutzt das erwähnte Gericht Prinzipien wie Normen und gibt denen Endgültigkeitscharakter<sup>29</sup>, um die Anwendung von Regeln zurückzunehmen, die die anonyme Anzeige in jeder Situation verbieten.

Auf der Ebene des obersten Bundesgerichts (Supremo Tribunal Federal) stellt die Auslegung komplexe Strukturen dar. Vor dem STF (brasilianischem Verfassungsgericht) wird sowohl das Verbot von anonymen Anzeigen als auch die mit dem Selbstschutz, der Unpersönlichkeit, der Moralität usw. verbundenen Interessen als Prinzipien behandelt, was die passende Abwägung bei der Lösung der verschiedenen konkreten Fälle verlangt<sup>30</sup> (der Ausdruck „Güterabwägung“ und „Abwägung“ wird in fast allen Fällen direkt benutzt). Beispielweise beobachtet man folgenden Beschluss (unten zusammenfassend dargestellt):

MS 24.369-DF  
BERICHTERSTATTER: OBERSTER RICHTER CELSO DE MELLO.  
ZUSAMMENFASSUNG: ANONYME ANZEIGE. MITTEILUNG VON IM  
BEREICH DER ÖFFENTLICHEN VERWALTUNG VERÜBTEN  
SCHWERWIEGENDE TATEN, DIE IM GRUNDE GESETZESWIDRIG  
SIND (ANGEBLICH GERICHTETE DURCHFÜHRUNGEN VON

---

<sup>29</sup>. Zur Regelanwendung mit Endgültigkeitscharakter siehe: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103-106.

<sup>30</sup>. Zur Prinzipienanwendung als Gebot *prima facie* siehe: Idem, *ibidem*.

ÖFFENTLICHEN ANGEBOTEN UND BEHAUPTUNG VON ÜBERTRIEBENEN TAGESPREISEN). DAS VERFASSUNGSVERBOT DER ANONYMITÄT (ART. 5 IV "IN FINE" CF) ANGESICHTS DER RECHTSETHISCHEN NOTWENDIGKEIT DER ERMITTLUNG VON ABGEWENDETEN BEAMTENAUFGABEN. STAATSPFLICHT AUFGRUND DER BEACHTUNGSPFLICHT VON POSTULATEN DER LEGALITÄT, UNPERSÖNLICHKEIT UND VERWALTUNGSMORALITÄT (ART. 37 „CAPUT“ CF) MACHT DEN AUFTRAG ZUR ERMITTLUNG VOM EVENTUELL DAS ÖFFENTLICHE INTERESSE VERLETZENDE VERHALTEN UNABDINGBAR. SOZIALINTERESSE IM MÖGLICHEN KONFLIKT MIT DER ERFORDERNIS DES SCHUTZES DER UNVERLETZLICHKEIT DER PERSONENMORAL (ART. 5 X CF). DAS SUBJEKTIVE ÖFFENTLICHE RECHT DES BÜRGERS AUF DIE REDLICHE AUSÜBUNG VON STAATSBEDIENSTETEN DER REDLICHKEITSPFLICHT BEGRÜNDETE EINE EXTERNE BEGRENZUNG DER PERSÖNLICHKEITSRECHTE. FREIHEITEN IM ANTAGONISMUS. DIALEKTISCHE SPANNUNGSSITUATION ZWISCHEN STRUKTURIERENDEN PRINZIPIEN DER VERFASSUNGSORDNUNG. RECHTSKOLLISION, DIE SICH IN JEDEM SACHVERHALT MITTELS ABWÄGUNG VON IM KONFLIKT STEHENDEN WERTEN UND INTERESSE KLÄRT. ÜBERLEGUNGEN AUS DEN LEHREN. VORBESCHIED NICHT STATTGEGEBEN.

#### BESCHLUSS:

...

Das Verfassungsverbot der Anonymität versucht, wie bekannt, die Beendigung von Missbräuchen in der Freiheitsausübung der Gedankenäußerung zu verhindern, denn bei Verlangen der Identifizierung desjenigen, der solche rechtspolitischen Sonderanspruch wahrnimmt, der für die Gestalt des demokratischen Rechtsstaates wesentlich ist, beabsichtigt man letztendlich zu ermöglichen, dass eventuelle Übertreibungen aus der Praxis des Rechts auf freie Äußerung zur Verantwortlichkeit „a posteriori“ sowohl im Zivil- als auch im Strafbereich herangezogen werden. Diese Verbotsklausel – die nicht als Annullierung der Gedankenfreiheiten ausgelegt werden soll – entstand im brasilianischen positiven Verfassungsrechtssystem mit der ersten 1891 verkündeten republikanischen Verfassung (Art. 72 § 12) mit dem Ziel, die Anonymität zu verhindern, Missbräuche in der konkreten Ausübung der Gedankenäußerungsfreiheit zu hemmen, womit dann die Annahme von Verantwortungsmaßnahmen von denjenigen, die bei Veröffentlichung von Büchern, Zeitungen und Flugblättern das Moralvermögen der durch Übertreibungen erleidenden Personen verletzen, wie bedeutsame Interpreten dieses Grundrechtsinstituts es hervorheben, ermöglicht wird.

...

Daraus besteht also die Norm*ratio* vom Art. 5 IV der republikanischen Verfassung, wobei „die Gedankenäußerung frei ist und die Anonymität verboten wird“ (hervorgehoben). Es ist offensichtlich, dass die Klausel, die die Anonymität verbietet – indem es die strafrechtliche und/oder zivilrechtliche Verantwortung „a posteriori“ des Beleidigers ermöglicht – Verfassungsmaßnahme darstellt, um missbräuchliche Gedankenäußerungen zu entmutigen, die das Moralvermögen der auf ungerechter Weise beleidigten Personen in ihrer Würde



beeinträchtigen können, ungeachtet der benutzten Mittel der beleidigenden Misshandlungen.

...

Die Gedankenäußerung erreicht nicht selten Rechtssituationen anderer Personen, denen das individuelle Grundrecht auf Antwort zusteht. Der Art. 5 V belegt es wie folgt: Das der Beschwerde verhältnismäßige Recht auf Antwort ist, neben Schadensersatz wegen materiellem, moralischen Schäden oder dessen Ansehen gesichert. Dieses wie oben dargestellte Antwortrecht ist eine Garantie der Wirksamkeit des Rechts auf Privatsphäre. Das ist eine Art von Konflikt, der in der Ausübung der Informations- und Kommunikationsfreiheit häufig ist.“

Dieser Antrag nach seinem dem Anonymitätsverbotsklausel zugrunde gelegtem Inhalt behauptet das Vorhandensein von Verfassungshindernissen auf Formulierung von anonymen Anzeigen in unserer positiven Ordnung. Es ist unbestritten, dass die anonyme Anzeige dialektische Spannungssituationen zwischen durch die Verfassungsordnung geschützten Grundwerten hervorrufen kann, wobei dann Rechtskollision entsteht, die durch Gegenüberstellung von rechtsgleichwertigen Freiheiten charakterisiert wird. Des Kontextes ungeachtet muss die Lösung so sein, dass eine der Grundprärogativen gegenüber dem Antagonismus mit der Verfassungsklausel zugrunde gelegt gewissem Interesse Vorrang bekommt. Dieser von der Partei vorgelegte Sachverhalt – die Bundesautarkie – kann eventuell das Aufkommen von Konfliktsituationen zwischen gründlichen Rechten von verschiedenen Subjekten darstellen. Einerseits besteht die Verfassungsnorm, die die Anonymität (Art. 5 IV CF) verbietet, um die Unverletzlichkeit der Persönlichkeitsrechte (wie Würde, Privatleben, Ansehen und Intimsphäre) im Prozess der freien Gedankenäußerung zu schützen, indem auf diese Weise missbräuchliche anonyme Anzeigen entmutigt werden. Andererseits gibt es gewisse auch im Verfassungstext verankerte Grundpostulate, die dem Erfordernis der Gesetzesanpassung der Verhaltensweisen der Staatsbediensteten (Art. 5 II CF) reelle Wirksamkeit verleihen, damit diese sich den rechtsethischen Standards aus dem Prinzip der Verwaltungsmoralität (Art. 37 caput CF) anpassen. Angesichts dieses Kontextes muss festgestellt werden, ob das subjektive öffentliche Recht des Bürgers nach der strengen Beachtung der Postulate von Legalität und Verwaltungsmoralität seitens des Staates und seiner Rechtsanwender (wie die Autarkien) externe Begrenzung der Persönlichkeitsrechte (insbesondere jene in der Dimension der Rechte auf moralische Unversehrtheit) bildet, damit Regierungsinstanzen anonyme Anzeigen zur Kenntnis nehmen, um die Wahrheit aufgrund deren Inhalt nach der Feststellung der Würdigkeit und Wirklichkeit der Informationen anhand des Ermittlungsverfahrens zu ermitteln.

Die Überwindung der Gegensätze zwischen den Verfassungsprinzipien ergibt sich aus Kriterien, die das Oberste Bundesgericht benutzt, um anhand von gewissen Kontexten und unter einer konkreten axiologischen Perspektive „hic et nunc“ zu erwägen und zu prüfen, welches Recht bei Berücksichtigung der Konfliktsituation im Fall vorrangig ist, vorausgesetzt wird, dass der Kerninhalt der Grundrechte mit der Anwendung der Methode der Güter- und Interessenabwägung nicht entleert wird, wie in der Lehrstudie hingewiesen.

...

Bei der Prüfung stellt man eine Situation der Kollision zwischen dem Anspruch der absoluten Ablehnung der anonymen Anzeige fest, selbst wenn diese das Staatsvermögen beeinträchtigenden Tatsachen und das Primärinteresse der Gesellschaft im Umlauf bringt, die Anschuldigungen von schwerwiegenden Verstößen zu ermitteln, die vom Staatsverwaltungsapparat in der Intimsphäre begangen wurden. Das bedeutet in einem Kontext der im Konflikt stehenden Freiheiten, dass die daraus ergebenden Kollision abgewogen werden muss, wobei dieses Gericht die geeignete und rationelle Methode der Güter- und Interessenabwägung benutzt, so dass das öffentliche Interesse an der Offenbarung und Klärung der Wahrheit um angebliche Straf- und/oder Verwaltungsgesetzwidrigkeiten seitens autarkischer Bundeseinrichtungen als solche die (obwohl anonyme) Anzeige rechtfertigt, und das ist die Voraussetzung für die Verwaltungsklage des Bundesrechnungshofs in der Verteidigung des rechtsethischen Postulats der Verwaltungsmoralität, die mit jeglichem Fehlverhalten des unredlichen Verwalters unvereinbar ist. Das Thema des Verfassungsverbots der Anonymität (Art. 5 IV in fine CF) stellt sich im Grunde ganz klar angesichts der rechtsethischen Notwendigkeit der Ermittlung von Beamtenfehlverhalten, denn das ist die Staatspflicht bei der Beachtung der Postulate von Legalität, Unpersönlichkeit und Verwaltungsmoralität (Art. 37 caput CF), somit ist die Ermittlung des die öffentlichen Interessen schädigenden Fehlverhaltens zwingend. Aus diesem Grund nimmt die Lehre trotz der anonymen Anzeige an, dass die öffentliche Verwaltung die reelle Taterfüllung von möglichen Verwaltungsfehlverhalten ermittelt...

...  
Die Rechtsprechung des Obersten Bundesgerichtshofs bestätigt diese Auffassung.

...

Somit und unter Berücksichtigung der dargelegten Begründungen lehne ich den Antrag auf Vorbescheid ohne Schaden von gelegentlicher Nachprüfung der dargestellten Frage ab. 2. Mit der Bitte von Informationen an die als nötigend angezeigten Behörden und anbei die Weiterleitung der Kopie dieses Beschlusses. Es wird veröffentlicht . Brasilia, 10. Oktober 2002. Bundesrichter CELSO DE MELLO (DJU vom 16.10.2002).

Solche Entscheidung fasst die Auffassung des Obersten Bundesgerichtshofs zusammen, der in einigen Sachverhalten nach (manchmal ausdrücklicher, manchmal intuitiver) Abwägung die anonyme Anzeige zum Teil duldet (wie im Fall von MS 27339/DF) und sie zum Teil entfernt (siehe Ermittlung Nr. 1.957-PR).

Vor dem Obersten Bundesgerichtshof wird die Frage anhand der Kategorien der Prinzipientheorien behandelt, wobei dann jeweils verschiedene Antworten je nach Sachverhalt angenommen werden<sup>31</sup>. Es scheint für den STF kein Unterschied zu machen, dass die einfachen Gesetze ausdrückliche Regeln zum Verbot der anonymen

---

<sup>31</sup>. Mahnung zur Notwendigkeit der Abwägung nur angesichts des konkreten Falles, „abstrakte“ Abwägungen sollen vermieden werden, nach: SARMENTO, Daniel Sarmento. A ponderação de interesses na constituição federal, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 42-9.

Anzeige vorbringen (als hätte die vorherige Abwägung der Legislative im Bereich keine Interferenz am Resultat dieser Beschlüsse).

Sowohl die konsolidierte Rechtsprechung des Obersten Bundesgerichtshofs als auch des Obergerichtshofs sehen die anonymen Anzeigen nicht als diskriminierend an und rufen somit praktische und theoretische Probleme hervor.

Im Rahmen eines demokratischen Verfassungsstaates ruft die Tatsache, dass die herrschende Rechtsprechung der oberen Gerichte die Regel des Art. 144 ... unter verschiedenen Begründungen praktisch ignorieren, ein Gefühl der Fremdheit hervor.

Im Rahmen des STJ geht, wie bereits erwähnt, die Rechtfertigung der Auffassung mit zwei großen Argumenten einher: (i) die Anwendung der Regel vom Art. 143 Gesetz Nr. 8112/90, nach der die Verwaltungsbehörde nach Kenntnisnahme des Fehlverhaltens ermitteln muss; (ii) direkte Anwendung der sogenannten „Sollpflicht des Selbstschutzes“ (im Grund ein der Verfassung zugrundeliegendes Prinzip mit einfachgesetzlicher Grundlage in dieser Analyse im Art. 53 Bundesgesetz Nr. 9784/99 – *„Die Verwaltung soll ihre eigenen Handlungen annullieren, wenn diese gesetzeswidrig sind, und kann sie aufgrund der Zweckmäßigkeit oder Gelegenheit unter Berücksichtigung von erworbenen Rechten aufheben“*).

In Bezug auf das erste den Beschlüssen des STJ zugrundeliegende Argument – anonyme Anzeige durch Anwendung des Art. 143 Gesetz Nr. 8112/90 statthaft – scheint es, dass das Gericht eine notwendige Auslegung der Verfassung und von einfachen Gesetzen vergisst<sup>32</sup>. Eine solche Auffassung ergibt sich im Grunde aus einer groben Interpretationsmethode, d.h. die wortwörtliche. Der Art. 143 verpflichtet zur Ermittlung von Fehlverhalten, die die Amtsgewalt zur Kenntnis genommen hat; im folgenden bestimmt Art. 144, Fehlverhalten nicht zu ermitteln, die die Amtsgewalt mittels anonymen Anzeige zur Kenntnis genommen hat. Bei genauem Lesen beider Vorschriften ist die einzige Schlussfolgerung, dass die Amtsgewalt die von ihr nach dem Gesetz – d.h. mittels anonymen Anzeige ein von identifizierten Personen auf legitimer Weise nach dem in unserem Rechtssystem erlaubtes Mittel – zur Kenntnis genommenen Fehlverhalten ermitteln muss. Die Regel des Art. 143 Gesetz 8112/90, die die Ermittlungspflicht auferlegt, verneint also nicht die Regel des Art. 144

---

<sup>32</sup>. Über die Notwendigkeit der systematischen Auslegung als Verpflichtung des Einheitsprinzips der Verfassung siehe: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 181-198

desselben Gesetzes. Es geht um eine Bekräftigung. Die Verwaltungsgewalt muss ermitteln, wenn die Anzeige die Voraussetzungen – darunter anonym zu sein – erfüllt. Die öffentliche Gewalt darf nicht davon abweichen, die Anzeigen von Unregelmäßigkeiten und Gesetzeswidrigkeiten zu ermitteln, die sie nach Gesetzesform zur Kenntnis nimmt. Diese Pflicht soll aber nicht überwiegen, wenn es um die anonyme Anzeige geht.

Das scheint der geeignete Normaufbau zu sein, der die Methode der systematischen Interpretation berücksichtigt und die Anwendung beider Vorschriften rettet. In diesem Interpretationsmodell entzieht weder das Verbot der anonymen Anzeige die Gültigkeit der Ermittlungspflicht noch die Ermittlungspflicht die Gültigkeit oder die Möglichkeit der Verbotsanwendung der anonymen Anzeige. Andererseits entzieht die wortwörtliche Auslegung jeglichen praktischen Sinn des Art. 144 und entzieht ihm ganz die Wirkungen, womit sie auch die Beamtenrechte beschränkt.

Die wortwörtliche isolierte Auslegung des Art. 143 gleicht einer im Art. 144 Gesetz 8112/90 besonderen impliziten Verfassungswidrigkeitserklärung. Da aber der Art. 144 Gesetz 8112/90 in keinem Moment als verfassungswidrig (weder im abstrakten Sinn noch als diffuse Kontrolle) erklärt wurde, bedeutet seine Nicht-Anwendung wahrhaftige Verletzung des Rechtsstaates.

Diese gemeinsame Lektüre der Art. 143 und 144 Gesetz 8112/90 in der Sequenz zeigt die Notwendigkeit einer angemessenen Lektüre, wobei zuerst das Vorhandensein der Ermittlungspflicht und im Folgenden die Schaffung einer Ausnahmenorm berücksichtigt werden sollte, *„vorausgesetzt die Anzeige [ist] nicht anonym“*.

Die zweite Begründung des STJ, um in seinen Beschlüssen die anonyme Anzeige anzunehmen, beruft sich auf die direkte Anwendung des Prinzips des Selbstschutzes, das den Schutz des öffentlichen Interesses, der Moralität, der Zweckmäßigkeit, der Effizienz usw. bezweckt.

Hier soll die Analyse in zwei Punkte aufgeteilt werden: (i) im Art. 53 Bundesgesetz Nr. 9784/99 – Aufhebungspflicht (Selbstschutz) der gesetzwidrigen Handlungen – und (ii) die Möglichkeit der direkten Anwendung der Verfassungsprinzipien der öffentlichen Verwaltung, sowohl explizit als auch implizit.

In der ersten Überlegung ist in Bezug auf die „Selbstschutzpflicht“ dieses Prinzip, obwohl verfassungsmäßig begründet, bei der Anwendung in Disziplinarverfahren in einfachen Gesetzen im Art. 53 Bundesgesetz 9784/99 gefestigt (konkretisiert). Da die legislative Tätigkeit eine Entscheidung in Bezug auf den Verwirklichungsmodus der Verfassungsnormen darstellt, darf man nicht vergessen, dass solch eine Vorschrift des Gesetzes 9784/99 in keinem Moment die Anwendung des Selbstschutzes befürwortet, um die anonyme Anzeige zu dulden. Der normative Satz drückt folgendes aus: **„Die Verwaltung soll ihre eigenen Akten aufheben, wenn sie gesetzeswidrig sind...“**. Es lässt sich feststellen, dass sich die Pflicht zur Aufhebung der eigenen Akten nur auf „die gesetzeswidrigen“ bezieht.

Bei Berücksichtigung der Vorschrift muss sofort ein Unterschied gemacht werden: eine Sache ist die Aufhebungspflicht des gesetzeswidrigen Aktes und eine andere die Möglichkeit der Anwendung der Disziplinarstrafe auf denjenigen, der die Zuwiderhandlung begangen hat. Mit dieser Unterscheidung ist dann leicht erkennbar, dass, wenn die Gesetzeswidrigkeit erst einmal festgestellt ist, das Gesetz die Aufhebungspflicht des gesetzeswidrigen Aktes erzwingt. Hier gibt es Selbstschutz. Das gilt aber für die Ermittlung des gesetzeswidrigen Aktes im eigentlichen Sinne. Die Anwendung der Disziplinarstrafe auf den gesetzeswidrigen Handelnden soll durch Disziplinarverfahren erfolgen, die den Widerspruch und weitgehende Verteidigung gewährleistet, da es um Auferlegung einer einschränkenden Maßnahme auf Freiheits- und/oder Eigentumsrecht geht. Der Selbstschutz ist in diesem Bereich also begrenzt. Selbstschutz auf der Ebene des Disziplinarverfahrens wird nur angenommen, wenn ein Verwaltungsprozessakt gesetzeswidrig ist, aber nie um die Eröffnung eines Disziplinarprozesses zu rechtfertigen. In diesem Aspekt wäre die Eröffnung des Disziplinarverfahrens auf der Grundlage der Selbstschutzpflicht des Art. 53 Bundesgesetz Nr. 9784/99 gesetzeswidrig, wenn diese Vorschrift nur die Zuwiderhandlung erreicht, nicht aber die Strafanwendung auf den gesetzeswidrigen Handelnden.

Es lässt sich als Gegenargument anbringen, dass die Selbstschutzpflicht sich in diesem Fall nicht direkt und aus dem eigentlichen Gesetz, sondern aus den Verfassungsprinzipien ergibt, die das öffentliche Interesse, die Moralität, die Effizienz, die Gleichheit, die Zweckmäßigkeit, usw. schützen, in anderen Worten den Vorrang

des öffentlichen Interesses gegen das Privatinteresse des Einzelnen (als Beamter Tätiger).

Angesichts dieses Arguments kann man die hervortretende Debatte der Vorbehalte seitens der Theorie des Öffentlichen Rechts gegen die verabsolutierende Rede der Überlegenheit des öffentlichen Interesses gegenüber dem privaten Interesse anbringen. Hier bestätigen sich noch einmal die Besorgnisse dieser Lehre: Die Berufung auf das Verfassungsverbot der Anonymität lohnt sich nicht, selbst wenn es durch eine eindeutige Norm von einfachen Gesetzen bestätigt wird, denn das Interesse des Individuums kann nicht die unbesiegbare Überlegenheit des öffentlichen Interesses überwinden. Als würde man behaupten, dass die Selbstschuttpflicht das öffentliche Interesse und das Verbot der anonymen Anzeige das Individuum schützt, das hier angeblich unredlich ist. Private Interessen dürfen also nicht den öffentlichen überwiegen, und bei dieser Kollision bekommt man immer die gleiche Antwort: Das öffentliche Interesse soll siegen.

Hier soll aber keine Argumentationslinie in diese Richtung entwickelt werden. Es werden lediglich die Beobachtungen von vorigen Studien erwähnt<sup>33</sup>.

Andererseits, ganz unabhängig von dem Problem der „Frage“ der Überwindung der Überlegenheit des öffentlichen Interesses, wäre es möglich, die Art wie es die direkte Anwendung der Verfassungsprinzipien, die ganz offen und unbestimmt sind, erlaubt, als Kritik an dem Auslegungsmodell des STJ hervorzuheben, um die Anwendung der sehr klaren Gesetzesregeln zu entfernen, die die Abwägung des Gesetzgebers in der Anwendung der Prinzipien ausdrücken<sup>34</sup>. Hier bewegt man sich in einem anderen methodologischen Problem: die direkte Anwendung der Verfassungsprinzipien, um die Anwendung der Gesetzesregeln zu entfernen<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup>. Übersicht der Debatte über den Mythos des Vorrangs des öffentlichen Interesses gegenüber dem privaten zu finden in: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus intereses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse pública*. 2. Auflage. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, 246 p.

<sup>34</sup>. Das Problem der Entfernung der Regelanwendung, das nicht offensichtlich verfassungswidrig vor den Prinzipien mit hohem Unbestimmtheits- und Abstraktionsgrad ist, findet Erwähnung in: GUASTINI, Ricardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Mínima Trorra, 2008, p. 73-91.

<sup>35</sup>. Diese Art von Problemen wurde bereits in folgenden Texten erwähnt: SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (COORD.). *A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio da Janeiro: Lúmen Júris, p. 251-270.

Dieses Problem ist nichts Neues. Die theoretische Produktion des Verfassungsrechts und der Rechtstheorie hatte bereits die Risiken bemerkt, die der Konstitutionalisierungsprozess ohne rationale Kriterien im Bereich der Justizverwirklichung hervorrufen kann. Die Rechtsunsicherheit, die eventuelle Nicht-Steuerung der Beschlüsse, der Überfluss vom Subjektivismus und die Öffnung zu Moralurteilen in der Erfüllung von durch Prinzipien hervorgebrachten unbestimmten Begriffen, das eventuelle demokratische *Defizit*, das die Entfernung von den legislativen Optionen hervorrufen kann, sind einige wiederkehrende Themen dieser Diskussion<sup>36</sup>.

In dieser Studie soll keine methodologische Tür zur Diskussion dieser wichtigen Themen geöffnet werden. Diese Anspielung wird hier einige methodologischen Voraussetzungen annehmen, um sich nicht vom Kernthema zu abzukommen: (i) die direkte Anwendung der Verfassungsprinzipien zum Nachteil von einfachen Gesetzesregeln mit Vermutung von Verfassungsmäßigkeit (d.h. worauf kein Verfassungswidrigkeitsurteil fällt) ist ein gefährliches Verfahren<sup>37</sup>; (ii) Entscheidungen vom einfachen Gesetzgeber müssen aufgrund des demokratischen Prinzips und Rechtssicherheit geachtet werden<sup>38</sup>; (iii) Prinzipien sollen durch Regeln angewendet werden, die sie verwirklichen und die Optionen der Gesellschaft in Bezug auf diejenigen innewohnenden Begriffen ausdrücken<sup>39</sup>; (iv) direkte Anwendung von Prinzipien durch Regeln darf nur mit Vorbehalt und aufgrund einer tiefgreifenden Argumentationslast verwirklicht werden<sup>40</sup>.

In diesem Rahmen bemerkt man, dass die Argumente in Bezug auf eine Argumentationslinie des STJ, die eventuell die direkte Anwendung des Selbstschutzes gegen das Verbot der anonymen Anzeigen rechtfertigen, sich einem sorgfältigen

---

<sup>36</sup>. In diesem Sinne siehe: SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (COORD.). A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 113-148.

<sup>37</sup>. In diesem Sinne siehe: ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, GUSTAVO (coords). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187 e ss.

<sup>38</sup>. MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e complexidade nos 20 anos da constituição: momento para um equilíbrio prudente na atuação dos tribunais. In: In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (COORD.). A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 362.

<sup>39</sup>. BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 165-200.

<sup>40</sup>. MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica..., p. 362.

Diskussionsprozess nicht entziehen dürfen. Was aber diese Praxis begründet, ist eine allgemeine Anspielung auf die Möglichkeit der direkten Anwendung der Verfassungsprinzipien der öffentlichen Verwaltung.

Es ist offensichtlich, dass die Nicht-Anwendung der die anonyme Anzeige verbietenden Regel in die eventuelle direkte Anwendung des Moralitätsprinzips der Unpersönlichkeit und des Vorrangs des öffentlichen Interesses zugrunde gelegt wird.

Wie aber seit neustem angenommen wurde, ist klar, dass, obwohl die Anerkennung der Normativität der Prinzipien eine wichtige Errungenschaft in der post-positivistischen Verfassungsbewegung bedeutet, die in Brasilien ab dem Kampf um die Verwirklichung der Verfassung von 1988 Kraft gewinnt und sich Mitte 90er Jahren des letzten Jahrhunderts konsolidiert<sup>41</sup>, es nicht heißt, dass die Rechtsregeln aufgrund gewisser typischer Interpretationswillkür von neuem Jusnaturalismus (Naturrechtslehren) und deren nicht ermüdender Suche nach abstrakter und ideeller Gerechtigkeit oder neuem Realismus, wonach der Sozialzweck zu einem überwundenen Auslegungskriterium der formellen Staatsquellen wird, abgetan werden können.

Solchen Haltungen zu verfallen kann in der Praxis den Untergang des demokratischen Rechtsstaates bedeuten, denn die fehlende semantische Dichte der Rechtsprinzipien macht sie zu wahren „Hauptschlüsseln“ der Rechtsauslegung und erlaubt, dass etwas über die Moral, das Gerechte oder das Sozialinteresse geäußert wird.

Den heimlichen Stricken dieser Perspektiven der Rechtsrealisierung bewusst, erinnert Norberto Bobbio daran, dass die Kontroversen zwischen dem Gerechten und Ungerechten, zwischen der Moral und Unmoral praktisch unüberwindbar sind. Als Beispiel kann man Lockes Annahme des Eigentums als Naturrecht und den Verstoß dieser Idee seitens der utopischen Sozialisten zitieren<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup>. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2007. p. 203-249.

<sup>42</sup>. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernanda Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 56.



Somit kann man mit Antonio Cavalcanti Maia übereinstimmen, der wie folgt behauptet:

„von Pos-Positivismus zu sprechen, bedeutet nicht eine radikal antipositivistische Stellung anzunehmen, sondern eine Überwindung dieser theoretischen *démarche* auf der Suche nach einer „abgestimmten“ Auffassung des zeitgenössischen Rechtslebens vorzuschlagen. Einerseits kann man sich nicht weigern, die unumgänglichen Beiträge der dem Rechtspositivismus folgenden Juristen zur Auffassung der Rechtsnorm sowie deren Sorge um die Klarheit, die Richtigkeit und die Objektivität der Rechtsstudien anzuerkennen, und das alles unter Anweisung der Zentralbesorgnis der zeitgenössischen Rechtsstaaten um der Rechtssicherheit. Für eine post-positivistische Betonung einzutreten, bedeutet andererseits keine Rückkehr zu naturrechtlichen Stellungen mit ihren den aktuellen Stand der wissenschaftlichen Auffassung nicht zu vereinbarenden metaphysischen Behauptungen – was mehrmals von dieser Stellungnahme gegenüber kritischen Autoren betont wird“<sup>43</sup>.

Man darf also eine sorgfältige Analyse nicht vernachlässigen und muss die Fragen an ihren passenden Orten stellen.

Wie bereits erwähnt sind die Fragen der Moralität, des öffentlichen Interesses, der Unpersönlichkeit nicht unbedingt mit dem Verbot der anonymen Anzeige unvereinbar. Die Prinzipien sind Ausgangspunkte und ihre Verwirklichung kann nicht auf irgendeine Weise vollzogen werden, insbesondere wenn sie im hier zur Debatte stehenden Fall noch in gültige Verfassungsvorschriften (Art. 5 IV) eingreift und klare Textgrenzen der Verfassung und der Optionen des einfachen Gesetzgebers überschreitet.

Um Willkür zu vermeiden, müssen die Parameter zu einer korrekten Dimension der Prinzipienanwendung identifiziert werden.

Rechtsprinzipien und Rechtsregeln als Gattungen des Genres Rechtsnorm bedienen verschiedene aber im Rechtssystem verbundene Aufgaben. Prinzipien haben stärkere axiologische Kraft und funktionieren regelgründend. Die Prinzipien begründen *prima facie* Rechte. Die Regel ihrerseits beschreiben Verhalten und Strukturen auf objektiver Weise, weil ihr Zweck ist, die Werte in den Prinzipien durch Auswahl und ihrer Konkretisierung unabdingbaren Normoptionen anwendbar zu machen.

---

<sup>43</sup>. MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, GUSTAVO (coords). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 123.

So verstanden muss man ein Paradox-Zusammenhang zwischen beiden anerkennen, weil das Prinzip die Normativität gründet und bei der Verwirklichung von der Regel abhängt, die ihrerseits nur „Rechtsexistenz“ hat, weil sie durch ein Prinzip messbar ist, das ihr als Auslegungsabschluss dient und den Klang der rechtlich zu schützenden Werte gibt.

Eins verlangt das andere mit gegenseitigen Sinngabebestimmungen. Die Prinzipien erlauben den Sauerstoffwechsel des Systems und bringen die in gewisser Geschichtsperiode existenziell gegebenen Inhalte mit sich. Die Regeln spezifizieren die Prinzipienanwendung und bestehen gleichzeitig ihretwegen.

Aus diesem Grund postuliert man, dass bei der sofortigen Lösung von Rechtsfällen den Regeln Vorrang zu geben ist, da die Prinzipien nur direkte Anwendbarkeit in sehr spezifischen Situationen finden, wo es einer Entscheidung bedarf, die die argumentative Kraft aushalten muss.

Diese Forderung des Vorrangs der Regel entsteht als ein Versuch, die ideale vom Recht gewollte Rechtssicherheit zu erlangen, wie Marçal Justen Filho betont:

„die Anerkennung der Bedeutung der Prinzipien führte zu einer gewissen Herabwürdigung der Regel, was ein Missverständnis ist. Die Existenz von Regeln ist grundlegend für die Rechtssicherheit und für die Gewissheit des Rechts. Die Regel übersetzt die Auswahl in Bezug auf Werte und Sozialfakten. Sie erlaubt, dass alle Gesellschaftsmitglieder die vom Recht angesehene Lösung kennen“<sup>44</sup>.

Die auf Prinzipien zugrunde gelegte Argumentation ist besonders wichtig in den sogenannten „Schwerfällen“. Ronald Dworkin diagnostiziert wirkungsvoll, dass die auf eine Normrichtlinie zugrunde gelegte Argumentation, die sich nicht den Merkmalen der Rechtsnorm sondern den Prinzipien anpasst, in polemischen Fällen mit großen Problemen vorkommt<sup>45</sup>.

Um diese Fälle zu bestimmen, gibt es kein universelles Kriterium, keine Begriffsregel und keine befriedigende Methode. Aber man kann behaupten, dass sie problematischen Charakter haben, weil man keine Rechtslösung in Sicht hat oder im Gegenteil verschiedene Lösungsmöglichkeiten zu finden sind.

---

<sup>44</sup>. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* São Paulo: Saraiva, 2003,p.53-54

<sup>45</sup>. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

Das scheint aber nicht die Situation des hier diskutierten Sachverhalts zu sein. Die anonyme Anzeige wird in der Verfassung und ist in diversen einfachgesetzlichen nie als verfassungswidrig erklärten Vorschriften ausdrücklich verboten. Der Verfassungstext setzt außerdem direkt keine Ausnahmen fest. Er drückt schlicht das Verbot der Anonymität aus. Es gibt noch keine Generalklausel wie „die Anonymität ist verboten, *es sei denn sie beruft sich gegen das Interesse, die Gewalt oder die öffentliche Moral*“. Das bedeutet aber nicht, dass der Gesetzgeber bei der Abwägung von Verfassungsgütern gehindert ist<sup>46</sup>, jegliche Beschränkungen in diesem Sinne festzulegen. Der in diesem Bereich immer restriktive Staatseingriff ist legitim<sup>47</sup>, vorausgesetzt es ist gerechtfertigt und der Kern des beschränkten Rechts in der Perspektive der Verhältnismäßigkeit wird aufrechterhalten<sup>48</sup>. Unter diesem Aspekt wird das Verbot der Anonymität nur durch einfache Gesetze bestätigt. Eventuelle Beschränkungen können aber von einfachen Gesetzgebern festgelegt werden. Bei der Rechtsetzung über die „Ermittlungspflicht“ (im Fall des Art. 143 Gesetz 8112/90) und über die „Selbstschutpflicht“ (Art. 53 Gesetz Nr. 9784/99) hat der Gesetzgeber solche Pflichten nicht als Ausnahmen des Verbots der anonymen Anzeige festgesetzt.

Es gibt auch keinen faktischen Rückhalt, der die Schlussfolgerung, dass das Verbot von anonymen Anzeigen der Staatsgewalt Hemmnisse bezüglich der Aufhebung von gesetzwidrigen Akten schafft, befürwortet. Es können zwar Kosten in der Anwendung von Bestrafungen des Beamten, der die Illegalität begangen hat, entstehen, aber das integriert die sogenannte „Demokratielast“, der Anwendung des rechtlichen Verfahrens.

Die Wichtigkeit, auf die festgesetzten Regeln durch demokratisch aufgebaute Rechtssetzung Wert zu legen, bildet die Maxime des demokratischen Rechtsstaates, der das Legalitätsprinzip als Grundsäule hat. Sie ist unentbehrlich, damit die Bürger gesetzeswidriges oder gesetzmäßiges Verhalten vorhersehen können. Laut der Lehre von José Afonso da Silva wie folgt:

---

<sup>46</sup>. Siehe: Virgílio Afonso da Silva, nach dem die Aktivität der Beschränkung seitens des einfachen Gesetzgebers ist Abwägungsaktivität angesichts des konkreten Falls: SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 140 (nota de rodapé n. 64).

<sup>47</sup>. Idem, p. 65-125.

<sup>48</sup>. Idem, p. 183-208.

„das Gesetz ist tatsächlich die weitgehendste Amtshandlung des politischen Lebens. Akt der politischen Entscheidung schlechthin, denn durch sie, wenn von dem Volkswillen hervorgerufen, ermöglicht die Staatsgewalt dem Sozialleben bestimmte Verhaltensweisen, so dass die Gesellschaftsmitglieder die Anleitung zur Verwirklichung ihrer Interessen vorher kennen“<sup>49</sup>.

Für Jorge Reis Novais untermauert das Legalitätsprinzip die Idee der Rechtssicherheit noch, da es „ohne die rechtlich garantierte Möglichkeit der Berechnung und der Voraussehbarkeit der in der Rechtssphäre möglicherweise niederschlagenden Handlungsentwicklungen der öffentlichen Gewalten, wäre das Individuum bei der Verletzung des Grundprinzips der Menschenwürde ein reines Objekt der Staatshandlung“<sup>50</sup>.

Außer des möglichen Voraussehens von rechtlich regulierten Verhalten setzt die Idee der Rechtssicherheit die Befugnis des Ersuchens des Rechtsapparats als Garantie der Sozialsicherheit durch ein zur Verfügung stehendes dogmatisches Instrument voraus, das aus objektiven Rechtsnormen der Gesetzesordnung und auch aus verschiedenen Verfassungsprinzipien wie Legalitätsprinzip, weitgehender Verteidigung, Normrückwirkungsausschluss, Verfassungsmäßigkeitsvermutung von Gesetzen u.a. besteht.

Diese Prinzipien erlauben in der Verfassungsordnung die Aussicht auf eine Palette von Grundrechten, die die notwendige Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit, Garantie der Bürgerrechte und Berechenbarkeit beachten, deren Ursprung auf die individuellen und kollektiven Rechte und Pflichten des Art. 5 Absätze XXXVI bis LXXIII der Republikverfassung von 1988 zurückgeht.

Die Idee der Rechtssicherheit kann sicherlich nicht dazu dienen, jegliche Rechtsvorschrift zu rechtfertigen, sondern soll besonders die Einrichtung der Justiz begleiten, wenn es um die grundlegende, in der Verfassung verankerte Garantie des Bürgers geht.

In der hier aufgezeigten Situation merkt man, dass die autonome Anwendung des Moralitäts- und Unpersönlichkeitsprinzips ohne die gebührende Kontextualisierung und Anpassung gegen eindeutige Regeln vom Verbot der

---

<sup>49</sup>. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6 ed. São Paulo: RT, 1990, p.107

<sup>50</sup>. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 262.

anonymen Anzeige die Verletzung einer Reihe von Verfassungsprinzipien von gleicher Rechtsbedeutung, wie das Widerspruchsrecht, die weitgehende Verteidigung, die Abwehr von Würde und Ansehen und andere auch die Rechtssicherheit durch das Vermutungsprinzip der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen fördert.

Bei einer scheinbaren Kollision soll die Anwendung eines Prinzips der Verfassungsordnung weniger Schaden verursachen als den Schaden durch die Verletzung anderer Prinzipien. In der hier dargestellten Situation bemerkt man, dass die Anwendung der Prinzipien der Moralität, der Unpersönlichkeit und des Vorrangs des öffentlichen Interesses, um die Anwendung der die anonyme Anzeige verbietenden Regeln zu entfernen, bei diesen erwähnten Prinzipien großen Schaden verursacht.

Die Konstitutionalisierung des Rechts, wenn zu voreilig verstanden, kann einige ungewollte, vermeidbare Wirkungen hervorrufen.

Der Problematik bewusst, zeigt Luis Roberto Barroso zwei negative Folgen vom Missverständnis dieses theoretischen Phänomens im aktuellen brasilianischen Recht auf: die erste von politischer Natur, die durch die Schwächung der demokratischen Mehrheitsmacht und durch den Prestigeverlust der einfachen Gesetzgebung verursacht wird, und die zweite von methodologischer Natur, da die offene und unbestimmte Textur einiger Verfassungsnormen zu gerichtlichem Dezisionismus führen können<sup>51</sup>.

Auf Grundlage dieser Diagnostik betont dieser Verfassungstheoretiker entschlossen, dass solche Wirkungen vermieden werden sollen. In Bezug auf die Praxis des Dezisionismus sagt er:

„Es ist unerlässlich, dass Richter und Gerichte eine gewisse dogmatische Strenge anwenden und die Argumentationslast der Regelanwendung annehmen, die unbestimmte Rechtsbegriffe oder flüssige Prinzipien beinhalten. Die missbräuchliche Nutzung des Gerichtsspielraums bei der Klärung von schwierigen Fällen kann neben der Infragestellung der demokratischen Legitimität der Gerichtsaufgabe extrem problematisch für den Schutz von Werten wie Sicherheit und Gerechtigkeit sein“<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup>. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 391-392.

<sup>52</sup>. Idem, p. 392

Nach der Auffassung dieser Studie schlägt Luis Roberto Barroso zwei methodologische Parameter vor, die bei der Interpretation zu beachten sind:

a) Vorzug des Gesetzes: wo es eine eindeutige und gültige Äußerung des Gesetzgebers gibt, soll sie überwiegen, und der Richter oder das Gericht sollen vermeiden, verschiedene Entscheidungen zu fällen, obwohl es ihnen angemessener scheint;

b) Vorzug der Regel: wo der Verfassungsgeber oder Gesetzgeber mittels Erlasses einer gültigen und zu befolgenden Verhaltens beschreibenden Regel gewirkt hat, soll sie den hierarchisch gleichen Prinzipien überwiegen, die zufällig im Sachverhalt Anwendung finden könnten.

Um diese Lehren auf den hier dargestellten Sachverhalt anzuwenden, beobachtet man, dass die einfachen Bundesgesetze, die das Thema behandeln, (i) „eindeutige und gültige Äußerungen des Gesetzgebers“ beinhalten. Aus diesem Grund erklärt sich das Kriterium des Gesetzesvorzugs vor der direkten Anwendung der Prinzipien in der hier dargestellten Situation, denn *„es konkretisiert die Prinzipien der Gewaltenteilung, der Rechtssicherheit und der Gleichheit“*<sup>53</sup>.

Deutlich wird, dass das Regelvorzugskriterium anzuwenden ist, da die oben genannten Gesetzesvorschriften gelten und sie spezifisches zu befolgendes Verhalten beschreiben, wodurch sie das Vorrangprivileg verdienen.

Nach dieser Darstellung lassen sich folgende Bemerkungen über die herrschende Auslegung des STJ, das die anonyme Anzeige ohne die Möglichkeit jeglicher Abwägung oder Relativierung des Selbstschutzes oder der Ermittlungspflicht annimmt, machen: (i) behandelt Prinzipien, als ob sie Regeln wären, (ii) befürwortet die direkte Anwendung von offenen und unbestimmten Verfassungsprinzipien gegen den Gesetzestext und gegen das gültige Normsystem, (iii) schafft Rechtsunsicherheit, (iv) hindert die umfassende Verteidigung, weil die nicht Identifizierung des Anzeigers die eventuelle Möglichkeit, Machtmissbrauch und Zweckabweichung zu beweisen, behindert.

---

<sup>53</sup>. Idem, p. 393.

Alle Kritiken des Auslegungsmodells unter der Rechtfertigung der autonomen Anwendung der Prinzipien der Moralität, Unpersönlichkeit, öffentlichen Interesses usw., die im STJ herrschen, dienen auch dem im STF herrschenden Auslegungsmodell.

Wie hier dargestellt zeigen die Lösungen des Obersten Bundesgerichts, dass die Frage aus einer strikt prinzipienlogischen Dogmatik bearbeitet wird. Die dargestellten Lösungen berufen sich normalerweise auf die Notwendigkeit der Verwirklichung von Abwägungsurteilen in jedem konkreten Fall. In der oben genannten im MS 24.369-DF gefällten Entscheidung ist jede Überlegung als Prinzipien verstandene Verfassungssätze aufgebaut. Diesbezüglich gibt es vorab kein Problem. Es gibt wichtige theoretische Produkte, die verteidigen, dass Grundrechte Prinzipien sind<sup>54</sup>, und nichts verhindert, dass diese Auffassung im Diskurs vorausgesetzt wird. In der Argumentation ist zu merken, dass der Bundesrichter das Verbot der Anonymität (Art. 5 IV) auf die eine und Legalität (Art. 5 II) und Moralität (Art. 37 *caput*) auf die stellt. Jeder Entscheidungsaufbau berücksichtigt eine allgemeine Erörterung dieser Prinzipien und bezieht sich wiederholt auf die Notwendigkeit der Antwort auf der Grundlage der Abwägung, die Vernunftmethode der Entscheidung ist. Am Ende verneint es den Vorbescheid und lässt das Verfahren der anonymen Anzeige zu, die nochmals zitiert wird:

“Das Thema des Verfassungsverbots der Anonymität (Art. 5 IV in fine CF) stellt sich im Grunde ganz klar dar angesichts der rechtsethischen Notwendigkeit der Ermittlung von Beamtenfehlverhalten, denn das ist die Staatspflicht bei der Beachtung der Postulaten von Legalität, Unpersönlichkeit und Verwaltungsmoralität (Art. 37 *caput* CF). Die Ermittlung des die öffentliche Interessen schädigenden Fehlverhaltens ist somit zwingend. Aus diesem Grund nimmt die Lehre trotz der anonymen Anzeige an, dass die öffentliche Verwaltung die reelle Taterfüllung von möglichen Verwaltungsfehlverhalten ermittelt...

...

---

<sup>54</sup>. Siehe beispielsweise: FIGUEROA, Alfonso García. Principios e direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (COORD.). A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 3-34. No mesmo sentido: SILVA, Virgílio Afonso dos Direitos fundamentais... cit, p. 108-113, bei der Verteidigung der Theorie des faktischen Rückhalts.

Die Rechtsprechung des Obersten Bundesgerichtshofs bestätigt diese Auffassung“.

Es ist bemerkenswert, dass am Ende die ganze im Beschluss aufgebaute Rechtfertigung zu einer ganz anderen Schlussfolgerung führen könnte. Außerdem bezieht sich der Beschluss in keinem Moment auf Gesetzes- und Regelvorschriften, die die Anonymität ausdrücklich verbieten. Die ganze Überlegung erfolgt auf der Ebene der Verfassungsnormativität mit totaler Abstraktion des einfachen Gesetzgebers.

Im Beschluss der Ermittlung Nr. 1.957-PR stellt das STF einen im Plenum diskutierten Beschluss klar, dass die Anonymität gegen den Rechtsstaat verstößt, nicht angenommen oder verteidigt werden soll, und darüber hinaus über keine vermutliche (wenn aufgeschriebene oder im Aktenzeichen eingetragene) Rechtsbeweisqualität verfügt. Sie ist aber fähig, Ermittlungsverfahren der Wahrscheinlichkeit einzuleiten, wenn deren Information ein Minimum an Glaubwürdigkeit besitzt. Die anonyme Anzeige wird aber in unserem Verfassungsrecht abgelehnt, weil sie die Integrität unserer Grundrechte riskiert.

D.h. mit einigen Abweichungen bestätigt sich die These unter den Bundesrichtern soweit, dass die Anzeige von einem unbekanntem Autor kein rechtmäßiges Instrument ist, denn sie ist ein Unwert angesichts der eigenen sie ablehnenden Rechtsordnung. Obwohl sie ein Unwert ist, wenn die anonyme Anzeige glaubwürdige Indizien des von ihr eingeleiteten Sachverhalts aufweist, darf der Staatsapparat die *notitia* nicht einfach ignorieren. So würde ein Abwägungsurteil die Überwindung dieses Unwertes befürworten, damit die Ermittlung der Rechtswidrigkeit „mit Zurückhaltung und Vorsicht“ erfolgen kann.

Als Schlussfolgerung kann man nochmals festhalten: trotz des Gesetzes, trotz der Regel erlaubt das Abwägungsurteil auf prinzipienlogischer Ebene die Entfernung der Entscheidungen des Gesetzgebers, die ihrerseits auch Abwägungsurteile zwischen Verfassungsgütern sind, aber auf einem anderen Feld verwirklicht wird.

Das praktische Resultat der STF-Rechtsprechung überwindet dann eine der Kritiken an der STJ-Jurisprudenz: Im STF werden der Selbstschutz, die Moralität, die Legalität usw. nicht verabsolutiert, weil sie als Prinzipien behandelt werden. Die



Auffassung erlaubt aber die Entfernung von Gesetzesregeln und Gesetzesoptionen, die „Vorrang“ bei der Lösung des konkreten Falles haben.

### III. SCHLUSSFOLGERUNGEN

Es lässt sich zusammenfassen, dass die Auffassung des Obergerichtshofs und des Obersten Bundesgerichts die Annahme des UN-Abkommens gegen die Korruption nicht hindert.

Anhand dieser Studie lässt sich erkennen, dass es sich aber auch nicht um eine demokratische Auffassung zu handeln scheint. Es muss also die Verteidigung einer anderen Perspektive gesucht werden, wodurch die anonyme Anzeige im Bereich des brasilianischen Innenrechts sogar angenommen werden kann, damit sich dann die Annahme des Mechanismus auf internationaler Ebene legitimiert. Diese Anerkennung sollte allerdings als *granus salis* verstanden werden.

Trotz der Auffassung der oberen Gerichte verteidigt diese Studie die These, dass die anonyme Anzeige zumindest im Bereich der Verwaltungs- und Gerichtsverfahren in unserem System verboten ist. Die Verfassung verbietet ausdrücklich die Anonymität mit dem Ziel, eine gewisse Palette von Grundrechten zu schützen, die mit dem Schutz der weitgehenden Verteidigung, dem Widerspruch, dem Schutz des Namen, der Ehre und des Ansehens u.a. des auf dieser Weise Angezeigten verbunden ist. Es ist also nicht unbegründet, dass die einfachen Gesetze unter der Vermutung der Legitimität die Verfassung konkretisiert und in einer weiteren Vorschrift und einem Gesetz die anonyme Anzeige verbietet.

Wenn das Problem auf der „Ebene der Regelungen“ behandelt wird, untermauern die Vorschriften in Bezug auf den Selbstschutz und Ermittlungspflicht keine Ausnahmen des Verbots der anonymen Anzeige.

Die Ermittlungspflicht besteht, vorausgesetzt die Anzeige ist nicht anonym. Das Gesetz schafft erstens die Ermittlungspflicht und verbietet zudem die anonyme Anzeige. Nach dem Aufbau des Gesetzes 8112/90 geht es nicht um das „Verbot der anonymen Anzeige als Ausnahme angesichts der Ermittlungspflicht“, sondern um die „Ermittlungspflicht, außer bei anonymer Anzeige“.

Die auf Disziplinar- und Verwaltungsprozesse anzuwendende Gesetzesvorschrift des Selbstschutzes aus der Anwendung des Gesetzes Nr. 9784/99 ist bewilligt – oder besser gesagt gezwungen, denn das Gesetz benutzt den Ausdruck *soll* – für die Aufhebung von „gesetzeswidrigen Akten“. Der Selbstschutz wird also angewendet, um das Produkt der Handlung des politischen Agenten, des „gesetzeswidrigen Akts“ aufzuheben. Die Disziplinarstrafe des gesetzeswidrig handelnden Täters ist eine andere Sache. Diese Absicht ist möglich, aber unterstellt sich einem Rechtssystem, wo der Selbstschutz angesichts des rechtlichen in der Verfassung vorgesehenen und in einfachen Gesetzen umgerissenen Prozesses auf seine Grenzen stößt, die die anonyme Anzeige in diesem Strafbereich nicht annehmen.

Selbst wenn man die Diskussion auf der Prinzipienebene berücksichtigt, muss man verschiedene methodologische und inhaltliche Lösungen anerkennen.

In der methodologischen Perspektive muss bei der Vermutung von Risiken in einer verschärften Prinzipienanwendung darauf geachtet werden, auf gesetzlichen Weg der Anwendung von Prinzipien Vorrang zu geben, wobei diese Studie den Vorrang des Gesetzes bevorzugt, das Produkt vom demokratischen Gesetzgeber ist, soweit die Gesetzesabwägung nicht verfassungswidrig ist und die Verfassungsvoraussetzungen für die Maßnahmen respektiert werden.

Noch auf methodologischer Ebene und trotz der Risiken auf der „Prinzipienebene“ ist die Position des Obersten Bundesgerichts nicht ohne verfestigte Grundlagen, indem es die Diskussion so führt, als ob das Problem eine reine Kollision von Prinzipien wäre. In diesem Fall könnte man dann die gerichtliche Abwägung selbst gegen die verfassungsmäßigen Gesetzesregeln annehmen. Dieses Verfahren verlangt aber eine größere Argumentationslast, insbesondere in Bezug auf den Schutz von konkret kollidierenden Gütern.

Beim Vorzug dieser hier nicht verteidigten Auslegungslinie ist es legitim in den konkreten Situationen mit anonymer Anzeige zu behaupten, dass die Eröffnung eines Verwaltungsprozesses von einer vorherigen Untersuchung zur Ermittlung von einigen Elementen abhängen würde, die ein Minimum von Ernsthaftigkeit der anonymen Anzeige aufweist. Das heißt, bei solchen Hypothesen sollte das Verfahren sich immer einer Voruntersuchung unterstellen.

Eine Untersuchung ist sicherlich keine zwingende Maßnahme für alle Fälle. Aber bei den Situationen ohne genügende Elemente für die Schaffung eines Erlasses zur Eröffnung von einem Verwaltungsprozess, ist die Eröffnung des Ermittlungsverfahrens von Nöten, um die Grundelemente zu sammeln.

Demgemäß verteidigt man also nicht die absolute Unverhältnismäßigkeit der anonymen Anzeige zu dem brasilianischen Verfassungssystem. Das Verbot scheint im Grunde besondere Fälle zu betreffen. Die anonyme Anzeige ist bei Voruntersuchungen, Ermittlungen, Disziplinaruntersuchungen usw. toleriert und befürwortet. Die Erfahrung zeigt in diesem Sinne, dass nicht wenige Korruptionsschemata nach Untersuchungen in diesem Kontext gestürzt wurden. In diesem Kontext zeigt sich der Inhalt des UN-Abkommens gegen die Korruption als legitim. Die anonyme Anzeige darf aber nicht als ausreichend angesehen werden, um jegliche formelle Verwaltungs- oder Gerichtsprozesse, die eine Anklage mit einschränkender Maßnahme von Grundrechten einbeziehen, zu eröffnen. Wenn dies die Auffassung ist, wird die Annahme dieses Abkommens einen unüberwindbaren Konflikt bedeuten, der ihre legitime Annahme verhindern wird.

## ARMADILHAS NO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO EM CONTEXTOS DEMOCRÁTICOS \*

### TRAPS DUE TO LEGISLATIVE PROCESS IN DEMOCRATIC CONTEXTS

Paulo Ricardo Schier<sup>55</sup>

**RESUMO:** As reflexões no que tange ao devido processo legislativo em contexto democrático a partir da relação entre direitos fundamentais e democracia, não o seu aspecto tensional mas, antes, o seu aspecto complementar é o tema posto em debate.

**PALAVRAS-CHAVES:** Estado; Democracia; Princípio Majoritário; Direitos Fundamentais; Devido processo legislativo.

**ABSTRACT:** Reflections on the due legislative process in a democratic context based on the relationship between fundamental rights and democracy, not their tensional aspect, but rather their complementary aspect is the subject of debate.

**KEYWORDS:** State; Democracy; Majority Principle; Fundamental rights; Due to legislative process.

---

\*. Texto apresentado para a *V Jornadas Latinoamericanas de Derechos Fundamentales*, realizadas em Santiago do Chile, entre 16 e 18 de Outubro de 2018 – Universidad de Talca, e decorre de um pequeno recorte do Projeto de Pesquisa desenvolvido no contexto do NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil. O projeto global analisa como arranjos, práticas e instituições legais podem servir de limite ao processo deliberativo amplo e legítimo.

<sup>55</sup> Doutor em Direito Constitucional pela UFPR. Professor de Direito Constitucional, em nível de graduação e mestrado, da UniBrasil, e do Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar e da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor Convidado da Universidade de Wroclaw (Polônia). Pesquisador do NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional, Direitos Fundamentais e Democracia - CNPq. Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Paraná. Advogado militante. pauloschier@uol.com.br

É comum, dentre as diversas tradições que estudam o fenômeno do Estado Democrático de Direito, a constatação de existência de fortes vínculos entre direitos fundamentais e democracia. E em tal seara autores tão diversos como Robert Alexy<sup>56</sup>, Konrad Hesse<sup>57</sup>, Vieira de Andrade<sup>58</sup>, Canotilho<sup>59</sup>, Ingo Sarlet<sup>60</sup> e Perez-Luño<sup>61</sup>, dentre outros, insistem que é preciso o desenvolvimento de teorias constitucionais concretas, voltadas a uma experiência historicamente situada, com a finalidade de desenvolver uma dogmática adequada para responder as demandas específicas da sociedade. Nada obstante a propagação cada vez mais intensa deste tipo de pensamento, parece certo que a existência também de algum consenso em relação a necessidade de um constitucionalismo chamado de *adequado, concreto* ou *estatalista* não impede que se reconheça que grande parte dos problemas constitucionais, bem como de seus valores, alcançou uma dimensão global.

Não é sem razão que Bruce Ackerman<sup>62</sup>, referindo-se a aceitação generalizada de alguns princípios políticos, admite a existência de um "constitucionalismo mundial". Horst Dippel, através de leitura histórica, enuncia catálogo de princípios que caracterizariam, em plano mundial, o constitucionalismo moderno<sup>63</sup>. No Brasil, embora assumindo postura crítica, José Eduardo Faria descreve o processo de universalização de alguns valores do constitucionalismo como forma de legitimação genérica do sistema político<sup>64</sup>.

Nesta seara, dentre os valores que hegemonicamente costumam aparecer na pauta do constitucionalismo ocidental como dotados de universalidade despontam os *direitos fundamentais e a democracia*.

Deveras, no mundo atual o reconhecimento constitucional de um rol mais ou menos extenso de direitos fundamentais é fenômeno facilmente constatável<sup>65</sup>, sendo possível afirmar o mesmo em relação à democracia, invocada em não poucas

---

<sup>56</sup>. Alexy (2002), p. 27.

<sup>57</sup>. Hesse (1998), p. 25-6.

<sup>58</sup>. Andrade (2004), p. 37 e seguintes.

<sup>59</sup>. Canotilho (1991), p. 506.

<sup>60</sup>. Sarlet (2007), p. 75.

<sup>61</sup>. Perez-Luño (1988), p 26-7.

<sup>62</sup>. Ackerman (1997), p. 771-797.

<sup>63</sup>. Dippel (2007), p. 10.

<sup>64</sup>. Faria (1989), p. 11.

<sup>65</sup>. Dippel (2007), p. 23-35.

constituições, mesmo antidemocráticas, como elemento de legitimação do poder<sup>66</sup>. Não sem razão, aliás, pensadores de tradições teóricas distintas sustentam que os direitos fundamentais integram o cerne do constitucionalismo moderno<sup>67</sup>. Os direitos fundamentais, não raro, são apontados como integrantes do núcleo principal das atuais constituições<sup>68</sup>, que teriam se desenvolvido exatamente como instrumentos de tutela desses direitos<sup>69</sup>.

Ao mesmo tempo em que não há grande divergência na afirmação de que *direitos fundamentais e democracia* assumiram uma dimensão mundial, parece também existir um concerto amplo no sentido de se reconhecer uma relação necessária entre esses valores. Carlos Bernal Pulido, neste sentido, leciona que “os direitos fundamentais representam, sem lugar para dúvidas, a coluna vertebral do estado constitucional. Igualmente ao seu antecessor, o estado liberal, o estado constitucional não se propõe como um fim em si mesmo, mas como um instrumento para que os indivíduos desfrutem de seus direitos na maior medida possível. Por isso os direitos fundamentais são a base do estado constitucional, o motor de sua ação e também o seu freio”<sup>70</sup>. Hans Peter Schneider, de modo mais incisivo, chega ao ponto de se sustentar que sem uma tutela adequada dos direitos fundamentais não existe democracia. Para este autor, “a democracia pressupõe os direitos fundamentais da mesma forma que, ao contrário, os direitos fundamentais só podem adquirir sua plena efetividade em condições democráticas”<sup>71</sup>.

Se a correlação entre direitos fundamentais e democracia é um dado inafastável, por certo não se pode daí concluir que o diálogo entre eles seja sempre harmônico. Existe nesta relação também um campo conflitual.

Nos países em que se admite a supremacia da constituição escrita<sup>72</sup>, onde existem mecanismos de controle de constitucionalidade e nos quais este controle pode se desenvolver numa perspectiva substancial, tomando-se como paradigma algum núcleo axiológico mais ou menos rígido, é comum a emergência de tensões entre direitos fundamentais e democracia. Observe-se que Robert Alexy, ao admitir

---

<sup>66</sup>. Loewentein (1976), p. 218-222.

<sup>67</sup>. Schneider (1991), p. 17.

<sup>68</sup>. Schier (2005), p. 11-14.

<sup>69</sup>. Novais (1987), p. 16-17.

<sup>70</sup>. Pulido (2006), p. 13.

<sup>71</sup>. Schneider (1991), p. 19.

<sup>72</sup>. Pace & Varella (1995), p. 115-129.

três possibilidades para contemplar as relações entre direitos fundamentais e democracia, fazendo referência à concepção que ele designa como *realista*, afirma que a existência de proteção aos direitos fundamentais é uma experiência ao mesmo tempo profundamente democrática e antidemocrática. Democrática porque asseguram o desenvolvimento da democracia e de suas condições de deliberação e, antidemocrática, porque desconfia do processo democrático ao retirar, do plano deliberativo das maiorias, a possibilidade de algumas decisões ou ações<sup>73</sup>.

Para o contexto do presente estudo interessa, de forma mais próxima nessa relação entre direitos fundamentais e democracia, não o seu aspecto tensional mas, antes, o seu aspecto complementar. Ou seja, a leitura decorrente de determinada linha procedimentalista (mas não exclusivamente) que compreende que direitos fundamentais são pressupostos da democracia, do processo deliberativo, e que portanto não existe aí necessariamente tensões. Nessa linha, sem a satisfação de determinados pressupostos (expressos mediante direitos fundamentais), não haveria que se falar em democracia.

Importantes pensadores que seguem essa perspectiva, como é o caso de Robert Dahl<sup>74</sup>, reconhecendo que existem níveis diferentes de desenvolvimento no processo democrático, a depender do grau de satisfação dos pressupostos deliberativos, defende que há níveis diferentes de democracias e, a partir de então, constrói a categoria de poliarquia para se referir a Estados em que sejam garantidos, em nível constitucional, pelo menos a existência de (i) funcionários eleitos, (ii) eleições livres, justas e frequentes, (iii) liberdade de expressão, (iv) fontes de informação diversificadas, (v) autonomia para as associações e (vi) cidadania inclusiva<sup>75</sup>. E nesse contexto todos os arranjos, práticas e instituições voltados para possibilitar o exercício de tais direitos estariam, também, incluídos dentre os pressupostos da democracia.

É certo que esse tipo de leitura tem a sua relevância. Mas também tem as suas limitações. Tem importância porque reconhece, no nível da institucionalização constitucional, a necessidade de garantia, como se disse, de uma ampla gama de direitos fundamentais. Todavia apresenta também uma série de limitações.

---

<sup>73</sup>. Alexy (2003), p. 37-38. Na mesma linha: Sanchís (2003), p. 124.

<sup>74</sup>. Dahl (2009), p. 97-100.

<sup>75</sup>. Dahl (2015), p. 39 e seguintes.

Isso porque a história das instituições costuma apontar que uma compreensão adequada do processo de institucionalização não pode ser limitada, exclusivamente, a um único nível de normatividade<sup>76</sup>. Muitas vezes instituições constitucionais que são criadas para fomentar debate ou incremento do processo deliberativo sofrem, no plano das leis ou mesmo dos atos administrativos, sérias restrições procedimentais (nem sempre proporcionalmente justificadas) que funcionam como verdadeiros óbices à obtenção de uma adequada decisão pública<sup>77</sup>.

Exemplos não faltam na experiência constitucional brasileira e mundial. No contexto da Constituição Federal de 1988 tem-se a previsão, ao menos em abstrato, de todos os requisitos daquilo que Robert Dahl chamaria de poliarquia. No campo do processo legislativo, inclusive, a Constituição do Brasil regula, de modo normalmente razoável, os procedimentos de tomada de decisão em suas diversas fases de iniciativa (inclusive com a possibilidade de participação popular, mas com forte poder de agenda conferido ao Presidente da República), discussão/deliberação, sanção ou veto, promulgação e publicação. A regulação desse complexo processo, que engloba a edição de um número bastante amplo de espécies normativas legislativas (emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, medidas delegadas, medidas provisórias, decretos e resoluções legislativas) e administrativas (decretos presidenciais, regulamentos, portarias, instruções normativas etc.), prevê procedimentos que, por tradição, possibilitam deliberação adequada com mecanismos de agenda, veto, debates, propositura e suspensão de momentos adequados de decisão, participação popular, controles jurídicos e sociais e publicização.

Todavia quando se analisa, com calma, a regulamentação institucional infraconstitucional – como é o caso, por exemplo, dos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional -, verifica-se a existência de mecanismos que distorcem a lógica deliberativa. Dentre tantos que poderiam ser enumerados cite-se, aqui, o mecanismo do pedido de “urgência urgentíssima” (que limita o prazo para as deliberações, retira os projetos de leis dos estudos das comissões e de seu tempo normal de tramitação colocando-os para votação

---

<sup>76</sup>. Santos (1999), p. 67.

<sup>77</sup>. Hall & Taylor (2003), p. 8-9.



imediatamente, sem os devidos estudos e sem possibilitar a reação da imprensa, da opinião pública e da oposição, fazendo-os ser votados em regime de “comissão geral”) ou o mecanismo do “voto de liderança” (sistema de votação em que o líder de um determinado Partido Político vota em seu nome e de todos os demais membros da associação – por exemplo: se o partido possui 90 cadeiras na Câmara dos Deputados e decide-se pelo voto de lideranças, o voto do líder vale por todos os demais, garantindo-se fidelidade partidária, por um lado, mas retirando a possibilidade dos dissensos internos e de uma adequada reflexão sobre determinadas matérias).

Em ambos os exemplos o que se percebe é que, não raro, embora no nível constitucional existam instituições que regulamentam adequadamente o processo decisório, a institucionalidade no plano legal e administrativo funcionam como óbices ao seu efetivo funcionamento. No Brasil tornou-se célebre o caso no qual, seguindo-se os procedimentos constitucionais adequados, o Congresso Nacional rejeitou proposta de emenda constitucional em que se pretendia diminuir a maioria penal. Enquanto a imprensa preparava a divulgação da notícia e a sociedade civil comemorava a vitória, mediante manobra regimental colocou-se a matéria novamente em debate e votação, sem a atenção do grande público, garantindo-se a aprovação da diminuição da maioria penal.

Outro caso, que se manifestou especialmente no âmbito de um dos Estados da Federação (Estado do Paraná), dizia respeito a uma alteração bastante intensa no regime de previdência dos professores e funcionários públicos, inclusive com autorização para que o Governador pudesse sacar o dinheiro depositado no sistema para gastos gerais do Estado. A proposta gerou grande revolta e reação popular. Houve forte mobilização e movimentos grevistas. Havia, também, prazo suficiente para as reações dos movimentos sociais, que estavam conseguindo reverter a opinião dos deputados tendo em vista a ampla repercussão da sociedade. Apesar disso, invocando instituto regimental – sem previsão constitucional – colocou-se o projeto de lei em regime de comissão geral (“urgência urgentíssima”). A partir de então todos os prazos de tramitação do projeto de lei foram suspensos. Dispensou-se a análise dos estudos específicos formulados dentro das Comissões Parlamentares. O Parlamento passou a funcionar em regime de Comissão de Geral e, dessa forma, o projeto de lei que deveria ser votado em cerca de mais 10 dias, foi votado imediatamente,

impedindo o debate, a reflexão, o acesso a adequada informação e a reação dos movimentos sociais e da imprensa.

Outro fenômeno que pode servir como exemplo perfeito do que se pretende demonstrar, no campo da institucionalidade infralegal brasileira, é o das chamadas normas de contrabando, também conhecidas como normas viajantes ou normas “de carona”. Trata-se de fenômeno bastante comum no Brasil e com manifestações abundantes. São comuns nos chamados projetos de lei de conversão de medidas provisórias e em legislações aprovadas nos últimos dias da sessão legislativa (equivalente, no Brasil, ao ano legislativo e, portanto, trata de votações nos últimos dias antes do Parlamento ingressar em recesso).

Por imposição constitucional o Parlamento, antes de entrar em recesso e para que isso possa ocorrer, deve obrigatoriamente aprovar determinadas leis e medidas que não podem ficar com discussão pendente para o próximo ano legislativo. Normalmente são matérias que dizem respeito a questões orçamentárias, fixação de remuneração de determinados cargos políticos (que devem ser fixados com antecedência por imposição constitucional), aprovação de relatórios – por exemplo, de comissões parlamentares de inquérito – que não podem ser transferidos para outra legislatura etc. Essas pautas obrigatórias geram, nos últimos dias de trabalho, uma sobrecarga de projetos de leis que devem ser debatidos e aprovados (ou eventualmente rejeitados) Como não há mais tempo hábil para que todas essas matérias e projetos caminhem em velocidade normal, passando por todas as comissões e por todas as fases de discussão, críticas ou reflexões, eles passam a tramitar no regime de “urgência urgentíssima”, antes referido, formando-se a Comissão Geral. Isso acontece com um número muito elevado de projetos. Tendo em vista a falta de tempo (véspera de recesso obrigatório), a quantidade de matérias que devem ser votadas (por exigência constitucional), somando-se a isso a falta de atenção da opinião pública (não raro, pelo período do ano, já voltada para festejos natalinos e férias), aprovam-se quase todas as propostas mediante votação simbólica (por aclamação) ou voto de lideranças. A imensa maioria dos parlamentares não têm conhecimento, exatamente, sobre os detalhes daquilo que se está deliberando. E é isso que viabiliza as normas de contrabando.

Elas consistem em determinadas normas que são inseridas, de modo clandestino, escondidas, em projetos de lei em relação aos quais não guardam qualquer tipo de pertinência temática. Vota-se a aprovação, por exemplo, de medida legislativa relevante em que se aprovam os limites remuneratórios de determinado cargo público e em seu texto - normalmente nas disposições finais, de natureza geral (“normas gerais”) -, aprovam-se também isenções fiscais, perdões de dívidas de grandes devedores e assim por diante.

Exemplo relevante ocorreu no caso do Projeto de Lei de Conversão n. 13/2012, relativo à Medida Provisória n. 559/12, de 5 de março de 2012. Tratava-se de Medida Provisória editada pelo Presidente da República com o objetivo de autorizar as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás a adquirir participação em outra empresa (Celg Distribuição S.A). Contudo, no momento da conversão dessa medida provisória em lei, aprovou-se também, via contrabando, em seu texto, sem que existisse qualquer pertinência temática, o chamado RDC (Regime de Contratação Diferenciado), voltado especialmente para as obras da Copa do Mundo (Lei n. 12.462/2011).

Marco Aurélio Marrafon<sup>78</sup>, em estudo sobre o tema, também denuncia diversos casos de contrabando na Medida Provisória n. 627/2013. Referida Medida Provisória tratava, especialmente, de algumas modificações em matéria de legislação tributária.

De acordo com Marrafon, “tendo recebido ao todo 516 propostas de emenda, o relator, Deputado Federal Eduardo Cunha, líder do PMDB, recomendou o acolhimento integral de 33 emendas e parcial de 26 emendas, grande parte com matérias alheias à temática de origem. Sem meias palavras, ele mesmo reconheceu que a partir do artigo 93, foram feitos alguns ajustes, assim como inclusões de temas não tratados na Medida Provisória, mas objeto de emendas ou demandas da sociedade, tais como o fim da taxa cobrada pela Ordem dos Advogados do Brasil, o chamado ‘Exame da Ordem’”. Nessa lógica, continua o estudo, “foram incluídos inúmeros dispositivos, com conteúdo absolutamente sem pertinência com o objetivo inicial da MP. Dentre eles o disposto no artigo 101, estabelecendo que o descumprimento dos dispositivos previstos na Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, bem como dos contratos firmados entre operadoras e usuários de planos privados de

---

<sup>78</sup>. Marrafon (2014), p. 2.

assistência à saúde teriam suas multas drasticamente reduzidas por meio do estabelecimento de um teto. Na prática, o contrabando permite que fossem pagas apenas duas multas caso fossem aplicadas 50, causando prejuízos aos usuários do sistema e à própria atividade fiscalização da Agência Nacional de Saúde (ANS). Ora, trata-se de verdadeira anistia das multas aplicáveis aos planos de saúde, representando, segundo dados do Ministério da Saúde publicados pela imprensa, um perdão de cerca de 2 bilhões às operadoras privadas que descumprem suas obrigações contratuais e legais”<sup>79</sup>. Assim o Projeto de Lei de Conversão seguiu para o Senado federal onde foi aprovado com a mesma redação da Câmara dos Deputados, mormente tendo em vista a “falta de tempo adequado para apreciar a matéria”.

Esses casos citados não substanciam o que se poderia chamar de exceções mas, antes, experiências recorrentes no processo legislativo brasileiro. E eles chamam a atenção para aspectos que podem induzir a uma série de reflexões cruciais que, no presente texto, serão apresentadas apenas a título provocativo.

A) Em relação aos exemplos enunciados está-se diante de normas jurídicas que, em tese, foram submetidas legitimamente ao processo legislativo e, atendendo a todos os procedimentos deliberativos, foram aprovadas e ingressaram no ordenamento jurídico. As regras constitucionais formais para aprovação foram respeitadas. As regras regimentais (internas ao Parlamento) igualmente foram respeitadas. Dificilmente o Poder Judiciário conseguiria, mediante simples análise procedimental, determinar a inconstitucionalidade dessas normas, principalmente porque, no Brasil, os Tribunais não costumam analisar a legitimidade procedimental na tramitação interna de projetos de lei (após a tramitação o controle ocorre) por entender que se trata de uma questão de interesse meramente “interna corporis”.

B) Por outro lado, parece evidente que existem vícios graves em tais processos decisórios. Os projetos tramitaram de acordo com os procedimentos, foram votados e aprovados. Contudo está-se diante de situações em que o vício deliberativo não decorre, exatamente, do nível institucional constitucional, mas dos campos legislativos e administrativos, que regulam o segundo plano, mais concreto e interno, dos aspectos procedimentais. Algo muito parecido ocorre no âmbito do Poder

---

<sup>79</sup>. Marrafon (2014), p. 3.

Judiciário brasileiro, onde as regras processuais, normalmente, são dotadas de elevada carga de racionalidade, permitindo forte controlabilidade, mas a adoção de um procedimento decisório interno no modelo seriático acaba prejudicando a efetiva deliberação e criando “tribunais-ilhas” (em que cada magistrado apresenta seu voto sem dialogar efetivamente com os demais e chega-se a uma decisão não por convencimento mas por simples maioria, não raro formada a partir de argumentos díspares e contraditórios entre si). O problema do déficit de racionalidade decisória, nesses casos (tanto nos tribunais como nos parlamentos), fica subjacente a planos institucionais menores, arraigados na cultura, tradicionais, normalizados, mas que funcionam como verdadeiros inimigos ocultos do processo democrático.

C) Se é certo, portanto, que a racionalidade democrática possui inimigos históricos de peso – e que merecem sempre constantes e renovadas atenções -, não é possível por isso deixar de lançar olhos àqueles inimigos ocultos, incorporados até mesmo em procedimentos tradicionais e aparentemente tidos como naturais nos processos decisórios internos. Afinal, os procedimentos podem garantir que as partes falem, mas não garantem que sejam ouvidas; podem garantir que haja discussão, mas não que haja convencimento; podem garantir que a oposição se manifeste, mas lhe seja recusado tempo hábil para tal; pode garantir que projetos de lei sejam aprovados, mas não necessariamente decididos!

D) A democracia, efetivamente, há de se voltar contra os absolutismos, os totalitarismos, as ditaduras, os fundamentalismos, os fascismos, as reduções e supressões de direitos fundamentais, os chamados capitalismo sem regras, as oligarquias ou os regimes de guardiania. Mas sem dúvida não pode também deixar de lançar seu olhar para outras direções. Aspectos culturais (que não foram objeto e nem mencionados nesse breve estudo) e procedimentos decisórios institucionalizados em sede infraconstitucional e até mesmo infralegal podem servir como poderosos agentes imunizadores de uma racionalidade efetivamente deliberativa, principalmente porque, sob o pretexto de fomentar decisões democráticas e legítimas, apenas criam uma aparência de deliberação.

E) Esses problemas, fenômenos e instituições demandam atenção especial. No plano do processo legislativo, por exemplo, a teoria brasileira, mui recentemente, tem começado a desenvolver a ideia de necessidade de um “devido

processo legislativo” como tentativa de sensibilizar os operadores do direito de que não basta simples respeito às regras procedimentais institucionalizadas, mas que se deve exigir também que o procedimento imponha a devida motivação e discussão, que imponha levar em conta todos os argumentos colacionados no debate, respeito aos prazos, garantia efetiva de publicização e de direito de reação das oposições e da opinião pública etc. Do contrário o procedimento deliberativo é mero engodo. Ana Paula de Barcellos<sup>80</sup>, com atenção especialmente dirigida para a necessidade de controle da motivação determinante da apresentação de novas normas, tem sustentado a categoria do devido procedimento na elaboração normativa, agregando importantes aspectos e questões substanciais que devem incidir no procedimento. O mesmo tipo de tese já se via circular no Brasil, em certa medida e com outros contornos, em estudos de Marco Aurélio Marrafon e Ilton Norberto Robl Filho<sup>81</sup> ou de Cláudio Pereira de Souza Neto<sup>82</sup>. As teses centrais, em última análise, seguem no sentido de que os aspectos procedimentais do processo decisório não podem ser considerados numa perspectiva meramente procedimental mas, sim – o que sempre considerado óbvio no campo da teoria deliberativa mas nem sempre é ou foi levado em conta nos procedimentos concretos -, devem agregar a análise de aspectos substanciais no que tange com a efetiva racionalização das decisões.

F) O desrespeito, destarte, ao devido processo legislativo, em uma compreensão que transcende elementos meramente procedimentais e que incorpora efetivamente elementos substanciais, tem se mostrado, em diversos lugares e com roupagens diversas, verdadeiro inimigo interno das democracias, permitindo não a vitória dos melhores argumentos, das melhores razões, mas de interesses corporativos, clientelistas, patrimonialistas ou personalistas, de todo incompatíveis com a racionalidade pública e democrática.

---

<sup>80</sup>. Barcellos (2016), p. 91 e seguintes.

<sup>81</sup>. Marrafon & Robl Filho (2015), p. 235 e seguintes.

<sup>82</sup>. Souza Neto (2006), cap. 3.

## REFERÊNCIAS

Ackerman, Bruce (1997). *The rise of world constitucionalism* (In: Virginia Law Review, n. 83).

Alexy, Robert (2002). *Teoria de los derechos fundamentales* (Traducc. Ernesto Garzon Valdés. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

Alexy, Robert (2003). *Los derechos fundamentales em El estado constitucional* (In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Torino: Editorial Trotta, 2003).

Andrade, José Carlos Vieira de (2004). *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976* (3ª edição, Coimbra, Almedina).

Barcellos, Ana Paula de (2016). *Direitos fundamentais e direito à justificativa – devido procedimento na elaboração normativa* (Belo Horizonte: editora Fórum).

Canotilho, J. J. Gomes (1991). *Direito constitucional* (5ª ed., Coimbra, Almedina).

Dahl, Robert (2009). *Sobre a democracia* (Traducc. Beatriz Sidou, Brasília, editora Universidade de Brasília).

Dahl, Robert (2015). *Poliarquia* (traducc. Celso Mauro Paciornik, São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo).

Dippel, Horst (2007). *História do constitucionalismo moderno* (Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian).

Faria, José Eduardo (1989). *O Brasil pós-constituente* (São Paulo, Graal).

Hall, Peter A. & Taylor, Rosemary C. R (2003). *As três versões do neo-institucionalismo*. (In: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n58/a10n58.pdf>).

Hesse, Konrad (1998). *Elementos de direitos constitucional da República federal da Alemanha* (Traducc. Luis Afonso Heck, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris editor).

Loewenstein, Karl (1976). *Teoria de la constitución* (Barcelona, Ariel).

Marrafon, Marco Aurélio & ROBL FILHO, Ilton Norberto (2013). *Controle de Constitucionalidade no Projeto de Lei de Conversão de Medida Provisória em face dos “contrabandos legislativos”: salvaguarda do Estado Democrático de Direito* (In: Novelino, Marcelo & Fellet, André. *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Jus Podivm).

Marrafon, Marco Aurélio (2014). Contrabando que anistia planos de saúde é inconstitucional (In: Consultor Jurídico, at <https://www.conjur.com.br/2014-mai-05/constituicao-poder-contrabando-anistia-planos-saude-inconstitucional>, acessado em 08 de setembro de 2018).

Novais, Jorge Reis (1987). *Contributo para uma teoria do estado de direito – do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito* (Coimbra, Coimbra).

Pace, Alessandro & Varela, Joaquin (1995). *La rigidez de las constituciones escritas* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

Perez-Luño, Antonio E (1988). *Los derechos fundamentales* (3<sup>o</sup> ed., Madrid, Tecnos S.A.).

Pulido, Carlos Bernal (2006). *Prefácio à obra Três escritos sobre los derechos Fundamentales* (In: Alexy, Robert. *Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia).

Sanchís, Luis Prieto (2003). *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial* (In: Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Torino: Editorial Trotta, 2003).

Sarlet, Ingo Wolfgang (2007). *A eficácia dos direitos fundamentais* (7<sup>a</sup> Edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado).

Santos (1999), Fabiano. *Instituições eleitorais e desempenho do presidencialismo no Brasil* (In: Dados – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, Volume 42, n. 1).

Schier, Paulo Ricardo (2005). *Comissões parlamentares de inquérito e o conceito de fato determinado* (Rio de Janeiro, Lúmen Júris).

Schneider, Hans Peter (1991). *Democracia y constitucion* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).



Souza Neto, Claudio Pereira de (2206). *Teoria constitucional e democracia deliberativa – um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática* (Rio de Janeiro, Renovar).

## A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE AS TARIFAS DO USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

### THE INCIDENCE OF ICMS ON THE RATES OF USE OF TRANSMISSION AND DISTRIBUTION SYSTEMS OF ELECTRICAL ENERGY: A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS

Cássio de Lima Lopes<sup>83</sup>

Ana Marlene Gasperin<sup>84</sup>

**Resumo:** O presente artigo versa sobre a necessidade premente de exclusão do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços incidente sobre as tarifas pagas pelos consumidores a título de transmissão e distribuição de energia elétrica. A fim de alcançar tal intento, analisa-se o conceito das tarifas, o porquê de serem cobradas, bem como as diferenças conceituais e de ordem prática entre os consumidores dos serviços remunerados em parte por tais tarifas – que atualmente são, portanto, contribuintes de ICMS. Ato contínuo, passa-se à análise dos motivos pelos quais os Tribunais pátrios – especialmente o Superior Tribunal de Justiça, embora em menor grau pelo fato de não dispor de muitos processos julgados – vêm excluindo-as ou mantendo-as na base de cálculo do imposto supracitado. Por fim, ao realizar o cotejo entre a fundamentação posta jurisprudencial e doutrinariamente acerca da questão, explicita-se as razões colocadas a favor daqueles que militam para que a exação não incida sobre a TUST e TUSD.

**Palavras-chave:** TUST.TUSD. Base de cálculo. ICMS. Exclusão.

**Abstract:** Abstract

The present article deals with the urgent need to exclude the Tax on the Circulation of Goods and Services incident on the tariffs paid by consumers for the transmission and distribution of electric energy. In order to achieve this, we analyze the concept of tariffs, why they are charged as well as the conceptual and practical differences between the

---

<sup>83</sup>Advogado atuante na área tributária no escritório *Rocha, Ferracini, Schaurich e Advogados Associados*.

<sup>84</sup>Especialista em ICMS. Pós Graduada em Direito Tributário. Curso Superior de Complementação de Estudos em Direito Tributário - Curso Sequencial. Curso de Extensão em Capacitação de ICMS – RS. Graduada em Letras - Licenciatura Plena em Letras - Português e Literatura de Língua Portuguesa. Técnica em Contabilidade. Professora na Especialização em Direito Tributário – Disciplina: Impostos dos Estados e do DF. Professora na Especialização em Direito Tributário e Imobiliário – Disciplina: Tributos Em Espécie. Proprietária de empresa no segmento de cursos e treinamentos. Instrutora de cursos profissionalizantes nas áreas dos Impostos Estaduais e IPI. Consultora de empresas e escritórios de contabilidade na área fiscal. Ministra cursos e palestras na área do ICMS e do IPI.

consumers of services paid in part by such tariffs - which are currently ICMS taxpayers, therefore. Then, it is analyzed the reasons why our Courts - especially the Superior Court of Justice, although to a lesser extent because they do not have many judged processes - comes excluding them or maintaining them in the tax base of the tax above mentioned. Finally, in making the comparison between the grounds put forward jurisprudentially and doctrinally about the issue, it is made explicit the reasons put in favor of those who militate so that the tax does not fall over TUST and TUSD.

**Keywords:** TUST.TUSD. Calculation basis. ICMS. Exclusion.

## 1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente – e desde muito – tem se tornado lugar-comum concebermos o Estado como um ente que visa, sobretudo, aumentar suas receitas. Que a coletividade, em tese, é quem usufrui deste aumento de arrecadação, e, ao fim e ao cabo, é ela quem auferes as benesses deste aumento de receitas estatais através da utilização dos mais variados serviços públicos, não se duvida. Todavia, a fim de atingir este intento, nem sempre a figura estatal se vale de meios jurídicos válidos e probos, esquecendo-se, talvez, que não se pode, através da pretensa ideia da busca pelo bem comum, ferir direitos individuais.

Neste contexto, dentre tantos exemplos que se poderia elencar, um em especial merece destaque, pois, além de ser tributo que todos pagamos, encontra-se imerso em um emaranhado de debates jurisprudenciais e doutrinários acerca de sua arrecadação: o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Insta asseverar, de pronto, que, dentre todos os impostos cuja competência para instituição a Carta Magna outorgou aos entes federados, é o que mais incrementa a receita estatal. Neste sentido, unicamente com sua arrecadação, o Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 2015, amealhou mais de R\$ 27 bilhões de reais<sup>85</sup>.

O tributo em questão é conhecido por ser complexo, cheio de nuances e com incontáveis pontos não pacificados, tanto na doutrina como na jurisprudência, sendo revestido, assim, de grande relevância por vários motivos.

---

<sup>85</sup> Disponível em <[https://www.sefaz.rs.gov.br/Reports/SiteSefaz\\_Rel\\_ICMSEvoAnual.aspx](https://www.sefaz.rs.gov.br/Reports/SiteSefaz_Rel_ICMSEvoAnual.aspx)>. Acesso em 17 ago. 2016.

Primeiramente, pelo fato de estar envolto sempre em números grandiosos, sendo tema de debates acalorados e assunto recorrente nas discussões acerca da batalha contra a guerra fiscal, qualquer pesquisa que se proponha a analisar o ICMS de maneira mais acurada é de grande valia. Segundo, por estar correlacionado com um bem praticamente indispensável, que a maioria esmagadora da população brasileira não vive sem: a luz elétrica.

É cediço que a referida exação incide sobre a energia elétrica, restando expressamente positivado na Constituição da República, porém tem gerado grande debate a questão de sua base cálculo. Sobre o quê, de fato, deve incidir a alíquota correspondente e o que deve (ou não) compor a referida base para fins de tributação, é pergunta corriqueira.

Nesta toada, um dos debates mais marcantes acerca da questão – sempre com opiniões divergentes – gira em torno da retirada das chamadas tarifas relativas ao Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) e ao Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) da base de cálculo do ICMS.

Isto porque os estados da federação – a quem compete instituir e arrecadar o imposto – têm incluído na base de cálculo do ICMS as chamadas Tarifas do Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica, respectivamente conhecidas como TUST e TUSD. Ocorre que não são fracos os argumentos daqueles que sustentam não ser passível de incidência do ICMS as referidas tarifas, pelos mais variados motivos, devidamente abordados ao longo deste trabalho. Neste sentido, busca-se cotejar os argumentos de ambas as partes, oriundos, majoritariamente, de jurisprudências dos Tribunais de Justiça dos Estados da Federação, com o fito de verificar qual o entendimento – bem como fundamentação dada – referente a tema que atinge milhares de contribuintes.

Outro fato a justificar o presente estudo é a verdadeira enxurrada de ações com este escopo, nos últimos anos, nos mais variados graus da jurisdição pátria. Nesta senda, a questão não é nada pacífica, havendo decisões em ambos os sentidos, o que tem trazido, por óbvio, uma insegurança jurídica imensa.

Tendo-se em conta que o ICMS é, conforme asseverado, o tributo que tem maior arrecadação no país, qualquer que seja o entendimento adotado – seja pela

inclusão ou exclusão das tarifas de sua base de cálculo – acarretará consequências de ordem financeira consideráveis.

Destaca-se que, se vencedora a tese da exclusão das tarifas, os cofres públicos estaduais deverão auferir quantidades consideravelmente menores de receitas – haja vista que a maioria esmagadora da população faz uso da energia elétrica, que é tributada. Do contrário, caso prevaleça o entendimento acerca da manutenção das tarifas, milhões de contribuintes – tanto de fato quanto de direito – arcarão com as consequências do ponto de vista financeiro, qual seja: o valor a pagar ficará mais alto.

Destarte, tendo em vista tantos elementos, uma análise minuciosa e crítica da questão se faz necessária, sendo sua justificativa plenamente caracterizada pelos gigantescos números, direitos e consequências que um debate de tamanha envergadura abarca.

Por todo o exposto, o presente trabalho tem por finalidade verificar as possibilidades jurídicas de exclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) da base cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

A fim de atingir tal objetivo, primeiramente serão analisados posicionamentos doutrinários com o propósito de conceituar de maneira geral os tópicos abordados e, posteriormente, se fará uma pesquisa jurisprudencial acerca da temática, cotejando as decisões proferidas nos âmbitos os Tribunais de Justiça pátrios. Para isso, serão analisadas as jurisprudências oriundas do Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como dos Tribunais de Justiça dos estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e da Bahia no período de 2011 a 2017.

## 2. REFERENCIAL TEÓRICO

O ICMS, como o conhecemos, fora criado e teve suas balizas estatuídas com a promulgação da Carta Magna de 1988. Anteriormente conhecido apenas como ICM, o novel tributo, a partir daquele ano, passou a albergar cinco impostos que eram de competência da União, “ou seja, os três chamados únicos (energia elétrica,

combustíveis líquidos e gasosos, e minerais), o de transportes interestadual e intermunicipal, e o de comunicações” (GASPAR, 1998, p. 1).

Assim, o ICMS é tributo que contempla, em si mesmo, vários fatos geradores. Dentre eles, Paulsen (2012, p. 410) assevera que há o “ICMS interno relativo às operações de circulação de mercadorias” e o “ICMS interno relativo às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação”.

Como é cediço, todos os tributos contém seu fato gerador próprio, base de cálculo, alíquotas e contribuintes. Entretanto, em se tratando de um dos impostos mais complexos do nosso ordenamento tributário, o ICMS “comporta vários impostos sob o mesmo título, cada qual com o seu fundamento constitucional próprio” (PAULSEN, 2012, p. 409).

Outrossim, coube à Lei Complementar nº 87/96 - cuja função é justamente estabelecer as balizas gerais que dizem respeito ao imposto em questão - positivar os fatos geradores do ICMS, que, dentre outros, possui os seguintes:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

A energia elétrica, vale destacar, é considerada mercadoria para efeitos tributários, daí porque, sobre ela, há a incidência do ICMS. Tal incidência fora estipulada de maneira expressa pela própria Constituição Federal da República, no § 3º do art. 155. Aliás, trata-se do imposto cuja Carta Magna concedeu maior detalhamento em seu próprio texto, Veja-se a parte da Carta Política que concede autorização para a incidência tributária sobre a energia elétrica :

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. (grifos nossos)

Nesse jaez, verificada a autorização constitucional, a energia elétrica, além de constituir bem móvel para efeitos civis (consoante se vislumbra no artigo. 83, I, do Código Civil) e penais (artigo 155, § 3º, do Código Penal), é considerada, como dito, também mercadoria para efeitos tributários, integrando, portanto, a materialidade do ICMS (art. 155, II, § 3º, CF/88, supramencionado).

Ora, a energia elétrica é um bem tão fundamental para fins de dignidade humana, que soa até mesmo tautológico dissertar acerca de sua essencialidade. Nessa esteira, pode-se dizer que qualquer pessoa que não tenha condições de acessar ou consumir energia elétrica em seu domicílio, nos dias de hoje, muito provavelmente encontra-se em condições sub-humanas de vida. Tal fator confunde-se com as mais basilares necessidades cotidianas da pessoa, tal como alimentação, higiene e bem estar.

Igualmente, foi pelo fato de possuir tamanha importância, a ponto de se fazer presente nas mais variadas searas do direito pátrio, que o constituinte originário teve o cuidado de limitar, sobremaneira, a tributação incidente sobre a energia, evidenciando-se porque o referido artigo 155 fora tão direto, tão preciso.

Destarte, ao tecer comentários sobre o dispositivo, sustenta Gaspar (1998. p. 30):

O que se explicitou, nesse dispositivo, é que apenas o ICMS, o IVV (Imposto sobre Vendas a Varejo de Combustíveis), o Imposto sobre a Importação e o Imposto sobre a Exportação podem incidir sobre operações relativas a energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais no país. Assim, nenhum outro imposto ou espécie tributária poderá incidir sobre tais operações.

Pois bem, tendo em vista que a própria Carta Magna concedeu aos Estados-Membros da Federação a possibilidade de gravar a energia elétrica com o ônus do ICMS, as Fazendas Estaduais, de maneira bastante conveniente, têm incluído, em

sua base de cálculo, as chamadas Tarifas de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e de Transmissão (TUST).

Segundo depreende-se do site da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) a TUST e a TUSD são duas das tarifas que compõe o valor que, efetivamente, paga-se na fatura de energia elétrica<sup>86</sup>.

Destarte, é elementar – e antes de mais nada, a fim de que se compreenda o assunto - que se faça uma breve explanação acerca das limitações impostas pela própria Carta Política ao poder de tributar do Estado. Isto porque, malgrado o ente estatal goze de benefícios e prerrogativas (posto que atua, em tese, em prol de toda a coletividade), deve, também, respeitar certos limites, não podendo tributar tudo e todos de qualquer maneira, a seu bel-prazer. Existem limites de atuação, regras e, o que mais interessa ao presente estudo: princípios constitucionalmente estabelecidos que balizam a atuação do ente estatal.

Dois deles, no presente estudo, merecem relevo: o princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, II, da CF/88 e o princípio da estrita legalidade, mais específico, previsto no art. 150, I da CF/88. Tais princípios, como supramencionado, constituem-se em verdadeiras limitações impostas ao poder de tributação estatal e, se efetuarmos uma leitura atenta dos dispositivos, descobrir-se-á por que são assim considerados.

Pois bem, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, II, estabeleceu que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Sobre o princípio geral, CARVALHO (1988, p. 74) já alertava que:

Efunde sua influência por todas as províncias do direito positivo brasileiro, não sendo possível pensar no surgimento de direitos subjetivos e de deveres correlatos sem que a lei os estipule. Como o objetivo primordial do direito é normar a conduta, e ele o faz criando direitos e deveres correlativos, a relevância desse cânone transcende qualquer argumentação que pretenda enaltecê-lo.

É de conhecimento geral, portanto, que se há a vontade estatal de estabelecer uma imposição – qualquer que seja – ao indivíduo, deve ser mediante lei. Não é por

---

<sup>86</sup> Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/tarifas>>. Acesso em 20 ago. 2016



outro motivo que, a par da autorização constitucional para criação do ICMS, os estados o instituíram através de lei.

Nesta esteira, como o tributo é uma prestação pecuniária compulsória que obriga o sujeito passivo ao pagamento independentemente de sua concordância (uma verdadeira imposição), o dispositivo constitucional estatuído no art. 5º, II, da CF/88 - que, como se viu, nada mais é que a positivação do princípio da legalidade – bastaria para determinar que qualquer criação ou mesmo aumento de tributo estivesse sob os domínios do princípio da legalidade geral. Entretanto, ao se referir especificamente à matéria tributária, *exsurge* outro dispositivo constitucional extremamente relevante, que só vem a reforçar o que sustenta o art. 5º já referido: trata-se do art. 150, I da Carta Política, dispositivo do qual se extrai o princípio da legalidade tributária. Assim aduz:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Deve-se sempre ter em mente que tributo, por definição (art. 3º do Código Tributário Nacional) é prestação pecuniária compulsória instituída em lei, logo, o princípio se aplica plenamente a qualquer tributo, salvo exceções.

Claro está, portanto, que não só para a instituição, mas também para a majoração dos tributos, não se pode olvidar-se da figura da lei. A inclusão de quaisquer rubricas ou, como no caso, tarifas na base de cálculo de qualquer tributo, acarreta inarredável majoração, porquanto se uma alíquota está a incidir sobre base maior, maior será o valor resultante desta operação.

Logo, inafastável o dever estatal de respeitar os ditames constitucionais, em especial o princípio da legalidade, que estipula que todo aumento de tributo deve-se dar, salvo raras exceções, mediante lei.

Isto posto, passa-se a qualificar e proceder a separação entre dois tipos de consumidores: os livres e os cativos. Isto se explica pelo fato de que, no que diz respeito a um, tem-se visto uma maior aceitação da jurisprudência em suprimir as

tarifas TUSD e TUST da base de cálculo do ICMS, mas em relação a outro, nem tanto. Passa-se, assim, a esclarecer a situação.

## 2.1 Consumidor livre e consumidor cativo: uma diferenciação necessária

Vale referir que o impasse jurisprudencial e doutrinário cinge-se, sobretudo, na diferenciação entre dois grandes grupos de consumidores, os chamados consumidores do “grupo A” e “grupo B”.

Também conhecidos por livres e cativos, os consumidores do “grupo A” e “grupo B” têm sua definição dada pela Resolução Normativa ANEEL nº 414, de 9 de setembro de 2010<sup>87</sup>, que, em seu art. 2º, incisos XXXVII e XXXVIII estabelece as diferenças entre ambos. Segundo a resolução:

XXXVII – grupo A: grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão igual ou superior a 2,3 kV, ou atendidas a partir de sistema subterrâneo de distribuição em tensão secundária, caracterizado pela tarifa binômia e subdividido nos seguintes subgrupos [...]

XXXVIII – grupo B: grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão inferior a 2,3 kV, caracterizado pela tarifa monômia e subdividido nos seguintes subgrupos [...]

Neste sentir, conforme se extrai de documento de perguntas e respostas elaborado pela ANEEL, cujo escopo é justamente auxiliar na compreensão acerca de temática tão complexa, são exemplos do “grupo A” indústrias e estabelecimentos comerciais de grande porte<sup>88</sup>. O mesmo documento é claro, também, quando sustenta que “o grupo B (baixa tensão) é caracterizado por unidades consumidoras atendidas em tensão inferior a 2,3 kV, com tarifa monômia (aplicável apenas ao consumo).”

Ao fazer um apanhado histórico de toda a evolução pela qual passou a energia elétrica no país, bem como da diferenciação das operações de energia elétrica que envolvem os assim chamados “consumidores cativos” e “os consumidores livres”, explica, com a perspicácia que lhe é característica, Carraza (2015, p. 332/333):

---

<sup>87</sup> Disponível em < <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2016

<sup>88</sup> Disponível em

<[http://www2.aneel.gov.br/arquivos/PDF/folder\\_perguntas%20e%20respostas\\_414\\_final.pdf](http://www2.aneel.gov.br/arquivos/PDF/folder_perguntas%20e%20respostas_414_final.pdf)>.

Acesso em 21 ago. 2016

Até passado recente a energia elétrica era produzida e distribuída por empresas estatais aos consumidores finais, que a elas estavam cativos, não podendo, destarte, negociar os preços praticados. O modelo esgotou-se na década de 90 do século passado. Com a crise no setor energético e o próprio aquecimento da economia, causado pelo Plano Real, foi necessário encontrar alternativas capazes de expandir o setor, inclusive com o aporte de capitais privados e o ingresso de novos agentes no mercado. Efetivou-se, pois, uma ampla reforma no segmento, e o Poder Público passou a apenas orientar e fiscalizar a prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica, agora a cargo de agentes desse setor, que foram divididos por atividades (geração, transmissão, distribuição e comercialização da energia elétrica). Também se estimulou a livre concorrência, isto é, a competição entre as empresas dos setores de geração e comercialização de energia elétrica. Mais especificamente, separam-se as atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica e abriu-se a possibilidade de esta mercadoria ser negociada livremente pelos grandes consumidores, que, assim, desvinculam-se dos concessionários distribuidores (titulares de determinadas áreas geográficas de concessão e, até então, únicos responsáveis pelo fornecimento de energia elétrica aos usuários nelas instalados) e puderam adquirir o produto de quem lhes dessa maiores vantagens econômicas. Para que melhor se compreenda: atualmente as distribuidoras atendem ao "mercado cativo" (pequenos e médios consumidores, que não podem escolher livremente os seus fornecedores de energia elétrica) e ao "mercado livre" (grandes consumidores aos quais a legislação faculta escolherem seus fornecedores, valendo-se de critérios empresariais). Quando as distribuidoras atendem aos "consumidores cativos" são por eles remuneradas por meio de tarifas (tarifas de energia e tarifas de fio) e são responsáveis, na condição de substitutas tributárias, pelo recolhimento do ICMS-Energia Elétrica. Já, quando as distribuidoras atendem aos consumidores livres limitam-se a receber as tarifas de fio, cobradas pela utilização das infraestruturas de transmissão e/ou distribuição.

E nesta toada, complementa Florezi (2009, p. 50), segundo o qual “no mercado livre as relações comerciais podem ser livremente negociadas e contratadas, mas devem estar consolidadas em contratos bilaterais de compra e venda de energia elétrica”.

Portanto, todos aqueles que se enquadrarem no disposto do art. 2º da Resolução da ANEEL supracitada, poderão, mediante contrato, estabelecer relações comerciais de compra de energia elétrica com o fornecedor que melhor lhe aprouver.

Ainda sobre a questão, sustenta Cavalcanti (2012, p. 76/77):

O ambiente de contratação regulada (ACR) atende os consumidores chamados cativos, como, por exemplo, as residências, que necessariamente adquirem energia elétrica de distribuidoras locais. Estes consumidores estão vinculados à concessionária de energia elétrica que atende em seu endereço. Neste ambiente de mercado não há competição, já que toda a energia é fornecida pelo distribuidor concessionário, o qual é remunerado por tarifa previamente estabelecida pelo ente regulador – Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). No ambiente de contratação livre (ACL), a energia é direcionada aos consumidores livres, geralmente industriais que consomem uma grande quantidade de energia elétrica no processo produtivo, como, por exemplo, segmentos industriais eletrointensivos e grandes plantas industriais automobilística, alimentícia, siderúrgica, química. Estes consumidores podem celebrar contratos diretamente com a concessionária de sua livre escolha, que será remunerada por preço fixado no contrato e não por tarifa previamente definida pela agência reguladora.

A Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia (ABRACEEL) atesta, no mesmo sentido - reforçando o que fora explanado acima - que em razão da livre escolha na contratação da energia, os integrantes da categoria livre são responsáveis por gerir as incertezas, erros e acertos na decisão da contratação<sup>89</sup>, ao passo que os cativos, não.

Partindo-se para a análise jurisprudencial, em recente voto relativo à questão, oriundo de recurso de apelação do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA), a magistrada Carmem Lucia Santos Pinheiro (BRASIL, 2013) assim definiu os consumidores livres, pertencentes ao Grupo A:

---

<sup>89</sup>Disponível em <[http://www.abraceel.com.br/zpublisher/secoes/mercado\\_livre.asp?m\\_id=19150](http://www.abraceel.com.br/zpublisher/secoes/mercado_livre.asp?m_id=19150)>. Acesso em 22 ago. 2016

Como se vê, os consumidores pertencentes ao Grupo A, que são aqueles que demandam maior quantidade de potência, ou seja, maior quantidade de energia elétrica em um determinado espaço de tempo, grupo no qual se inclui o Apelante, estão sujeitos a tarifação composta pela taxa de consumo e pela taxa de demanda de potência, pois firmam contrato de fornecimento de energia elétrica com cláusula relativa à demanda de potência contratada, a fim de assegurar que o sistema elétrico suporte a necessidade de consumo que possuem.

Os cativos, a seu turno, são definidos também pelo mesmo art. 2º da Resolução Normativa ANEEL nº 414. Todos aqueles com fornecimento em tensão menor do que 2,3 kV, portanto, se incluem nesta categoria, como supramencionado.

Em recentíssimo voto, datado de agosto de 2016, a juíza Thaís Coutinho de Oliveira (BRASIL, 2016), ao conduzir a relatoria do Recurso Inominado nº 71006152805, aduziu que “no ambiente de contratação regulada, os geradores, produtores independentes e comercializadores vendem a energia para as distribuidoras, que por sua vez vendem para os consumidores cativos.” Logo, prossegue a magistrada, “as concessionárias distribuidoras compram a energia em leilão dos agentes vendedores (geradores, comercializadores e produtores independentes) e cobram dos consumidores cativos a tarifa fixada pela ANEEL”.

A tarifa fixada pela ANEEL que a magistrada se refere são as tarifas de energia e as tarifas de fio mencionadas pelo professor Carraza, acima.

A diferenciação se faz necessária, conforme dito, porque, conforme se verá, em relação aos consumidores livres, chegou-se ao entendimento jurisprudencial de que a TUST e a TUSD, via de regra, não são devidas. Por outro lado, no que tange aos consumidores cativos, a incidência permanece.

Isso se explica, em parte, também, pelo disposto no art. 34, § 9º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT):

“[...] até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção

ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação”.

Nestes termos, o consumidor cativo vem pagando por toda a cadeia, desde a produção até o seu efetivo consumo. Já o consumidor livre, não. Pelo fato de possuir um contrato de fornecimento de energia – e, conforme dito, comprar energia diretamente do fornecedor – não utiliza os sistemas de transmissão e distribuição, motivo pelo qual tem logrado êxito em várias ações judiciais cujo escopo versa sobre a não incidência do ICMS sobre as tarifas.

Vale lembrar, todavia, que a questão não é unânime e, como se verá na parte final do presente estudo, até mesmo turmas do Superior Tribunal de Justiça discordam entre si.

Em recente julgado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), a relatora Maria Isabel de Azevedo Souza (BRASIL, 2015) fez, também, a distinção entre os consumidores, a fim de fundamentar seu voto. Segundo a magistrada, os consumidores cativos pagam por toda a cadeia produtiva, lhes sendo esta indissociável, ao passo que em relação aos consumidores livres, por estabelecerem o *quantum* de energia elétrica comprada mediante contrato (demanda contratada), haveria quem considerasse estranha tal inclusão.

[...] Não se aplicam às operações de fornecimento de energia elétrica realizadas no ambiente de contratação regulado (consumidor cativo) por meio de distribuidora exclusiva os precedentes do STJ que consideram indevida a inclusão, na base de cálculo do ICMS, das tarifas relativas ao Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) e ao Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) de energia elétrica. É que o preço final pago pelo consumidor cativo abrange o custo de toda a cadeia produtiva (geração, transmissão e distribuição) por se tratar de um conjunto indissociável. Já no ambiente de contratação livre (consumidor livre), no qual a energia é fornecida diretamente pelos agentes de geração ou de comercialização, livremente escolhidos pelo consumidor - e não pelas distribuidoras que se limitam a permitir o acesso ao sistema de transmissão e de distribuição por meio do pagamento das tarifas TUST e TUSD - há quem

considere tais valores estranhos ao preço da energia elétrica, cujo montante é fixado no contrato de compra e venda de energia.

Isto posto, uma vez estabelecidas as diferenças entre ambos, passa-se a analisar os argumentos que tem levado os magistrados a manter ou excluir as tarifas da base de cálculo do tributo.

## **2.2 Manutenção ou exclusão: da análise argumentativa**

Um dos argumentos das autoridades fiscais para inclusão das tarifas na base de cálculo da exação diz respeito, justamente, a considerar como aspecto material de seu fato gerador o serviço de transporte. Acerca da temática, assevera Villen Neto (2003. p. 41):

As linhas de transmissão e distribuição são meios necessários para a propagação do campo elétrico gerado na fase de geração de energia elétrica, produzindo efeitos nos elétrons livres existentes na fiação da residência do consumidor. Nesse passo, inexistindo qualquer prestação de serviço de transporte nas linhas de transmissão e distribuição, concluímos que a atividade praticada pelas concessionárias não se subsume ao aspecto material do ICMS. Portanto, as receitas auferidas pelas concessionárias de transmissão e distribuição a título de encargos de conexão e uso da rede não devem fazer parte da base de cálculo do ICMS incidente sobre a prestação de serviço de transporte intermunicipal e interestadual.

A doutrina e a jurisprudência, consoante se verificará, divergem acerca da questão. Neste diapasão, há aqueles - como Horácio Villen Neto, supracitado - que sustentam que, por ser um fenômeno físico, não há transporte nas linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica até a residência do consumidor, motivo pelo qual a incidência do ICMS é indevida.

Não obstante, o mesmo argumento (o fato de o fenômeno físico não se constituir transporte) fora utilizado em votos contrários ao pleito dos consumidores. Isso porque - aduzem os magistrados que entendem que se deve manter a incidência

– que o processo de geração e distribuição são indissociáveis, constituindo uma única operação. Assim, não constituiriam atividades de meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica.

Tal entendimento fora assentado no voto proferido pelo Ministro Gurgel de Farias, nos autos do Recurso Especial nº 1.163.020/RS, segundo o qual a TUSD é devida também em relação aos consumidores livres. Assevera o Ministro (BRASIL, 2017)

O ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas – entre elas a referente à Taxa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) – compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996.

O tema também já foi objeto de análise anterior no STJ, do qual a ementa que se colaciona abaixo é prova. Em seu voto, assim o aduziu ministro da corte, Humberto Martins (BRASIL, 2011), com a qual se concorda plenamente:

TRIBUTÁRIO. ICMS. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. "SERVIÇO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA". INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA NA TRANSMISSÃO DA ENERGIA ELÉTRICA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 166/STJ - PRECEDENTES – SÚMULA 83/STJ. 1. Inexiste previsão legal para a incidência de ICMS sobre o serviço de "transporte de energia elétrica", denominado no Estado de Minas Gerais de TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica). 2. "Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público." (AgRg no REsp 797.826/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3.5.2007, DJ 21.6.2007, p. 283). 3. O ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da "mercadoria", e não do "serviço de



transporte" de transmissão e distribuição de energia elétrica. Assim sendo, no "transporte de energia elétrica" incide a Súmula 166/STJ, que determina não constituir "fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte". (grifos nossos)

Interessante ressaltar que as Fazendas Estaduais incluem as tarifas mesmo quando a energia é transferida entre estabelecimentos de propriedade do mesmo contribuinte, o que é vedado pela súmula 166 do STJ. Por este motivo que se verifica acima a menção à referida súmula.

Todavia, apesar de também não considerarem como serviço de transporte, muitos Tribunais pátrios não vêm admitindo a exclusão das tarifas sob outros argumentos em relação aos consumidores do "grupo B". Neste contexto, em acórdão de lavra do desembargador Marco Aurélio Heinz (BRASIL, 2016), do TJRS, verificamos que

[...] os custos relativos à transmissão e à distribuição da energia elétrica produzida integram o preço do fornecimento da energia elétrica ao consumidor final, dado que, a par da geração, também a transmissão e a distribuição são indispensáveis à entrada de energia elétrica na unidade consumidora do usuário, que vai, então, consumi-la. Estando tais parcelas ligadas diretamente à prestação do serviço, tanto que seu custo compõe a tarifa fixada pela ANEEL, integram a base de cálculo do ICMS, já que, como dito, correspondem a custo para a entrada da energia na unidade consumidora.

Nestes termos, sentencia o magistrado que, diferentemente dos livres, aos consumidores cativos "a prestação do serviço de energia se dá pela distribuidora exclusiva, cuja tarifa engloba todos os custos da cadeia produtiva, inclusive transmissão e distribuição, nos termos da tarifa fixada pela ANEEL".

Por outro lado, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) mantém posicionamento diferente do TJRS (bem como da 1ª Seção do STJ) fixando como válidas as exclusões mesmo quando se trata de consumidor cativo. Isso demonstra, definitivamente, que a situação não é pacífica, mesmo entre estados vizinhos. Prova disto é o disposto no julgado cuja relatoria coube ao desembargador Nelson Schaefer Martins (BRASIL, 2016) que, ao discorrer sobre a diferença entre os consumidores,

sustenta que os livres pagam preço, ao passo que os cativos pagam tarifas. Assim, separando preço de tarifa e uma vez que o STJ tem julgados no sentido de excluir as tarifas da base de cálculo do ICMS, o julgador assim se manifestou:

Desse modo, considerando as informações prestadas na fatura de energia elétrica, que por si só pressupõe a contratação, tem-se que a impetrante está inserida na categoria de consumidor cativo, eis que se utiliza de ambos os serviços da concessionária local, quais sejam o fornecimento e comercialização, e portanto, estamos falando de tarifa e não preço. Quanto as demais questões de mérito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é o de que não incide ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD. O fato gerador do ICMS ocorre no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão.

Veja-se que os argumentos são variados e vistos sob vários aspectos, com várias correntes jurisprudenciais e doutrinárias. Dentre essas, há ainda a que parte do pressuposto que, independentemente do consumidor – se do grupo A ou B – ninguém deveria pagar o tributo incidente sobre a TUST e TUSD. Segundo Saliba e Rolim (2005 apud PAULSEN, 2014 p. 338), o fato das distribuidoras de energia elétrica disponibilizarem o sistema de rede não as autoriza, como substitutas tributárias, a recolher a exação incidente sobre toda a cadeia, pois disponibilizar o uso é diferente de fornecer energia. Para os autores citados, uma vez que a Constituição e a Lei complementar nº 87/96 estabelecem que o tributo incide sobre o fornecimento efetivo de energia elétrica, sendo o preço da operação (saída ou entrada) a que deve servir de base de cálculo, “as tarifas de uso dos sistemas de distribuição e de transmissão não serão passíveis de incidência desse imposto estadual” (SALIBA; ROLIM apud PAULSEN, 2013, p. 338).

No mesmo sentido já havia decidido a Ministra Eliana Calmon, em sede de Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.075.223. Assim asseverou a Ministra (BRASIL, 2013):

A questão nodal posta no recurso especial refere-se à possibilidade de o contribuinte pagar ICMS sobre os valores de transmissão e distribuição de energia elétrica, reconhecida como TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica). A jurisprudência desta corte de Justiça firmou entendimento de que o ICMS não incide sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição, já que o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, a energia elétrica efetivamente consumida pelo contribuinte.

Ora, analisando-se a regra matriz de incidência tributária, verifica-se que o fato gerador do ICMS é a circulação da mercadoria. E, sendo a mesma tão somente a energia elétrica, é somente sobre ela que deve incidir a exação.

Neste sentido merece relevo a fundamentação posta por empresa que, também no âmbito do STJ, através do Recurso Especial nº 1163020/RS já citado, buscava ver excluída a incidência da TUSD sobre a exação comentada. Isso porque a pendência chegou àquela corte superior muito recentemente.

Em decisão monocrática, o Desembargador Convocado do Tribunal Regional da Primeira Região, Olindo Menezes, sustentou a não inclusão do ICMS sobre a TUSD.

De outro giro, em razão da interposição do recurso de Agravo Interno, em seção realizada no dia 21/03/2017, ficaram vencidos os Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Regina Helena Costa (voto-vista) e fora negado o Recurso Especial interposto pela empresa. Veja-se a ementa do julgado, cujo voto do Ministro Gurgel de Farias fora já anteriormente citado:

TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). INCLUSÃO. 1. O ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas – entre elas a referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) – compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996. 2. A peculiar realidade física do fornecimento de energia elétrica revela que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o

aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo, sendo certo que a etapa de transmissão/distribuição não cuida de atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável. 3. A abertura do mercado de energia elétrica, disciplinada pela Lei n. 9.074/1995 (que veio a segmentar o setor), não infirma a regra matriz de incidência do tributo, nem tampouco repercute na sua base de cálculo, pois o referido diploma legal, de cunho eminentemente administrativo e concorrencial, apenas permite a atuação de mais de um agente econômico numa determinada fase do processo de circulação da energia elétrica (geração). A partir dessa norma, o que se tem, na realidade, é uma mera divisão de tarefas – de geração, transmissão e distribuição – entre os agentes econômicos responsáveis por cada uma dessas etapas, para a concretização do negócio jurídico tributável pelo ICMS, qual seja, o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final. 4. Por outro lado, o mercado livre de energia elétrica está disponibilizado apenas para os grandes consumidores, o que evidencia que a exclusão do custo referente à transmissão/distribuição da base de cálculo do ICMS representa uma vantagem econômica desarrazoada em relação às empresas menores (consumidores cativos), que arcam com o tributo sobre o "preço cheio" constante de sua conta de energia, subvertendo-se, assim, os postulados da livre concorrência e da capacidade contributiva. 5. Recurso especial desprovido.

Contudo, nem mesmo na mesma Turma a questão fora totalmente unânime. Isto porque, ao divergir dos argumentos do Ministro (acima explanados) a também Ministra Regina Helena Costa (BRASIL, 2017) assentou que a Lei Complementar nº 87/96, em seu art. 13, § 1º, prescreve que integra a base de cálculo do imposto (i) o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, (ii) o valor correspondente aos seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como (iii) os descontos concedidos sob condição e o frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

Veja-se que, segundo ela, em nenhum local a lei dispõe sobre qualquer encargo tarifário incidir sobre a base de cálculo do ICMS. Em segundo lugar, conforme continua a Ministra ao proferir seu voto, há que se ressaltar que, se realizarmos uma

simples leitura do disposto no art. 34, § 9º, do ADCT (segundo a qual o imposto será calculado pelo preço praticado na operação final), irá se perceber que o dispositivo não atribui às distribuidoras a sujeição passiva – salvo se elas mesmas consumirem a energia disponibilizada –, de maneira que “o custo apurado na cadeia continuará sendo suportado pelo verdadeiro sujeito passivo, qual seja, o consumidor final”. Neste sentir, observe-se o que sustenta Torres sobre o dispositivo (2008, p. 14/15):

O fato gerador do ICMS apenas se aperfeiçoa, deflagrando o nascimento da obrigação tributária, com o fornecimento da energia elétrica ao consumidor final, que é a "última operação" ou "operação final" referida no ADCT (art. 34, § 9º) e na LC 87/1996 (art. 9º, § 1º, II). O termo fornecimento ingressou no direito brasileiro ainda ao tempo do antigo Imposto único sobre Energia Elétrica e perdura até hoje na legislação sobre a concessão e as tarifas do serviço público, para significar a entrega da mercadoria pelas concessionárias aos consumidores finais. [...] O momento da saída do estabelecimento do concessionário coincide com o da entrega do bem ao consumidor. (ICMS, fornecimento de energia elétrica e demanda de potência, in Revista de Estudos Tributários, ano XI, n. 62, 2008, pp. 14/15)

A questão, assim, está definitivamente longe de ser pacificada, pois, como se vislumbrou, os argumentos são diversos, e sustentam posicionamentos diametralmente distintos. Crê-se que apenas quando o STJ pacificar a questão (as Turmas divergem) a segurança jurídica voltará a pairar sobre a temática, mas até lá, não serão poucas as pessoas jurídicas, físicas bem como fazendas estaduais que presenciarão e até mesmo sentirão o peso de decisões completamente dissonantes acerca da mesma matéria.

### **3. CONCLUSÃO**

Isto posto, muito embora se conheça dos argumentos contrários à exclusão das tarifas da base de cálculo da exação estadual, mormente os expostos majoritariamente pela primeira turma do STJ, com eles não se pode concordar.

Buscou-se ao longo deste trabalho, como se verificou, abordar todos os pontos de vista (doutrinários e precipuamente, jurisprudenciais) que versavam sobre a

matéria, mas não se pode crer que os custos de transmissão e distribuição da energia elétrica figurem na base de cálculo do tributo, pois a regra matriz de incidência a eles não faz menção.

Como é cediço, o legislador constituinte originário optou por elencar determinadas situações que, segundo sua visão, deveriam ser tratadas de forma mais acurada. Com esse intuito fora criada a figura da Lei Complementar, que, dentre outras funções, incumbe definir os fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos. Veja-se o que dispõe a Carta Magna:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

No caso do ICMS, a Lei Complementar responsável por estabelecer as diretrizes acima elencadas (fato gerador, base de cálculo e contribuintes) é a Lei Complementar 87/96, a chamada Lei Kandir. Assim, verifica-se que em seu art. 13, § 1º, ao tratar da base de cálculo do ICMS, prescreve:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

[...]

§ 1º. Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

Ora, a lei nada dispõe sobre encargos tarifários como integrantes de base de cálculo do ICMS e – vale lembrar – em atenção ao princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II da CF), bem como da estrita legalidade tributária (prevista, por sua vez, no art. 150, I, da CF) compete somente à lei complementar dispor sobre a base de cálculo dos impostos. Se ela não faz menção às tarifas, estas, em obediência aos princípios (que são verdadeiras limitações constitucionais ao poder de tributar) não devem integrar a base de cálculo do imposto. Vale lembrar que a inclusão das tarifas não se deu através de lei, seja ela complementar ou ordinária, violando explicitamente o princípio da legalidade.

Ademais, ao fim e ao cabo, o que se verifica é que também não há fato gerador da exação no momento da transmissão ou distribuição da energia elétrica, porquanto estas se constituem em atividades de meio. O fato gerador do ICMS é a circulação da mercadoria, sendo seu aspecto material a saída da mesma. E quando falamos em mercadoria, trata-se, apenas, da energia elétrica, pura e simples. Assim, o que circula (e há discussões se efetivamente circula, como Villen Neto sustenta) é a energia, sendo as tarifas apenas remunerações pagas para as distribuidoras para manter os sistemas. Não há, portanto, fato gerador de ICMS relativamente às tarifas, pois apenas remuneram as distribuidoras, não são mercadorias!

O fato gerador, ou imponible, vale lembrar, é o pressuposto material que o legislador estabelece para a relação obrigacional se instaurar, definido por Ataliba (1987. p. 64) como sendo o “fato concreto, localizado no tempo e no espaço, acontecido efetivamente no universo fenomênico, que, por corresponder rigorosamente à descrição prévia, hipoteticamente formulada pela hipótese de incidência, dá nascimento à obrigação tributária.”

Ataliba (1987. p. 75), assim, leciona sobre os aspectos da hipótese de incidência do ICMS

São, pois, aspectos da hipótese de incidência as qualidades que esta tem de determinar hipoteticamente os sujeitos da obrigação tributária, bem como seu conteúdo substancial, local e momento de nascimento. Daí designarmos os aspectos essenciais da hipótese de incidência tributária por: a) aspecto pessoal; b) aspecto material; c) aspecto temporal e d) aspecto espacial.

Dessa forma, é correto afirmar-se que somente ocorrerá o fato imponible, capaz de dar origem à relação jurídico-tributária do ICMS, quando os quatro aspectos acima descritos estiverem presentes no caso concreto.

Obviamente não se verifica, no caso em apreço, o aspecto material do tributo.

No exato momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento fornecedor e é consumida, dá-se por ocorrido o fato jurídico imponible. Desta maneira, as tarifas que são cobradas anteriormente não devem compor o valor da operação (o que deve ser tributado, consoante a Lei Kandir) de saída da mercadoria entregue ao consumidor final.

Outrossim, partindo-se da certeza que a base de cálculo do ICMS é formada pelo valor da operação relativa a circulação da mercadoria, como previsto no art. 13, I, da multicitada Lei Kandir, por óbvio que a exação de restringir-se à energia efetivamente consumida pelo consumidor, o que não abrange as tarifas de transmissão e distribuição, como vem ocorrendo.

Por todo exposto, devem ser definitivamente afastadas as tarifas da composição da base de cálculo sobre a qual incide o Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços.

## REFERÊNCIAS

ABRACEEL. Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia. Diferenças entre consumidores livres e cativos. Disponível em < [http://www.abraceel.com.br/zpublisher/secoes/mercado\\_livre.asp?m\\_id=19150](http://www.abraceel.com.br/zpublisher/secoes/mercado_livre.asp?m_id=19150)>.

Acesso em 22 ago. 2016.

ANEEL. Agência Nacional de Energia Elétrica. A Tarifa de Energia Elétrica. Disponível em < <http://www.aneel.gov.br/tarifas> >. Acesso em 20 ago. 2016.

ANEEL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Direitos e Deveres do Consumidor de Energia Elétrica. Disponível em < <http://www.aneel.gov.br/tarifas> >. Acesso em 21 ago. 2016.



ANEEL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Resolução Normativa nº 414, 9 de setembro de 2010. Disponível em < <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414.pdf> >. Acesso em: 20 ago. 2016.

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Juizado Especial Cível do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado nº 71006152805. Oswaldo Marinho Zimmermann e Estado do Rio Grande do Sul. Relatora Thaís Coutinho de Oliveira. Porto Alegre, 25 de agosto de 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº 87 de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp87.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm)>. Acesso em 20 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1135984. Estado de Minas Gerais e Horizonte Têxtil Ltda. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília, 4 de março de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.945. Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB, Governador do Estado de Mato Grosso e Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Relator Ministro Octavio Gallotti. Brasília, 25 de maio de 2010. In: Coordenadoria de análise de Jurisprudência DJe nº 47, emendatário nº 2480-01.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. *Apelação n. 0126967-34.2007.8.05.0001*. Posto de Serviços Ribeiro Ltda e Estado da Bahia. Relatora Juíza Convocada Carmem Lucia Santos Pinheiro. Salvador, 3 de dezembro de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Mandado de Segurança n. 9145457-42.2015.8.24.0000. Relator Desembargador Nelson Schaefer Martins. Florianópolis. 11 de maio de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70070681150*. Fátima de Azevedo Galvão e Estado do Rio Grande do Sul. Relator Desembargador Marco Aurélio Heinz. Porto Alegre, 31 de agosto de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Embargos Infringentes n. 70065950008*. Novo Lar Centro Geriátrico e Assistência Repouso LTDA e Estado do Rio Grande do Sul. Relatora Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza. Porto Alegre, 20 de novembro de 2015.

CARRAZZA, Roque Antonio. TUST/Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão e/ou TUSD/Tarifa do Sistema de Distribuição. In: ICMS, 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARVALHO, P. B.. Curso de Direito Tributário. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CAVALCANTI, E. M. M. ICMS e a estrutura energética brasileira. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* v. 20, n. 107, p. 76-77, nov/dez. 2012.

FLOREZI, Guilherme. Consumidores livres de energia elétrica: uma visão prática. 2009. 158 p. Dissertação (Mestrado em Engenharia Elétrica), Escola Politécnica, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

GASPAR, Walter. ICMS comentado. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

GIL, Antônio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MACHADO, H. B. O fato gerador do ICM. Caderno de Pesquisas Tributárias. v.3. São Paulo: Resenha Tributária, 1991.

PAULSEN, Leandro. Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 15. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2013.

SALIBA, Luciana Goulart F.; ROLIM, João Dácio. Não - incidência do ICMS sobre as Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição (TUSD) de energia elétrica. Revista Dialética de Direito Tributário nº 122/50, nov/05 In: PAULSEN, Leandro. Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 15. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2013.

SEFAZ. Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul. ICMS – Evolução Anual. Disponível em <[https://www.sefaz.rs.gov.br/Reports/SiteSefaz\\_Rel\\_ICMSEvoAnual.aspx](https://www.sefaz.rs.gov.br/Reports/SiteSefaz_Rel_ICMSEvoAnual.aspx)>. Acesso em 17 ago. 2016.

VILLEN NETO, Horácio. A Incidência do ICMS na Atividade Praticada Concessionárias de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica. Revista de Estudos Tributários v.6, n. 32, p. 14-41, jul/ago. 2003.

## DILEMAS DO ESTADO CONSTITUCIONAL: DA EXPECTATIVA DOS TRATADOS AO FUROR LEGISLATIVO INTERNO

### DILEMMAS OF THE CONSTITUTIONAL STATE: FROM THE EXPECTATION OF THE TREATIES TO THE INTERNAL LEGISLATIVE FUR

Plauto Cavalcante Lemos Cardoso<sup>90</sup>

**Resumo:** Analisamos, neste artigo, como se traduziu o último comando constitucional de criminalização ainda em aberto do rol listado no inciso XLIII do art. 50 da Constituição Federal brasileira de 1988, em legislação alegadamente antiterrorismo através da edição da Lei 13.260/16, no contexto pós-manifestações de rua de 2013 e às vésperas dos Jogos Olímpicos de 2016. Nossa hipótese é que a densidade normativa das bases do Estado Constitucional brasileiro torna tanto o conceito de justiça constitucional como o de direitos fundamentais complexos e os empurra para além dos clássicos limites ao poder punitivo do Estado a favor do indivíduo e contra o Estado. Direitos fundamentais, assim, acabam por extrapolar a esfera dimensional focada no indivíduo e passam também a ser objetivos fundamentais coletivos. Esse paradigma constitucional encerra em si uma clara tensão, dada a duplicidade de papéis esperada do Estado, além da preocupante indeterminação do que significaria um estado defensor de objetivos fundamentais coletivos em sua atuação concreta para a proteção da coletividade contra o terror. Nossa conclusão é que a resposta legislativa ao compromisso firmado na seara internacional por meio dos inúmeros tratados mencionados de incriminação do terrorismo deixou bastante a desejar, distanciando-se das aspirações dos tratados firmados, falhando ao ignorar a já conflituosa distinção do crime de terrorismo do crime político. Acabou-se por criar um instrumento legislativo com uma série de termos abertos, o que reduziu o crime de terrorismo a um crime de perigo, equivocadamente insistindo em uma ultrapassada visão acerca do caráter preventivo da sanção penal, ignorando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto e levantando plausíveis questionamentos sobre o real espírito da lei.

---

<sup>90</sup>Plauto é Catedrático para a Solidariedade e a Paz pelo Parlamento Internacional dos Estados para a Segurança e Paz das Nações Unidas (ONU), diretor do Instituto de Direito da Integração da Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), especialista avaliador externo do comitê de avaliação de projetos de pesquisa da Universidade de Buenos Aires (UBA), Argentina, professor da pós-graduação da Universidade de Bolonha na Argentina, professor de Direito Constitucional e Direito Processual Civil do Departamento de Direito Público da Faculdade Pitágoras, Belo Horizonte/MG, professor convidado da pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV/Rio) / rede conveniada, professor convidado da Cátedra de Teoria do Estado da Universidade de Palermo (UP), Buenos Aires, e professor convidado da graduação da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires (UBA). É pesquisador parlamentar do Congresso Mexicano (REDIPAL), pesquisador convidado do Centro de Pesquisas Sócio-Jurídicas (CISJC) da Universidade Católica de Bogotá, Colômbia e membro do Laboratório de Pesquisa de Jurisdição Constitucional Brasileira (LPJCB) da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ).

**Palavras-chave:** Terrorismo; crime político; tratados internacionais; comando de criminalização; Estado Constitucional.

**Abstract:** We analyze, in this article, how the last constitutional command of criminalization still translated from the list listed in item XLIII of art. 50 of the Brazilian Federal Constitution of 1988, in legislation allegedly counter-terrorism through the publication of Law 13.260 / 16, in the context of street demonstrations in 2013 and the eve of the 2016 Olympic Games. Our hypothesis is that the normative density of the state bases The Brazilian Constitutional Law makes both the concept of constitutional justice and that of complex fundamental rights and pushes them beyond the classic limits to the punitive power of the State in favor of the individual and against the State. Fundamental rights thus end up extrapolating the dimensional sphere focused on the individual and also become collective fundamental objectives. This constitutional paradigm contains a clear tension, given the duplicity of roles expected of the state, as well as the worrying indeterminacy of what would mean a state defending collective fundamental objectives in its concrete action for the protection of the collectivity against terror. Our conclusion is that the legislative response to the compromise signed in the international arena through the numerous treaties mentioned in the criminalization of terrorism left a lot to be desired, distancing itself from the aspirations of the treaties signed, failing to ignore the already conflicting distinction of the crime of terrorism from crime political. It ended up creating a legislative instrument with a series of open terms, which reduced the crime of terrorism to a crime of danger, mistakenly insisting on an outdated view on the preventive character of the criminal sanction, ignoring the jurisprudence of the Supreme Court on the subject and raising plausible questions about the real spirit of the law.

**Keywords:** Terrorism; political crime; international treaties; command of criminalization; Constitutional State.

*“Os cidadãos não poderiam dormir tranquilos se soubessem como são feitas as salsichas e as leis”.*

*John Godfrey Saxe*

## 1. INTRODUÇÃO

*Iuria Novit Curia* sempre pareceu a este autor um brocado um tanto perverso. Talvez por ter crescido em um sistema jurídico marcado por um furor e uma obsessão

legislativa que vão muito além da aprovação de legislação álibi, não me parece razoável pensar que a jurisdição deveria conhecer todas as leis.<sup>91</sup>

Claro que o brocado latino se refere a um conceito mais amplo, mas é difícil não analisá-lo sob a perspectiva de um mar de cerca de cinco milhões, quatrocentos e setenta e um mil e novecentos e oitenta normas editadas entre a promulgação da atual Constituição Federal em 05 de outubro de 1988 e 30 de setembro de 2016, segundo dados do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT), a uma atordoante média de 535 normas diárias ou 769 normas por dia útil, se contados somente os dias úteis no período.<sup>92</sup>

A sanha legislativa federal inclui a edição de 163.129 normas, sempre no mesmo recorte temporal mencionado. Estão aí incluídas seis emendas constitucionais de revisão, 97 emendas constitucionais, duas leis delegadas, 95 leis complementares, 5.590 leis ordinárias, 1.356 medidas provisórias originárias, 5.491 reedições de medidas provisórias, 11.995 decretos federais e 138.496 normas complementares.<sup>93</sup>

Os estados editaram incríveis 1.460.985 normas de caráter geral, sendo 335.109 leis complementares e ordinárias, 485.994 decretos e 639.882 normas complementares. Já os legisladores dos 5.567 municípios existentes até então contribuíram com impressionantes 3.847.866 normas, divididas em 659.629 leis complementares e ordinárias, 730.990 decretos e 2.457.247 normas complementares, ainda segundo o mesmo estudo do IBPT.

Se analisarmos esse esforço dantesco do ponto de vista de dias úteis, teremos impressionantes 22,93 normas federais por dia útil nos 28 primeiros anos de vigência da Constituição Federal de 1988. Os 26 estados e o Distrito Federal introduziram juntos, em média, no ordenamento brasileiro, 205,38 normas diárias no mesmo período – a uma média de 7,61 norma/dia útil por unidade da federação. Os

---

<sup>91</sup>Visão também expressa pelo juiz de Direito Thiago Brandão de Almeida, Presidente da Associação de Magistrados do Piauí (AMAPI), em palestra proferida no I Seminário Internacional de Direito de Integração no Teatro José Aparecido, Belo Horizonte, Brasil, 16 de julho de 2018.

<sup>92</sup> AMARAL, Gilberto Luiz do; OLENIKE, João Elói; AMARAL, Letícia M. Fernandes do; YAZBEK, Cristiano Lisboa. *Quantidade de Normas Editadas no Brasil: 28 Anos da Constituição Federal de 1988*. Curitiba: IBPT. 2011. Relatório. 71 p. Disponível em: <<https://ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/2603/QuantidadeDeNormas201628AnosCF.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2018.

<sup>93</sup> Normas aqui vistas em uma perspectiva *lato sensu*, incluindo portarias, instruções normativas, ordens de serviço, atos declaratórios, pareceres normativos, etc.

5.567 municípios brasileiros editaram individualmente, em média, 691,19 normas nos 28 anos analisados.<sup>94</sup>

A esse tsunami legislativo agregue-se um manancial de estoque de leis: a atual legislatura está para concluir seu mandato sem aprovar 80% dos projetos de leis propostos. Ressalta-se: são cerca de outros 10.000 projetos de leis que, potencialmente, entrariam debaixo do guarda-chuva do *Iuria Novit Curia*. Somente 5% dos 513 deputados federais do parlamento anterior ao atual conseguiram aprovar um projeto de lei.<sup>95</sup>

Não entraremos aqui no debate da verdadeira crueldade que é presumir que o cidadão médio em rincões do país, nos quais o analfabetismo funcional chega a 30%, deva presumidamente conhecer tal enxurrada legislativa.<sup>96</sup> Já é difícil pensar que a própria jurisdição a conhecerá.

Se focarmos nossa atenção na Carta Magna de 1988, a sexta constituição de nossa história republicana, a sétima como nação – se incluirmos a constituição de 1824 do Império –, veremos que a deformamos a uma média de uma emenda a cada três meses<sup>97</sup>. Os dois códigos civis que tivemos em nossa história republicana, o de 1916 e o de 2002, foram conjuntamente objetos de 66 intervenções legislativas. Se levarmos em consideração somente o período de 1988 até os dias atuais, os dois códigos civis, juntos, foram modificados 42 vezes. A Constituição foi alterada 99 vezes

---

<sup>94</sup> Aqui se preferiu citar os dados municipais em dias, de forma geral, dada a significativa variação de feriados municipais no país.

<sup>95</sup> BRAGON, Ranier. Só 5% da câmara tem projeto aprovado. *Folha de S. Paulo*, Brasília, 04 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/10/1527087-so-5-da-camara-tem-projeto-aprovado.shtml>>. Acesso em: 13 out. 2018.

<sup>96</sup> Para mais sobre o assunto, referimos o leitor a CARDOSO, Plauto C. L. *Crying Wolf: flertando com o desmanche do Estado democrático de Direito*. Prólogo de Plauto Cardoso. In: CUBIDES, J; REINA, J. J. *Desafíos para la seguridad y defensa nacional de Colombia: Teoría y Praxis*. Bogotá: Escuela Superior de Guerra, 2017. Cap. 5, p. 179-200. Disponível em: <<https://esdeguelibros.edu.co/index.php/editorial/catalog/book/19>>.

<sup>97</sup> Interessante notar que a primeira emenda à Constituição, no longínquo março de 1992, trata do seguinte assunto de suma importância pública: “Dispõe sobre a remuneração dos Deputados Estaduais e dos Vereadores”. Uma das mais recentes, a emenda 96, de junho de 2017, trata de tentar validar os maus-tratos a animais na conhecida Vaquejada, por força de *lobby* e como reação a um pronunciamento da Corte Constitucional Brasileira, o STF, expressamente contrário ao assunto. A emenda foi pomposamente descrita da seguinte maneira: “Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica”. As prioridades continuam acentuadamente desconectadas do eleitor e do mundo em que vivemos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/quadro\\_emc.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2017.

nesse mesmo período. Nossa legislação civil infraconstitucional parece gozar de maior estabilidade do que nosso pacto fundador.<sup>98</sup>

Do ponto de vista qualitativo, a raiz desse ímpeto legislativo aponta para uma característica não tão nobre da atividade legisferante pátria, qual seja, a profunda falta de diálogo com a população. Leis são criadas e aprovadas em ritos tão céleres que até os legisladores participantes, algumas vezes, são surpreendidos com a entrada em nosso ordenamento jurídico de algumas leis novas. Não há, ou quase não há, debate legislativo.

Em um contexto como o brasileiro ou o argentino, nos quais há uma profunda crise de representatividade instaurada no seio dos poderes políticos, e nos quais praticamente não há ferramentas de acompanhamento do exercício de mandatos legislativos, a probabilidade de falta de sinergia entre a vontade popular e a expressa por seus agentes eleitos é significativa. Essa suspeita é reforçada no contexto brasileiro pela fórmula mágica do coeficiente eleitoral aplicado a eleições denominadas proporcionais para os membros dos parlamentos municipais, estaduais e federal. De fato, dos 513 deputados federais da atual legislatura, somente 28 foram eleitos com votos próprios. Todos os demais, portanto, tomaram uma “carona” para chegar ao mandato. Não foi à toa o choque da nação que não reconhecia a si mesma nos nobres legisladores que se apresentavam para votar em nome do pai, do filho, do espírito santo, da esposa, etc., no recente e relativo processo de *Impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff.

Não se pode esquecer que uma parte significativa desse arcabouço legal é inconstitucional. No caso do estado do Rio de Janeiro, por exemplo, há estimativas difíceis de se acreditar: 80% de suas leis padeceriam do vício de inconstitucionalidade.<sup>99</sup>

Em 2010, 77% da produção legal de Minas Gerais, um dos estados campeões desta insaciável maratona legislativa, estavam relacionados à declaração de utilidade pública de entidades da sociedade civil, como ONGs e associações. No estado de

---

<sup>98</sup> MOREIRA, Rogério de Meneses Fialho. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina - UBA: 30 de maio de 2017, VI Jornada Internacional Direito e Justiça (de 29 de maio a 1º de junho de 2017).

<sup>99</sup> DUARTE, Alessandra; OTAVIO, Chico. Brasil faz 18 leis por dia, e a maioria vai para o lixo. *O Globo*, Rio de Janeiro, 18 jun. 2011. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/brasil-faz-18-leis-por-dia-a-maioria-vai-para-lixo-2873389>>. Acesso em: 10 out. 2018.



São Paulo, 78% das leis do mesmo ano serviram ao mesmo objetivo de seu par mineiro ou foram editadas para denominar algum tipo de espaço público.<sup>100</sup>

Claro, o rol de excentricidades não poderia deixar de existir. No mesmo ano de 2010, os legisladores paulistas demonstraram a que vieram por meio da instituição de leis como a 14.153/2010, que institui o dia 31 de agosto como o "Dia das Estrelas do Oriente", ou ainda a Lei 14.109/2010, que torna toda última terça-feira de agosto o "Dia da Joia Folheada".

Sem conhecer exatamente o número de leis em vigor, culturalmente inclinado a uma produção legal desconectada das necessidades prementes da nação, há ainda um perigoso ingrediente final no país: o estado de emergência permanente descrito por Jorge Bercholz que tudo justifica.<sup>101</sup>

É com esse pano de fundo que **analisamos**, neste artigo como se traduziu o último comando constitucional de criminalização ainda em aberto em legislação alegadamente antiterrorismo por meio da edição da Lei 13.260/16, no contexto pós-manifestações de rua em 2013 e às vésperas dos Jogos Olímpicos. Do rol listado no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal<sup>102</sup>, somente o crime de terrorismo restava não acomodado juridicamente, no que pesem os argumentos de parte minoritária da doutrina de que a Lei 7.170/83, gestada em um contexto ditatorial, já criminalizava atos de terrorismo.

**Nossa hipótese** é que a densidade normativa das bases do Estado Constitucional brasileiro impõe uma contraprestação positiva do Estado para a proteção de direitos fundamentais coletivos – com a paz e a segurança pública –, ultrapassando os limites da doutrina clássica sobre a razão de ser de uma constituição como proteção individual contra os excessos de um leviatã latente, para impor a esse mesmo Estado o papel de protetor ativo de tais direitos fundamentais. Esse paradigma constitucional encerra em si uma duplicidade de papel que, na esfera penal, pode

---

<sup>100</sup>Ibidem.

<sup>101</sup> Referimos o leitor ao fundamental BERCHOLC Jorge O., Editor-Director. *El Estado y la emergencia permanente*. Buenos Aires: Editorial Lajouane, marzo de 2008.

<sup>102</sup> Art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2018.

significar ambiguidades desestruturantes e desestabilizadoras como, por exemplo, a novel necessidade de punição de atos preparatórios diante da ameaça de terrorismo, introduzida pela Lei 13.260/16.

**Nossa conclusão** é de que a legislação em questão falha ao ignorar os compromissos assumidos pelo país em diversos tratados internacionais e que, ao evitar tipificar autonomamente – ou fracassar na tentativa – o crime de terrorismo, bem como ignorar sua já conflituosa distinção do crime político, criou um instrumento legislativo com uma série de termos abertos, ignorando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto e levantando plausíveis questionamentos sobre o real espírito da lei.

**A metodologia utilizada** tem por base pesquisa de doutrina relevante, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, análise de dados de pesquisas quantitativas e qualitativas sobre a produção legisferante brasileira, além de artigos de jornais.

## **2. O ESTADO CONSTITUCIONAL E A OBRIGAÇÃO DE CRIMINALIZAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Sem sistema de separação de poderes e sem constituição escrita. Assim se sustentou a República romana por impressionantes 500 anos<sup>103</sup>. É a constituição o instrumento hábil a governar nosso futuro? O questionamento é válido. Antes e depois do marco temporal de 1787, existiram e existem sociedades justas e sociedades injustas, algumas com e outras sem constituição.

Em recente eleição presidencial no Brasil, os dois candidatos que passaram ao segundo turno pareciam concordar em uma única coisa: uma de suas primeiras iniciativas, se eleitos, seria a substituição da atual Constituição Federal de 1988 por outra, com a promessa de ser justa e realmente representativa. A fúria legislativa é agora autofágica.

A dissonância e a circulação de bombas semióticas em um contexto bipolar – aqui na acepção médica e não da já corriqueira bipolarização que aparenta ser um

---

<sup>103</sup>Para mais sobre esse contexto Romano, referimos o leitor ao fundamental BARAHONA GALLARDO, Claudio. El Fin de la Dictadura en Roma: La Lex Antonia de Dictatura Tollenda. *Revista Chilena de Historia del Derecho*. Chile, Universidad de Chile, n° 23. 2011, pp. 99-118.

sintoma político mundial – culminaram com ambos, já no segundo turno, afastando tais pretensões.

Viu-se que, em momento algum, considerou-se não ter uma constituição. O polêmico general candidato a vice-presidente de uma das chapas propôs uma constituinte de notáveis, escolhidos verticalmente, bem ao estilo da caserna. Já o líder da chapa oponente, advogado e professor de Direito – é importante lembrar –, parecia propor a convocação de uma nova assembleia constituinte sob fundamentos não previstos na atual Carta e que, parece ser o caso, também implicaria o rompimento da atual ordem constitucional.

Constituições são instrumentos recentes na história humana. Por mais que se tente remontar séculos em busca de documentos similares, sua materialidade contemporânea conhecida nos leva àquele 17 de setembro de 1787, na Filadélfia, Estados Unidos. Em termos históricos, o que são 231 anos? Entretanto, por mais recente que seja tal conceito e instrumento, constituições, seguramente, não foram pensadas para serem descartáveis, e a história recente da América Latina é testemunho das consequências nefastas de tal flerte inconsequente com instabilidade política estrutural.<sup>104</sup>

Questionamentos existenciais à parte, o Estado Constitucional como evolução do Estado de Direito e o Estado de Direito Democrático e Social, parece-nos ser ainda nosso mais alto marco evolutivo e o estado da arte de uma sociedade organizada politicamente.

Por mais perturbador que possa parecer tratar de incriminação como um direito fundamental, como sugerido no título desse capítulo, Renata da Silva Athayde Barbosa nos esclarece que<sup>105</sup>

[...] a sua inserção no ‘Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais’ e no Capítulo I – Dos Direitos e Deveres individuais e

---

<sup>104</sup>Para uma análise mais aprofundada sobre o recente namoro com o autoritarismo no Brasil, referimos, uma vez mais, o leitor à obra CARDOSO, Plauto C. L. *Crying Wolf: flertando com o desmanche do Estado democrático de Direito*. Prólogo de Plauto Cardoso. In: CUBIDES, J; REINA, J. J. *Desafíos para la seguridad y defensa nacional de Colombia: Teoría y Praxis*. Bogotá: Escuela Superior de Guerra, 2017. Cap. 5, p. 179-200. Disponível em:

<<https://esdeguelibros.edu.co/index.php/editorial/catalog/book/19>>.

<sup>105</sup>BARBOSA, Renata da Silva Athayde. Terrorismo e a Lei nº 13.260/16 no Brasil – considerações críticas. In: VIDAL, Adriana Oliveira; RIBEIRO, Raisal Duarte da Silva; COSTA, Rodrigo de Souza (Org.). *Temas Contemporâneos de Direitos Humanos*. São Paulo: Liber Ars, 2017. Cap. III, p. 208.

coletivos' não é mero acaso. A topografia constitucional, no caso, reflete uma nova face dos direitos fundamentais, a de proteção do indivíduo.

A concepção adotada é aquela na qual o Estado atua por meio de uma prestação positiva para tutelar o direito fundamental, protegendo-o ativamente de ataques de terceiros ou de membros do próprio Estado. Nessa condição, além de configurar direito subjetivo, os direitos fundamentais passam a operar como '**princípios objetivos fundamentais da comunidade**'.<sup>106</sup> (grifo nosso)

Nesse contexto, tanto o conceito de justiça constitucional como o de direitos fundamentais se fazem complexos e vão além dos clássicos limites ao poder punitivo do Estado a favor do indivíduo e contra o Estado; direitos fundamentais extrapolam a esfera dimensional focada no indivíduo e passam também a ser objetivos fundamentais coletivos. Neste novo marco teórico, justiça constitucional não opera mais sob o dilema binário da proibição e legitimação da pena, mas também inclui verdadeira imposição da sanção penal como obrigação prestacional do Estado a favor da coletividade.<sup>107</sup>

Esse hibridismo encerra em si uma clara tensão, dada a duplicidade de papéis esperada do Estado, bem como a indeterminação do que significaria um estado defensor de objetivos fundamentais coletivos em sua atuação concreta para a proteção contra o terror. Veremos que a indeterminação aqui é tal que nem mesmo a legislação analisada define o que seja terror.

Barbosa<sup>108</sup> nos explica que, na visão de Maria Conceição Ferreira da Cunha<sup>109</sup>,

[...] a Constituição assume uma dupla faceta: de defesa do indivíduo face ao poder Estatal, em especial o poder penal, e de atuação do Estado no sentido de proteger valores fundamentais. O marco na aceitação deste novo paradigma é a mudança de perspectiva do

---

<sup>106</sup> FELDENS, Luciano. Constituição e Direito Penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. In: *Novos Rumos do direito Penal contemporâneo* (Coord.: Andrei Zenhkner Schmidt). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 47 (apud BARBOSA, 2017, p. 208).

<sup>107</sup> PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris, 1989 (apud Barbosa, 2017, 208-209).

<sup>108</sup> BARBOSA, Renata da Silva Athayde. Terrorismo e a Lei n° 13.260/16, op. cit. p. 209.

<sup>109</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995 (apud BARBOSA, p. 209).

Estado, que deixa de ser inimigo dos direitos fundamentais, para ser auxiliar em seu desenvolvimento.

Entretanto, por mais romântico que possa soar conceitualmente este duplo papel estatal, do compromisso assumido em pactos internacionais até a sua internalização legislativa, essa faceta do Estado como amigo dos direitos fundamentais passa por desafios visíveis. Há, neste sentido, silêncios que são ensurdecidamente eloquentes na Lei 13.260/16 e, como se verá a seguir, não se trata de apontar o dedo para o clássico dilema da dupla indeterminação do direito ou para uma má técnica legislativa. São escolhas políticas.

### **3. DOS PACTOS À REALIDADE INTERNA: a resposta legislativa brasileira**

Não há que se questionar que é sempre cercada de esperança a assinatura de um comprometimento com direitos fundamentais, de maneira conjunta, por nações na esfera internacional. Nesse sentido, o compromisso do Estado Brasileiro de criminalizar o terrorismo é anterior à própria Constituição Federal de 1988.

Somos signatários e ratificamos pactos como, dentre outros, a Convenção Relativa às Infrações e a Certos Outros Atos Cometidos a Bordo de Aeronaves (Decreto 66.520, de 1970), a Convenção das Nações Unidas para a Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves (Decreto 70.201, de 1972) e a Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a segurança da Aviação Civil (Decreto 72.383, de 1973). Já sob a égide da atual constituição, assinamos e ratificamos a Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas com Explosivos (Decreto 4.394, de 2002) e a Convenção Internacional para a Repressão ao Financiamento do Terrorismo (Decreto 5.640, de 2005), ambos os compromissos assinados em 1997.

O legislador pátrio, submerso em sua tradicional obsessão penal e incurável fé nos poderes preventivos da sanção penal e em sintonia com o iluminismo penal do século XVIII, no qual ainda parece residir, e fiel a parâmetros que em muito orgulhariam a Cesare Beccaria, resolveu tratar o terrorismo como crime de perigo, eleição inequivocamente clara pela escolha da expressão “expondo a perigo” como veremos a seguir.

Assim, então, define terrorismo a Lei 13.260/16, em seu art. 2º: <sup>110</sup>

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de **provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo** pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública (grifo nosso).

Deixa-se ainda em aberto, de maneira a dar ensejos a exegeses questionáveis e ambíguas em relação a esse novo papel constitucional do Estado como auxiliar da proteção de direitos fundamentais, e em especial dos objetivos fundamentais da coletividade, expressões do tipo “provocar terror social ou generalizado”. O que será definido como tal?

Provoca espanto a não inclusão da motivação política na escolha do legislador. A possível tentativa do legislador em afastar o debate sobre o que vem a ser crime político da lei que disciplina justamente o mandado constitucional e o compromisso brasileiro assumido por meio de tratados internacionais de criminalizar o terrorismo é grave falha e ignora uma de suas principais motivações. Ignorou-se, inclusive, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.<sup>111</sup>

Não é foco de nossa presente análise os contornos delineadores da distinção de crime político do crime de terrorismo. Entretanto, não se pode deixar de registrar a frustração com a oportunidade perdida pelo legislador de jogar luz sobre o debate que já se arrasta por algumas décadas nas cortes. Nas palavras de Renata da Silva Athayde Barbosa:<sup>112</sup>

Ignorando, inclusive, um dos aspectos sempre observados pelo Supremo Tribunal Federal ao analisar a questão, qual seja, a motivação política, pois, apesar de o terrorismo não ser crime político, não se negava a ele uma motivação política, um especial fim de agir.

---

<sup>110</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm)>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>111</sup>Neste sentido, cf. Voto do Min. Celso de Melo na Extradicação 855; o voto do Min. Relator Otavio Galloti na Extradicação 700; o voto do Min. Relator Moreira Alves na Extradicação 399; na Extradicação 493, o voto do Min. Relator Sepúlveda Pertence; Extradicação 694, voto do Min. Sidney Sanches em decisão unânime; voto do Min. Oscar Correa, Extradicação 417; Voto do Min. Celso de Melo na Extradicação 855; (todas citadas por BARBOSA, 2017, pp. 213-218).

<sup>112</sup>BARBOSA, Renata da Silva Athayde. Terrorismo e a Lei nº 13.260/16, op. cit. p. 219.

Assim, ao tentar evitar uma aproximação delicada com o tema, o Legislador perdeu a oportunidade de traçar algum parâmetro que de fato diferenciasse o terrorismo do crime político.

O foco de nossa preocupação aqui se centra no papel esperado para o Estado *good-guy* e não o tradicional *bad-guy* no que tange à garantia do respeito a direitos fundamentais diante da supramencionada dupla faceta do seu papel em prover contraprestações negativas e positivas sobre o mesmo assunto, isto é, a proteção de direitos fundamentais do ponto de vista do indivíduo e também da coletividade, simultaneamente.

Além da fundada preocupação da prerrogativa de escolha da carga semântica do conceito indeterminado de “terror”, tem-se também a preocupação do que o sempre latente Leviatã poderá definir como “propósito inequívoco” de consumir o crime de terrorismo.

Vejamos, senão, o art. 5º da lei sob análise (grifo nosso)<sup>113</sup>:

Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o **propósito inequívoco** de consumir tal delito:

Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

§ 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo:

I - recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou

II - fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços.

Como não se lembrar do filme *Minority Report*.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup>Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm)>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>114</sup>MINORITY report: A nova lei. Direção: Steven Spielberg. EUA: 20th Century Fox, 2002. 1 DVD (2h 25 min), NTSC, color. Título original: Minority Report.

#### 4. CONCLUSÃO

Não é infundado o temor de que o Estado passe a defender a si mesmo, a servir a si mesmo como propósito fundamental. A história recente de nossa espécie no século XX nos ensina como isso acaba.

Tampouco passou despercebida a escolha do Legislador de silenciar-se sobre terrorismo de Estado, presença viva na memória de vários e nos corpos de outros, e que se fundamenta na desidratação da essência protetiva aos direitos fundamentais justamente sob o argumento de proteger um bem maior coletivo, tão bem ilustrada pela edição dos 17 Atos Institucionais (AI) entre 09 de abril de 1964 e 14 de outubro de 1969, e os consequentes “anos de chumbo”. Colacionamos o emblemático AI5, de 13 de dezembro de 1968:<sup>115</sup>

Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.	Suspende a garantia do <i>habeas corpus</i> para determinados crimes; dispõe sobre os poderes do Presidente da República de decretar: estado de sítio, nos casos previstos na Constituição Federal de 1967; intervenção federal, sem os limites constitucionais; suspensão de direitos políticos e restrição ao exercício de qualquer direito público ou privado; cassação de mandatos eletivos; recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes; e dá outras providências.
--	--

Creemos, ainda, que perdeu também o Legislador a oportunidade de fomentar segurança jurídica, afastando de vez as aspirações da proteção de valores do Estado Constitucional brasileiro por dispositivo gestado em contexto autoritário e de questionável aplicação à tutela de valores democráticos atuais, como é o caso da Lei 7.170/83, que também tipifica atos de terrorismo.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup>Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/atos-institucionais>>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>116</sup>Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm)>. Acesso em: 14 out. 2018.



A resposta legislativa ao compromisso firmado na seara internacional por meio dos inúmeros tratados mencionados de incriminação do terrorismo deixou bastante a desejar, distanciando-se das aspirações dos tratados firmados, reduzindo o crime de terrorismo a um crime de perigo, insistindo, equivocadamente, em uma ultrapassada visão acerca do caráter preventivo da sanção penal, e introduzindo, ainda, assimetrias e contradições no Direito Penal pátrio por meio da previsão da punição de atos preparatórios e do uso de lógica diversa da atual, na qual o crime de perigo não é absorvido pelo crime de dano<sup>117</sup>.

Finalmente, em um contexto fulminado por uma profunda crise de legitimidade institucional, afigura-se esperar sempre que a jurisprudência das cortes supra certa preguiça legislativa em formular instrumentos mais hígidos e coerentes do ponto de vista legal, transladando ao judiciário debates que deveriam ocorrer no âmbito dos poderes políticos.

Não se poderá aqui culpar as cortes de ativismo por se verem forçadas a traçar contornos importantes para um ramo do Direito que deve orientar-se pela legalidade estrita, não à toa sendo a última *ratio*. A resposta legislativa aqui sob análise nos parece apressada, mal debatida e mais uma na longa lista de legislações álibis, criadas às vésperas de grandes eventos, como resposta a uma demanda internacional. O legislador pátrio, já acostumado a legislar com o código penal na mão e em momentos de pressão popular interna, agora expõe sua arte para a comunidade internacional.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Thiago Brandão. Palestra proferida no Teatro José Aparecido da Biblioteca Pública Estadual de Minas Gerais, Belo Horizonte: 16 de julho de 2018, I Seminário Internacional de Direito de Integração.

AMARAL, Gilberto Luiz Do; OLENIKE, João Eloi; AMARAL, Letícia M. Fernandes do; YAZBEK, Cristiano Lisboa. *Quantidade de Normas Editadas no Brasil: 28 Anos da Constituição Federal de 1988*. Curitiba: IBPT. 2011. Relatório. 8 p. Disponível em: <<https://ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/2603/QuantidadeDeNormas201628A nosCF.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2018.

---

<sup>117</sup>Vide previsão do art. 7 da Lei 13.260, que prevê aumento de pena em um terço ou metade, para o crime de perigo em caso de lesão corporal ou morte. Neste sentido, BARBOSA, Renata da Silva Athayde. Terrorismo e a Lei nº 13.260/16, op. cit. p. 220.

BARAHONA GALLARDO, Claudio. El Fin de la Dictadura en Roma: La Lex Antonia de Dictatura Tollenda. *Revista Chilena de Historia del Derecho*. Chile, Universidad de Chile, n° 23. 2011, pp. 99-118. Disponível em: <<https://revistas.uchile.cl/index.php/RCHD/article/view/30633>>.

BARBOSA, Renata da Silva Athayde. Terrorismo e a Lei nº 13.260/16 no Brasil – considerações críticas. In: VIDAL, Adriana Oliveira; RIBEIRO, Raisal Duarte da Silva; COSTA, Rodrigo de Souza (Org.). *Temas Contemporâneos de Direitos Humanos*. São Paulo: Liber Ars, 2017. Cap. III, p. 207-221.

BERCHOLC Jorge O., Editor-Director. *El Estado y la emergencia permanente*. Buenos Aires: Editorial Lajouane, marzo de 2008.

BRAGON, Ranier. Só 5% da câmara tem projeto aprovado. *Folha de S. Paulo*, Brasília, 04 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/10/1527087-so-5-da-camara-tem-projeto-aprovado.shtml>>. Acesso em: 13 out. 2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Emendas Constitucionais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/quadro\\_emc.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm)>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. Lei 13.260, de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm)>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. Atos Institucionais. Normas elaboradas no período de 1964 a 1969, durante o regime militar. Foram editadas pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica ou pelo Presidente da República, com o respaldo do Conselho de Segurança Nacional. Esses atos não estão mais em vigor. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/atos-institucionais>>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. Lei 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm)>. Acesso em: 14 out. 2018.

CARDOSO, Plauto C. L. *Crying Wolf: flertando com o desmanche do Estado Democrático de Direito*. Prólogo de Plauto Cardoso. In: CUBIDES, J; REINA, J. J. *Desafíos para la seguridad y defensa nacional de Colombia: Teoría y Praxis*. Bogotá: Escuela Superior de Guerra, 2017. Cap. 5, p. 179-200. Disponível em:

<<https://esdeguelibros.edu.co/index.php/editorial/catalog/book/19>>.

DUARTE, Alessandra; OTAVIO, Chico. Brasil faz 18 leis por dia, e maioria vai para o lixo. *O Globo*, Rio de Janeiro, 18 de jun. 2011. Disponível em:

<<https://oglobo.globo.com/politica/brasil-faz-18-leis-por-dia-a-maioria-vai-para-lixo-2873389>>. Acesso em: 10 out. 2018.

MOREIRA, Rogério de Meneses Fialho, Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina - UBA: 30 de maio de 2017, VI Jornada Internacional Direito e Justiça (de 29 de maio a 1º de junho de 2017).

MINORITY report: A nova lei. Direção: Steven Spielberg. EUA: 20th Century Fox, 2002. 1 DVD (2h 25 min), NTSC, color. Título original: Minority Report.

## EM BUSCA DA FUNDAMENTAÇÃO PERDIDA: ANÁLISE CRÍTICO-DOGMÁTICA AO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

### IN SEARCH OF LOST JUDICIAL DECISION FUNDAMENTATION: CRITICAL- DOGMATIC ANALYSIS OF BRAZILIAN CIVIL PROCEEDINGS

Danilo Nascimento Cruz <sup>118</sup>

**Resumo:** O presente ensaio tem por objetivo discutir a temática da fundamentação da decisão judicial de maneira crítica, fulcrado em asserções de natureza filosófica, literária, dogmática e de teoria do direito. Abordaremos uma análise tanto conceitual como dogmática tendo por subsídio legal o CPC 15.

**Palavras-chave:** Fundamentação Judicial; Crítica; Teoria do Direito; Filosofia; Dogmática

**Abstract:** The present essay aims to discuss the thematic of the basis of the judicial decision in a critical way, based in assertions of philosophical nature, literary, dogmatic and law theory. It will approach a conceptual as well as a dogmatic analysis having by legal subsidy the CPC 15.

**Keywords:** Judicial Rationale; Criticism; Theory of Law; Philosophy; Dogmatic

---

<sup>118</sup>Membro Efetivo da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro. Especialista em Direito Processual Civil (UNINTER/PR) e em Direito do Estado pela Universidade Católica de Brasília (UCB/DF)

“... a recordação de uma certa imagem não é mais que a saudade de um determinado instante...”

**Marcel Proust.**<sup>119</sup>

Esse texto<sup>120</sup>, antes de tudo, é catártico. Nele exporei minha compreensão sobre a falta de uma “constitucionalmente-adequada” fundamentação da decisão judicial que soçobra no direito brasileiro. A falta pela falta, a falta pela não vontade política, a falta pela não vontade jurídica.

Aqui também será o lugar de revolver conceitos outrora defendidos mas com mudança de rumos... Não haverá negação do já dito, afinal, as solas gastas em errantes caminhadas perdem-se no tempo mas robustecem o espírito.

A superação de ideias primevas transpassa ao patamar do novo e, noutro contexto, mostra-se como etapa decisiva para sedimentação daquelas silenciosas metamorfoses que nos acompanham ao que é mais condizente e coerente.

Pois bem...

Por que em busca da fundamentação perdida?

Me permitam uma digressão literária.

Marcel Proust foi um célebre escritor francês nascido a 10 de julho de 1871 e que ficou mundialmente conhecido pela sua obra “*À la recherche du temps perdu*” (Em Busca do Tempo Perdido)<sup>121</sup>, que foi publicada em sete partes entre 1913 e 1927.

Os principais temas do romance são o Tempo e a Memória. FERNANDO PY nos auxilia explicitando que com “o passar do tempo, o esquecimento e a indiferença sobem das profundezas do indivíduo para destruir tudo aquilo que o ser humano julgara eterno e inamovível, onde nem mesmo aquele núcleo invariável do espírito, que a filosofia clássica acreditava formar a nossa personalidade, resiste à ação do

---

<sup>119</sup> PROUST, Marcel. *Em busca do tempo perdido – No caminho de Swann*. Vol. I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. p. 350.

<sup>120</sup> Agradeço aos amigos, Prof. Dr. Júlio César Rossi e Prof. Diego Crevelin de Sousa pela atenta leitura e valiosas sugestões.

<sup>121</sup> PROUST, Marcel. *Em busca do tempo perdido*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. 2.472 p.

tempo... uma vez submerso no tempo, o homem se desagrega por dentro e nada mais subsiste..."<sup>122</sup>

Nada obstante, "o tempo prossegue em sua tarefa destruidora; e como recuperá-lo? É nesse ponto que intervém a Memória, outro tema básico da obra de Proust. Não a memória comum, produto da nossa inteligência, e que a um mínimo esforço nos restitui fatos já passados. Pois esta memória, que depende da nossa vontade, é como um simples arquivo: fornece apenas fatos, datas, números e nomes. Mas as sensações que experimentamos outrora e que não habitam a nossa consciência. Tais sensações jazem mais fundo e só são despertadas pelo que Proust denominou memória involuntária: é a que não depende do nosso esforço consciente de recordar, que está adormecida em nós e que um fato qualquer pode fazer subir à consciência."<sup>123</sup>

"A importância do processo da memória involuntária para a recuperação do Tempo Perdido, Tempo que não existe mais em nós, mas continua a viver oculto num sabor, numa flor, numa árvore, num calçamento irregular ou nas torres de uma igreja, etc. A repetição de tais episódios, longe de indicar monotonia ou pobreza criadora, é fundamental para estabelecer e cimentar relações existentes entre sensações e lembranças. Acima de tudo, tais momentos de reencontro do Tempo dão ao artista o sentimento de haver conquistado a eternidade."<sup>124</sup>

Essa breve digressão imbrica necessariamente na temática nuclear de nosso texto, qual seja, a necessidade mais que basilar da fundamentação da decisão judicial.

A imperiosidade de uma fundamentação da decisão judicial nos remete à ontologia constitucional garantística do processo como salvaguarda do jurisdicionado contra o arbítrio estatal e contra o arvorar estatal discricionário.

EDUARDO COSTA ensina que a "estrutura sentencial relatório-fundamentação-dispositivo é *microgarantia* que impede o juiz de proferir decisão imune a controle objetivo-racional. O processo revela-se como garantia individual de liberdade dos jurisdicionados e não como um instrumento a serviço da jurisdição, interpondo-se

---

<sup>122</sup> PY, Fernando. *Prefácio* in PROUST, Marcel. *Em busca do tempo perdido*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. p. 12 *passim* 13.

<sup>123</sup> PY, Fernando. *Prefácio* in PROUST, Marcel. *Em busca do tempo perdido*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. p. 12 *passim* 13.

<sup>124</sup> PY, Fernando. *Prefácio* in PROUST, Marcel. *Em busca do tempo perdido*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. p. 12 *passim* 13.

entre o juiz e as partes para impedir o exercício abusivo da função jurisdicional pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes. Não por outra razão é tratado sob a alcunha do «devido processo legal». Assim, o processo como garantia, consubstancia-se em uma teoria dogmático-constitucional como instituição própria do direito constitucional.”<sup>125</sup>

Esse entremeio abre uma senda para a possibilidade de interligação à concepção dworkiana de direito como integridade<sup>126</sup>, orientadora do Judiciário, suficiente e adequada para solução da lide assegurando a formulação de uma resposta que esteja em coerência com o conjunto de princípios constitucionais e com a cadeia de decisões proferidas pelos tribunais, que eventualmente desatendidas podem culminar na nulidade do próprio ato e na reforma da decisão judicial.<sup>127</sup>

Logo é da essência racional do ato fundamentado uma *accountability* de legitimação democrática em razão do dever-poder exercido.

E aqui adotaremos o conceito de democracia trazido por WALDRON, que propugna a ideia de que os governados: i) escolhem seus governantes; ii) determinam as bases sob as quais são governados; iii) escolhem as diretrizes de política pública a serem traçadas por seus governantes e pela lei. Ou seja, uma profícua

---

<sup>125</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Ciência processual, ciência procedimental e ciência jurisdicional*. Revista Empório do Direito, ISSN: 2446-7405, Florianópolis, ano 2017, 22 nov. de 2017. Disponível em: <<http://emporiოდodireito.com.br/leitura/abdpro-8-ciencia-processual-ciencia-procedimental-e-ciencia-jurisdicional-por-eduardo-jose-da-fonseca-costa>> Acesso em: 27 jun. 2018.

<sup>126</sup> E aqui, ao vincular o garantismo processual a uma posição filosófica própria da teoria da decisão como integridade, não falo em nome da corrente científica do garantismo processual pois assumo nesse ponto os riscos pelo consciente desvio. Sobre esse risco, com precisão cirúrgica, o mestre de todos nós, Eduardo Costa: “Assim sendo, só se pode exigir do garantismo processual aquilo que ele pode dar. Justamente porque é uma teoria dogmática do proceder, habita uma instância confinada entre duas divisas: se retrocede ao pré-legislativo, vulgariza-se numa ideologia processual; se avança ao pós-legislativo, arroga-se uma teoria da decisão. Contudo, não dispõe de envergadura epistemológica para isto nem aquilo. Sofre das mesmas penúrias de qualquer modelo dogmático. Não ensina às Nações modelos prescritivos de legislação processual. Tampouco lhes vende um organon metodológico para a interpretação-aplicação dos seus códigos de procedimento. Em ambos os casos, o garantismo descairia num igrejismo. Nada impede que aqui e ali um garantista incorra nessas duas tentações; porém, há de advertir que o faz por sua conta e risco, a partir da personalidade de suas preferências políticas e filosóficas, não em nome de uma corrente científica inteira.” in COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Breves meditações sobre o devido processo legal*. Revista Empório do Direito, ISSN: 2446-7405, Florianópolis, ano 2017, 10 jan. de 2018. Disponível em: <<http://emporiოდodireito.com.br/leitura/abdpro-15-breves-meditacoes-sobre-o-devido-processo-legal>> Acesso em: 25 jul. 2018.

<sup>127</sup> ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters. 2018. p. 291

representação do mais efetivo e legítimo exercício da igualdade, da convivência plural e dos direitos políticos.<sup>128</sup>

Não se fundamenta uma decisão judicial porque se quer ou não se quer fundamentar (*não há subjetivismo mas imposição constitucional*), pela presença ou não de vontade política e/ou institucional (*não é porque está previsto em lei que se fundamenta mas é da razão de existir do ato democrático de poder*).

Portanto, da mesma maneira que Proust trata do tempo e da memória em *À la recherche du temps perdu* a tradição da fundamentação das decisões judiciais brota como nódoa viva do seio constitucional para afanar qualquer esquecimento e indiferença dogmática-institucional-legislativa que possa, ainda que de soslaio, velar tal instituto.

Dando seguimento ao nosso texto vamos nessa próxima etapa nos deter sobre o CPC.

O CPC em seu art. 489 procurou colmatar um conjunto de atuações por parte do magistrado de maneira que sua atividade revele-se concretizadora do comando constitucional de que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário sejam públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. (art. 93, IX, CF/88).

Tal exigência legitima a atuação estatal de maneira que haja o respeito ao ambiente democrático em que se forjou o texto esculpido por nossa Constituição da República. Tratativas enviesantes e embebecidas de justificativas político-morais no âmbito do poder judiciário não podem servir de aporte efetivador às dirigentes promessas estatuídas pelo constituinte originário sob pena de esgotamento e deslegitimação, ou seja, opções político-morais devem sim sempre existir mas dentro do nicho estatal próprio, qual seja, o legislativo no momento da criação legislativa e

---

<sup>128</sup> “For me, democracy includes the idea that rulers are chosen by the people whom they rule, the people determine the basis under which they are governed, and the people choose the goals of public policy, the principles of their association, and the broad content of their laws. The people do all this by acting, voting, and deliberating as equals, through elections and through their relations with representatives. The reference to the discipline of equality acting, voting, and deliberating as equals is crucial. People disagree and they need formal procedures to come to decisions from the baseline of those disagreements. And when I talk of decisions taken among the people, I mean to refer to pretty formal aspects of those decisions formal in the sense of procedures disciplined at all times by the principle of political equality and by an awareness that lapses into informality often connote the lazy privileging of some voices over others.” in WALDRON, Jeremy. *Can There Be a Democratic Jurisprudence?* (October 8, 2008). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 08-35. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1280923> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1280923>



do executivo no momento da tomada de decisão no estrito cumprimento legal ou no preenchimento dos espaços discricionários trazidos pela lei.

Quando o CPC elenca dentro do art. 489 os elementos essenciais à sentença, mais que fornecer um método de trabalho no sentido tecnicista, compreendendo tanto o meio para atingir um determinado fim quanto caracterizando uma atividade racional própria do homem, ele intenciona perfazer a união de um instrumental direcionado a uma ação prática prefigurando um instrumento de determinação democrático, antropológico e institucional fincado numa unidade íntegra, coerente e obediente à tradição. Tão arraigado deve ser esse ideal que, e permito-me citar HART, *“É possível que, numa dada sociedade, os juízes pudessem sempre atingir primeiro as suas decisões de forma intuitiva ou «por palpites» e então se limitassem a escolher de um catálogo de regras jurídicas uma que eles fingiriam que se parecia com o caso a eles submetido; podiam então pretender que esta era a regra que eles encaravam como exigida pela decisão, embora nada mais nas suas acções ou palavras sugerisse que eles a encaravam como uma regra vinculativa para eles. Algumas decisões judiciais podem ser semelhantes a isso, mas é claramente evidente que, na sua maior parte, as decisões, como sucede nos movimentos do jogador de xadrez, são obtidas, ou através de um esforço genuíno de obediência às regras, tomadas conscientemente como padrões orientadores de decisão, ou, se obtidas intuitivamente, são justificadas por regras que o juiz se dispunha anteriormente a observar e cuja relevância para o caso concreto seria reconhecida de forma geral.”*<sup>129</sup>

Então vejamos. O relatório (art. 489, I, CPC), que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo estabelecerá os limites atuantes, objetivos e subjetivos, de análise da lide, estabelecendo o *locus* de atuação do juiz preparando para conteúdo da decisão. Onde a definição do objeto litigioso (*Streitgegenstand*), enlaçará delineantemente a intervenção do Estado-juiz na vida privada das partes entregando a tutela de seus interesses subjetivos, nos limites por eles mesmo estabelecidos.

---

<sup>129</sup> HART. Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3ª ed. Lisboa, Portugal: Calouste Gulbenkian. 2001. p. 154.

Não se exige grande esforço digressivo para explicarmos que os fatos, em juízo, são afirmações estruturadas numa unidade fático-jurídica onde as razões postas pelas partes são compreendidas a partir de uma visão própria e parcial a respeito do caso. É preciso acrescentar que, se o mundo nada mais é do que uma plêiade de representações fenomênicas, “o(s) fato(s)” devem ser considerados e apreciados não como um conjunto de fenômenos que isolados nada representam mas devem ser apreendidos dentro de um “contexto narrativo” coeso e encadeado.

Aqui há permissivo para adentrarmos na seara fenomenológica mas não faremos, todavia fica registrado que a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo personificam uma narrativa processual entremeada desde conceitos filosóficos como a verdade até a realização sgnica do fenômeno por meio da linguagem articulando em alternância momentos semióticos e momentos semânticos em pulsante discurso vivente. Não cabendo aceitar digressões como a intentada por TARUFFO em escrito sobre a complexidade da decisão judicial em que tece comentários abordando diversas dimensões da decisão judicial para ao final concluir que a decisão judicial funda-se essencialmente na correta aplicação de uma norma aos fatos do caso concreto, chegando a uma narrativa fática “verdadeira” desde que fundada em uma avaliação racional das provas disponíveis.<sup>130</sup>

Ora, aceitar o pensamento de TARUFFO<sup>131</sup> é retornar a velha fórmula da verdade como *adaequatio intellectus et rei* que há muito mostrou-se superada pela compreensão da linguagem. Não se concebe mais tal argumento uma vez que apenas a linguagem é capaz de demonstrar que não há cisão sujeito-objeto e que a apreensão linguística intrínseca ao homem é o que lhe permite colocar a linguagem como pano de fundo/condição de possibilidade do próprio conhecimento e da construção da realidade rompendo com o objetivismo “do dado”. Teóricos da linguagem como SEARLE desenvolvem seus estudos nessa perspectiva. A verdade do processo: ainda

---

<sup>130</sup> TARUFFO, Michele. *Sobre a complexidade da decisão judicial - Ensaios sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2017. p. 114 *passim* 115.

<sup>131</sup> “Os fatos que interessam aos fins da decisão são aqueles que foram empiricamente e historicamente verificados nessa realidade externa.(...) Por assim dizer, o processo olha para aquilo que ocorreu na realidade histórica do mundo externo, porque é a essa realidade que a lei cola as consequências previstas pelo ordenamento, sobre as quais o juiz deve pronunciar sua decisão no caso concreto.” in TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios – cap. 2 – verdade e processo*. São Paulo: Marcial Pons. 2017. p. 44.

que construída sob uma base linguística (diferentes narrativas de fatos, de direito, de provas etc.), não pode ignorar a indissociável interação produzida pela consciência entre as coisas/os fatos e o sentido atribuído pela linguagem (e sua intencionalidade) no contexto em que é produzido.<sup>132</sup>

Não há, assim, essa verdade fora da linguagem.

O art. 489, II, prescreve que nos fundamentos da decisão o juiz analisará as questões de fato e de direito. Voltamos ao problema da cisão sujeito-objeto... Como cindir, no momento da decisão, o exame por parte do juiz em questões de fato e de direito se o direito é descrição linguístico-normativa sobre fatos e fatos são representações fenomênicas construídas pela linguagem e a realização de ambos dar-se-á sempre pelo sujeito, juiz, que o compõe/decompõe? Não vemos outra possibilidade senão a da análise indistinta sobre representações fático-jurídicas que ao serem cosidas pelo magistrado este colmatará sua compreensão substracta-apreensiva-interpretativa às prescrições jurídico-normativas contidas nos enunciados legais de natureza material e de garantia processual. Apenas assim, conseguiremos superar a falácia epistêmica de cindida análise em questões de fato e de direito. Em semelhantes termos conferir ROSSI.<sup>133</sup>

Alcançamos assim a parte dispositiva da sentença em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeteu entregando, por fim, a tutela jurisdicional.

O ultrapassamento da ipseidade desse procedimento de julgamento para uma efetiva decisão judicial dar-se-á pela nuances caracterizadoras da decisão, aquilo que a ontologia constitucional garantística concebe como realização democrática do processo.

Dando continuidade a análise do art. 489/CPC nos debruçaremos sobre § 1º, que traz as situações em que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão. Seguem os incisos:

---

<sup>132</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. *Teoria da ontologia social é antídoto à pós-verdade processual*. Consultor Jurídico, ISSN: 1809-2829, São Paulo, ano 2018, 25 jun. de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-25/constituicao-poder-teoria-ontologia-social-antidoto-pos-verdade-processual>> Acesso em: 27 jun. 2018.

<sup>133</sup> ROSSI, Julio Cesar. *Questão de fato e de direito: por que estamos presos a esse paradigma?* Consultor Jurídico, ISSN: 1809-2829, São Paulo, ano 2018, 24 mar. de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-24/diario-classe-questao-fato-direito-estamos-presos-paradigma>> Acesso em: 27 jun. 2018.

*i) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida.* [O processo como garantia de ordem constitucional não comporta que a reprodução ou paráfrase de ato normativo seja entabulado como fundamento de decisão judicial em sentido lato. A prescrição normativa de incidência da norma jurídica trabalha em diversos planos, dentre os quais o da incidência, em que a norma projeta-se sobre acontecimentos sociais juridicizando-os, ou seja, é necessário que haja o amoldamento fático à prescrição jurídico-normativa havendo a necessidade de se engendrar conjecturalmente a relação do prescrito na norma e o acontecido no mundo dos fatos.]

*ii) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso.* [O emprego de conceitos errantes, verdadeiras almas sem corpos, como “boa-fé”, “medidas necessárias”, “cooperação”, impregnam de equivocidade as decisões judiciais fazendo-se necessário que o magistrado quando de sua utilização dê-lhes o contorno semântico apropriado à incidência do caso. Não se reivindica uma representação pictórica aos moldes de WITTGENSTEIN nem uma exigência incompreensiva metafísica da *présence* no sentido estático-platônico da significação ideal-una enredada por DERRIDA... mas uma explicação racional do dito. Afinal, a arte da hermenêutica não consiste em fixar firmemente alguém naquilo que ele disse. Ela é antes a arte de acolher aquilo que ele queria propriamente ter dito.]<sup>134</sup>

*iii) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;* [Uma decisão se dá sobre a análise de versões de fatos, ou seja, para que uma versão chegue ao magistrado, de forma simplificada, temos: a) a realização do fenômeno no mundo; b) temos a compreensão-cognitiva fenomênica vivida por ambas as partes sobre fato; b) temos a replicação da compreensão-cognitiva de ambas as partes ao magistrado; d) e temos a reconstrução pelo magistrado. Entre o que efetivamente se deu e a reconstrução pelo magistrado, temos um fluxo de ditos e não-ditos infinitos que implicarão na elaboração da decisão e sua respectiva fundamentação. É o que prestigiada doutrina chama de uma preocupação relacionada a uma hermenêutica da facticidade, com o fito de evitar discursos metafísicos nas sentenças.<sup>135</sup> Tomando

---

<sup>134</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Romantismo primevo, hermenêutica e desconstrutivismo – Hermenêutica em retrospectiva* 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. p.141.

<sup>135</sup> STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA; Leonardo Carneiro. *Comentários ao código de processo civil – art. 489* (e-book). São Paulo: Saraiva, 2016.

parte de todas essas considerações como conceber motivos de justificação “standards” para qualquer decisão?

*iv) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;*[A lei fala expressamente em dever de apreciar os argumentos das partes, ou seja, tanto os argumentos quanto os fundamentos deverão ser necessariamente apreciados sempre que puderem infirmar a conclusão do julgado. A necessidade de superar a inércia argumentativa em prol de uma participação mais ativa e influenciadora das partes na convicção do magistrado e logicamente amplificadora do efetivo exercício do contraditório é ponto fulcral e que implica numa análise em cadeia de tópicos sensíveis como: a argumentação como ônus e não como dever processual; ônus como categoria da teoria do direito; atenção à asserção argumentativa (TOULMIN); a importância de quem fala, a atenção ao que se fala e os acordos prévios entre orador e auditório (PERELMAN); mérito argumentativo para o fundamento; o ônus argumentativo como dever densificador da fundamentação; argumentação para superação de precedentes; prioridades normativas e controle de incertezas. Aqui não será o lugar para aprofundamentos, até porque autorizada doutrina já o fez com inigualável maestria, por todos conferir ATAÍDE JR.<sup>136</sup> Mas que fique assente que não se concebe mais coisas do tipo: “Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram”, devendo apenas “enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução” (AgRg no AREsp 31.742/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, 2.<sup>a</sup> T., j. 04.10.2011, DJe 17.10.2011).

*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.*[Os referidos incisos compõem o emaranhado de artigos do código que disciplinam o pretense sistema de precedentes judiciais à brasileira. Precedentes que nascem precedentes, e se impõem como de aplicação obrigatória com identificação de fundamentos determinantes e inexistência

---

<sup>136</sup> ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *A inércia argumentativa no processo civil brasileiro*. São Paulo, 2017, 341 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

de distinção ou de superação de entendimento. Tenhamos cautela! Não só o Brasil mas o mundo tem observado o sério problema de descrédito que figura o poder legislativo frente ao agigantamento do judiciário com a conseqüente mitigação dos valores democráticos.

Identifica-se assim na figura da Juristocracia (seja ela delegativa, seja ela ativista) um assoberbamento jamais visto de um segmento de poder do Estado frente aos demais. HIRSCHL alerta que “em numerosos países ao redor do mundo tem havido uma crescente deferência legislativa ao Judiciário, uma crescente intrusão do Judiciário em prerrogativas de legislaturas e executivos, e uma correspondente aceleração do processo por meio do qual agendas políticas têm sido judicializadas”<sup>137</sup>, e vaticina que alfim, os entusiastas pelo empoderamento judicial deverão assumir a responsabilidade de sua posição favorável a uma juristocracia.<sup>138</sup>

A juristocracia promove uma verdadeira modificação da engenharia constitucional por meio de uma intromissão ilimitada pelo Estado na esfera individual, promovendo uma *degeneração democrático-constitucional onde a autonomia e a separação de poderes é golpeada por um ativismo judicial destituído de qualquer respaldo constitucional*.<sup>139</sup>

---

<sup>137</sup> HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p. 163, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 23 Jul. 2018.

<sup>138</sup> “In short, those who are eager to pay the price of judicial empowerment must assume that their position (absolute or relative) would be improved under a juristocracy.” in HIRSCHL, Ran (2004) “The Political Origins of the New Constitutionalism” Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 11: Iss. 1, Article 4. Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol11/iss1/4>

<sup>139</sup> ABOUD, Georges. *Juristocracia delegativa: os riscos da degeneração democrática trazidos pelo ativismo judicial*. In: Eduardo Arruda Alvim; George Salomão Leite; Ingo Wolfgang Sarlet; Nelson Nery Jr. (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional: em homenagem a Lenio Streck*. Rio de Janeiro: GZ, 2017. p. 225.

Na doutrina estrangeira e nacional respectivamente conferir, HIRSCHL,<sup>140</sup> MAUS;<sup>141</sup> PULIDO,<sup>142</sup> NERY JR.<sup>143</sup> e ABOUD<sup>144</sup>

Pois bem, a instituição de uma juristocracia precedentalista à brasileira sem elementos que realizem valores constitucionais; dotada de uma vinculação “tesificada” e instauradora de uma condição interpretativa inautêntica; destituída de historicidade evolutiva, dimensão histórico-consciencial e de força legitimadora interna, não passa do encabrestamento institucional pela jurisdição sobre a vida social e o puro incentivo à imposição de uma pedagogia jurisdicional atrasada e degenerativa.

Os tribunais exigem nada mais que uma obediência aos precedentes pelas instâncias inferiores com os elementos acima mencionados (*o que implica intrinsecamente em coerência, integridade e estabilidade*) sem exigirem de si o mesmo comportamento no momento da confecção de precedentes “tesificados” para o futuro. Temos primeiro de repensar o art. 927/CPC a fim de bem aplicarmos o art. 489/CPC.

Irrepreensível a lição de SCHMITZ que merece transcrição: “*A legitimação da decisão através da fundamentação é agravada no caso dos precedentes, pois fala-se aqui de uma fundamentação baseada em 'outra fundamentação' sendo redobrada a necessidade de exposição concreta do raciocínio jurídico. O 'precedente', assim, só poderá ser aplicado quando for efetivamente demonstrado que se tratam de casos em que o 'legal reasoning' é análogo. É necessário aqui uma reflexão. (...) não seria pernicioso que o código estabeleça que o juiz só pode deixar de se submeter à jurisprudência superior nos casos de distinção e de superação? Em outras palavras, constranger os julgadores à obrigatoriedade (e por que não, vinculatividade) de seguir*

---

<sup>140</sup> HIRSCHL, Ran (2004) “*The Political Origins of the New Constitutionalism*” Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 11: Iss. 1, Article 4. Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol11/iss1/4>; HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p. 163, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 23 Jul. 2018.

<sup>141</sup> MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’*. Revista Novos Estudos nº 58 – CEBRAP, nov. 2000. p. 183-202.

<sup>142</sup> PULIDO, Carlos Libardo Bernal. *Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina*. Tradução por: Graça Maria Borges de Freitas. In: Revista Jurídica da Presidência Brasília, v. 17 n. 111, p. 15-34, fev./maio 2015.

<sup>143</sup> NERY JR. Nelson; ABOUD, Georges. *O CPC/2015 e o risco de uma juristocracia: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento do caso concreto*. Revista Brasileira de Direito Processual (Impresso), v. 93, p. 225-254, 2016

<sup>144</sup> ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters. 2018. p. 1219-1227.

*precedentes não é ir além do que ocorre inclusive nos países de common law? Estruturalmente analisando, é preciso responder que sim. A aposta desmedida em casos repetitivos e soluções plenipotenciárias (...) pode significar um retorno às fases mais primitivas do positivismo jurídico e uma reprimatização da escola da exegese. Afinal, o juiz não é mais boca-da-lei, mas corre o risco de se tornar boca-da-jurisprudência. O texto legal vira texto jurisprudencial, numa substituição que em nada altera o conteúdo dos julgamentos particulares, já que ambos (lei e precedentes) são textos que carecem de interpretação.”<sup>145]</sup>*

O parágrafo 2º do art. 489/CPC preconiza que, no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. Aqui nos deparamos com um dos mais estarrecedores casos de mixagem teórica do direito brasileiro, qual seja, enquanto os incisos “v” e “vi” acima comentados delineiam a exigência da aplicação dos precedentes previstos como de aplicação obrigatória pelo art. 927/CPC de maneira a caracterizar um *status* de coerência, estabilidade e integridade ao direito brasileiro (teoria dworkiana) *pari passu* o § 2º em comento traz uma tosca corruptela da regra de ponderação adotada na teoria de Robert Alexy, onde este preconiza um critério de ponderação “de princípios” em caso de colisão de “direitos fundamentais”.

O despautério teórico adotado pelo legislador, frise-se, se se quer adotar a teoria alexyana<sup>146</sup>, é temerário. Afinal, relativizou-se a diferença entre princípio e regra enquanto norma de maneira a permitir dentro das possibilidades postas a ponderação de regras<sup>147</sup> situação sequer cogitada por Alexy em sua obra de referência<sup>148</sup>, pelo contrário, o caso de conflito de regras, nas palavras do próprio autor, deve ser refutado

---

<sup>145</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil – tópico 6.4.* (e-book). São Paulo: [Revista dos Tribunais/Thomson Reuters](#), 2015.

<sup>146</sup> Reitero que nesse ponto o legislador valeu-se de qualquer outro referencial teórico, menos de Robert Alexy.

<sup>147</sup> Na doutrina nacional, defendendo a ponderação de regras: BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro*. In: Revista da EMERJ. v. 06 n. 23, p. 38, 2003; BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Forense, 04/2018. [Vitalsource]. p. 36. A autora cita em sua bibliografia no mesmo sentido: RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. *La ponderación de bienes e intereses em el derecho administrativo*, 2000, p. 9; e ÁVILA, Humberto. *Teoría dos princípios*, 2003, p. 35.

<sup>148</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução por: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. 627 p.



pela inclusão legislativa de uma cláusula de exceção ou pelas tradicionais regras de antinomia jurídica.<sup>149</sup>

Estamos diante de mais uma gravíssima afronta ao princípio democrático uma vez que em última análise a possível ponderação de regras delega ao magistrado competência normativa criadora a desembocar em verdadeira atividade discricionária judicial. Testemunharemos, embevecida de brutal inconstitucionalidade, a criação da “regra’ da regra”<sup>150</sup>

Por todos, ABBOUD e ROSSI: *“No Estado Constitucional, em que a fundamentação é direito fundamental do cidadão, o juiz não deve ponderar e escolher uma regra em detrimento da outra em sua eventual conflituosidade. O julgador deve elaborar a resposta constitucionalmente adequada ao caso, lançando mão das modalidades interpretativas, mormente, a interpretação conforme a Constituição ou a arguição de nulidade sem redução de texto, expondo o critério constitucional do seu raciocínio. Nesse enfoque, os princípios constitucionais eliminam via fechamento a discricionariedade, e não constituem pontos de abertura do ordenamento para uma multiplicidade de possíveis decisões.”*<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup> “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio. Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida. A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito.” in ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução por: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 92-93.

<sup>150</sup> A expressão “regra’ da regra” é de Lenio Streck.

<sup>151</sup> Sobre os riscos da ponderação à brasileira conferir o extraordinário trabalho: ABBOUD, Georges; ROSSI, Julio Cesar. *Riscos da ponderação à brasileira*. Revista de Processo, v. 269, p. 109-138, 2017.

Aqui, aproveito a deixa para um abandono intelectual. Em razão de tudo já dito é preciso reconhecer que a teoria argumentativista-neoconstitucionalista é incapaz de promover uma sólida base epistemológica a uma coerente e íntegra teoria da decisão judicial, logo, ABANDONO DEFINITIVAMENTE todos os vetores teóricos que fundamentaram meus primeiros escritos<sup>152</sup> que pregavam a ideia de constitucionalização do direito<sup>153</sup>, princípio como norma aberta<sup>154</sup> e reaproximação do direito com a ideia de moral e justiça. Pós-positivismo não é o mesmo que neoconstitucionalismo, enquanto este é um fenômeno jurídico-político aquele revela-se como paradigma que analisa o fenômeno jurídico sem dissociá-lo da realidade e que se originou a partir do giro-linguístico e do giro ontológico-linguístico.<sup>155</sup> Ser pós-positivista é não ter um comportamento anti-positivista mas um comportamento para além do positivismo. Assumo-me um pós-positivista de matriz dworkiana e crente que o estado de coisas que se encontra o direito brasileiro não está maduro suficiente para compreender KELSEN ou mesmo HART.

Chegamos ao § 3º do art. 489 onde a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, ou seja, “o cânone hermenêutico da totalidade faz com que a interpretação da decisão judicial seja feita como um todo em si mesmo coerente, e não a partir de simples frases ou trechos isolados” (REsp 716.841/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª T., j. 02.10.2007, DJ 15.10.2007, p. 256).

---

<sup>152</sup> CRUZ, Danilo Nascimento. *Premissas históricas e teóricas sobre a constitucionalização do direito*. Revista da Escola de Magistratura Regional Federal, v. 13, p. 205-224, 2010; CRUZ, Danilo Nascimento.; CRUZ, K. R. P. *Processo Civil Contemporâneo: aspectos conceituais, constitucionalização e tutela jurisdicional efetiva*. Revista da Escola de Magistratura Regional Federal, v. 14, p. 209-233, 2010.

<sup>153</sup> Para fortes argumentos contra o neoconstitucionalismo: STRECK, Lenio. *Contra o Neoconstitucionalismo*. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; ABOUD, Georges. *Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar?* Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 7, p. 196-214, 2015.

<sup>154</sup> “A diferença entre a hermenêutica e a teoria da argumentação é que enquanto esta última compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto como abertura interpretativa (...) a hermenêutica - aqui sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito – parte da tese que os princípios introduzem o mundo prático no direito, ‘fechando’ a interpretação, ou seja, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço de discricionariedade do intérprete.” in STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito a luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 157.

<sup>155</sup> ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2018. p. 331-350.

Por tudo exposto, restou demonstrado a essencialidade da fundamentação judicial como: *i)* salvaguarda do jurisdicionado contra o arbítrio estatal e contra o arbóreo estatal discricionário; *ii)* *microgarantia* que impede o juiz de proferir decisão imune a controle objetivo-racional; *iii)* *accountability* de legitimação democrática em razão do dever-poder exercido; *iv)* nódoa viva que brota do seio constitucional para afanar qualquer esquecimento e indiferença dogmática-institucional-legislativa que possa, ainda que de soslaio, velar tal instituto.

Bem como, que: *v)* o judiciário não é o lugar adequado para tratativas enviesadas e embebecidas de justificativas político-morais; *vi)* os elementos da sentença perfazem a união de um instrumental direcionado a uma ação prática prefigurando um instrumento de determinação democrático, antropológico e institucional fincado numa unidade íntegra, coerente e obediente à tradição; *vii)* não é possível a cisão sujeito-objeto a firmar a separação de questões de fato e de direito, só havendo a possibilidade de análise indistinta sobre representações fáctico-jurídicas a colmatar uma compreensão substracta-apreensiva-interpretativa às prescrições jurídico-normativas contidas nos enunciados legais de natureza material e de garantia processual; *viii)* o ultrapassamento da ipseidade do procedimento de julgamento para uma efetiva decisão judicial dar-se-á pela nuanças caracterizadoras da decisão, aquilo que a ontologia constitucional garantística concebe como realização democrática do processo; *ix)* é necessário superar a inércia argumentativa em prol de uma participação mais ativa e influenciadora das partes na convicção do magistrado e logicamente amplificadora do efetivo exercício do contraditório; *x)* é imprescindível o combate ao ativismo juristocrático sob pena de um encabrestamento institucional pela jurisdição sobre a vida social e o desmedido incentivo à imposição de uma pedagogia jurisdicional atrasada e degenerativa; *xi)* no Estado Constitucional a fundamentação é direito fundamental do cidadão não devendo o juiz ponderar e escolher uma regra em detrimento da outra em sua eventual conflituosidade mas elaborar a resposta constitucionalmente adequada ao caso.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Juristocracia delegativa: os riscos da degeneração democrática trazidos pelo ativismo judicial*. In: Eduardo Arruda Alvim; George Salomão Leite; Ingo Wolfgang Sarlet; Nelson Nery Jr. (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional: em homenagem a Lenio Streck*. Rio de Janeiro: GZ, 2017.

ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais / Thomson Reuters. 2018.

ABBOUD, Georges; ROSSI, Julio Cesar. *Riscos da ponderação à brasileira*. Revista de Processo, v. 269, p. 109-138, 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução por: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

ATAIDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *A inércia argumentativa no processo civil brasileiro*. São Paulo, 2017, 341 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Forense, 04/2018. [Vitalsource].

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro*. In: Revista da EMERJ. v. 06 n. 23, 2003

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Breves meditações sobre o devido processo legal*. Revista Empório do Direito, ISSN: 2446-7405, Florianópolis, ano 2017, 10 jan. de 2018. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-15-breves-meditacoes-sobre-o-devido-processo-legal>> Acesso em: 25 jul. 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Ciência processual, ciência procedimental e ciência jurisdicional*. Revista Empório do Direito, ISSN: 2446-7405, Florianópolis, ano 2017, 22 nov. de 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-8-ciencia-processual-ciencia-procedimental-e-ciencia-jurisdicional-por-eduardo-jose-da-fonseca-costa>> Acesso em: 27 jun. 2018.

CRUZ, Danilo Nascimento. *Premissas históricas e teóricas sobre a constitucionalização do direito*. Revista da Escola de Magistratura Regional Federal, v. 13, p. 205-224, 2010;

CRUZ, Danilo Nascimento.; CRUZ, K. R. P. *Processo Civil Contemporâneo: aspectos conceituais, constitucionalização e tutela jurisdicional efetiva*. Revista da Escola de Magistratura Regional Federal, v. 14, p. 209-233, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Romantismo primevo, hermenêutica e desconstrutivismo - Hermenêutica em retrospectiva* 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2012.

HART. Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3ª ed. Lisboa, Portugal: Calouste Gulbenkian. 2001.

HIRSCHL, Ran (2004) "*The Political Origins of the New Constitutionalism*" Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 11: Iss. 1, Article 4. Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol11/iss1/4>

HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p. 163, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 23 Jul. 2018.

MARRAFON, Marco Aurélio. *Teoria da ontologia social é antídoto à pós-verdade processual*. Consultor Jurídico, ISSN: 1809-2829, São Paulo, ano 2018, 25 jun. de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-25/constituicao-poder-teoria-ontologia-social-antidoto-pos-verdade-processual>> Acesso em: 27 jun. 2018.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’*. Revista Novos Estudos nº 58 – CEBRAP, nov. 2000. p. 183-202.

NERY JR. Nelson; ABOUD, Georges. *O CPC/2015 e o risco de uma juristocracia: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento do caso concreto*. Revista Brasileira de Direito Processual (Impresso), v. 93, p. 225-254, 2016

PROUST, Marcel. *Em busca do tempo perdido*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. 2.472 p.

PULIDO, Carlos Libardo Bernal. *Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina*. Tradução por: Graça Maria Borges de Freitas. In: Revista Jurídica da Presidência Brasília. v. 17 n. 111, p. 15-34, fev./maio 2015.

PY, Fernando. *Prefácio* in PROUST, Marcel. *Em busca do tempo perdido*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. 2.472 p.

ROSSI, Júlio César. *Questão de fato e de direito: por que estamos presos a esse paradigma?* Consultor Jurídico, ISSN: 1809-2829, São Paulo, ano 2018, 24 mar. de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-24/diario-classe-questao-fato-direito-estamos-presos-paradigma>> Acesso em: 27 jun. 2018.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais / Thomson Reuters. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito a luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA; Leonardo Carneiro. *Comentários ao código de processo civil – art. 489*. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio. *Contra o Neoconstitucionalismo*. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27;

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; ABBOUD, Georges. *Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar?* Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 7, p. 196-214, 2015.

TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios – cap. 2 – verdade e processo*. São Paulo: Marcial Pons. 2017.

TARUFFO, Michele. *Sobre a complexidade da decisão judicial - Ensaios sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2017. p. 114-115.

WALDRON, Jeremy. *Can There Be a Democratic Jurisprudence?* (October 8, 2008). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 08-35. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1280923> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1280923>

## O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL AMBIENTAL

### STATE OF ENVIRONMENTAL UNCONSTITUTIONAL THINGS

Bleine Queiroz Caúla<sup>156</sup>

Francisco Lisboa Rodrigues<sup>157</sup>

**Resumo:** O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) surge no Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento das liminares insertas na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347-MC/DF, em novembro de 2015. O presente estudo instiga o diálogo entre juristas acerca da aplicação no Brasil do Estado de Coisas Inconstitucional Ambiental ante as falhas do Estado ao comando constitucional de defensor e protetor do meio ambiente. A inquietação surge a partir da inefetividade das normas ambientais, principalmente pelo Poder Executivo, mas não exclusivamente. As hipóteses do estudo foram investigadas por meio de pesquisa bibliográfica numa abordagem teórico-empírica. Conclui-se que o Estado de Coisas Inconstitucional constitui, num oceano de decisões, uma gotícula representativa do diálogo transnacional. Por se tratar de uma ferramenta de controle, melhor dizendo, um ativismo estrutural para forçar o Poder Executivo a adimplir com as funções que lhe são constitucionalmente atribuídas, ainda é prematura a doutrina brasileira sobre o tema. É prudente um olhar atento sobre o Estado de Coisas Inconstitucional no controle da efetividade da gestão pública ambiental por força do princípio da prevenção inerente ao Direito Ambiental. A história da gestão ambiental brasileira registra o quão padecem Estado e sociedade do empoderamento dos deveres ambientais.

**Palavras-chave:** Estado de Coisas Inconstitucional Ambiental; Direito Fundamental. Meio Ambiente;

**Abstract:** The Unconstitutional State of Things (ECI) arises in the Federal Supreme Court from the judgement of uncertain injunctions on the claims of non-compliance with a fundamental precept (ADPF) nº 347-MC/DF, in November of 2005. This study

---

<sup>156</sup> Doutora em Direito, linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável (Universitat Rovira i Virgili, Tarragona-Espanha). Mestre em Administração de Empresas e Especialista em Direito Processual Civil pela Unifor. Pedagoga. Advogada agraciada com o V Prêmio Innovare, do Ministério da Justiça, ano 2008 pelo trabalho desenvolvido na assessoria do Projeto Cidadania Ativa, triênio 2005-2008. Membro do Conselho Editorial do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Coordenadora Geral do Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional ([www.dialogoaci.com](http://www.dialogoaci.com)) Professora Assistente do curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Obras publicadas: O Direito Constitucional e a Independência dos Tribunais Brasileiros e Portugueses: aspectos relevantes; Direitos Fundamentais: uma perspectiva de futuro; A Lacuna entre o Direito e a Gestão do Ambiente: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais. E-mail: [bleinequeiroz@yahoo.com.br](mailto:bleinequeiroz@yahoo.com.br).

<sup>157</sup> Procurador do Município de Fortaleza. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UNIFOR. Pós-Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL, Professor de Direito Constitucional da FAC e de Direito Processual Civil da FGF.



instigate the dialogue among legal practitioners about the implementation of the environment unconstitutional state of things before the government failures to the constitutional rules of defender and protector of the environment. The concern began with the ineffectivity of the environment rules, mainly, by the executive power, but not exclusively. The hypotheses of the study have been investigated by the bibliographic research in a theoretical-empirical approach. It's concluded that the unconstitutional state of things represents, in a branch of decisions, just one more representative decision among the many others in the transnational dialogue. As it is an a control tool, or to tell in better way, an structural activism created to force the executive power comply with the functions that is in charge by law. It is still premature the Brazilian legal doctrine about this subjective. It's wise to take a close look about The Unconstitutional state of things and it's effectivity control in the environment public administration in accordance with the principle of inherent prevention of the environmental law. The history of Brazilian environmental management records how much lack, the state and society, have of the empowerment of environment duties.dogmatic and law theory. It will approach a conceptual as well as a dogmatic analysis having by legal subsidy the CPC 15.

**Keywords:** State of Environmental Unconstitutional Things. Fundamental Right. Environment

## 1. Introdução

O tema Estado de Coisas Inconstitucional é ainda prematuro na doutrina brasileira, mas já provoca turbulência, com variadas reações. Ocorreu em 9 de setembro de 2015 o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347-MC/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). A Decisão em sede de medida cautelar, de relatoria do ministro Marco Aurélio, intensificou o debate sobre o ativismo judicial no Brasil, especialmente no Supremo Tribunal Federal, colocando em dúvida a legitimidade democrática do *judicial review*.

A datar da famosa decisão em *Marbury x Madison*, proferida pelo *Justice* John Marshall, em 1803, à época presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, o *judicial activism* é alvo de ataques de toda ordem, especialmente pelos que enaltecem o modelo de democracia representativa com alicerces dogmáticos na separação de poderes, supremacia do Parlamento e na representação política. Ademais, a arbitrariedade decisória (subjetivismo desregrado) completa o rol dos argumentos contrários ao Estado de Coisas Inconstitucional como modelo de decisão ativista levada a termo pela Corte Constitucional Colombiana.

De um lado, os críticos do ativismo judicial, capitaneados por Lenio Streck, provavelmente o mais destacado dentre eles; doutro, vozes como a de Carlos Alexandre de Azevedo Campos e Dirley da Cunha Júnior, por todos, a defender o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), a partir do modelo construído pela Corte Constitucional Colombiana.

O objetivo central do artigo-texto é demonstrar o reiterado Estado de Coisas Inconstitucional Ambiental a partir de uma luneta apontada para os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário por descumprimento do comando constitucional ante a ausência das políticas dirigidas ao meio ambiente. Não há a pretensão de esgotar o tema, pródigo em desdobramentos, manteremos o norte na proposta de considerar viável o manejo prático do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) pela Corte Constitucional brasileira.

O sistema constitucional irradia efeitos que vinculam os três poderes e exige, para sua concretização, um diálogo interinstitucional capaz de defesa efetiva dos direitos fundamentais e de afastamento das falhas estruturais, acaso existentes, no atuar isolado de qualquer deles. Assim, parte-se da ideia de Marcelo Neves para falar de pontos de transição entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a partir do núcleo comum entre todos e a Constituição Federal. O emprego da racionalidade transversal possui ainda o mérito de conduzir à observação do espaço público de decisão que, virtuosamente, une os poderes e autoridades competentes.

Como metodologia, a razão transversal, divulgada no Brasil por Marcelo Neves e fruto do esforço teórico de Wolfgang Welsch, será o fio de Ariadne. Marcelo Neves (2009, p. 42) reconstrói o pensamento de Welsch de que “todo âmbito de comunicações, ao expor-se em conexão com um outro, pode desenvolver seus próprios mecanismos estáveis de aprendizado e influência mútuos. Então, cabe falar de racionalidades transversais parciais [...]”. As hipóteses do estudo foram investigadas a partir de pesquisa bibliográfica, recorrendo-se a um caso prático, o que colima na abordagem teórico-empírica. Utilizou-se uma abordagem quantitativa e qualitativa, voltada a aprofundar e compreender o debate sobre o assunto, mediante observações intensivas dos fenômenos sociais. A pesquisa é descritiva e exploratória, visto que conceitua, explica, descreve, interpreta, inova, discute e esclarece os fatos.

A estrutura do texto encontra-se dividida em quatro sessões. Inicia-se com notas introdutórias, seguidas de um capítulo – o transplante do Estado de Coisas Inconstitucional originário da Corte Constitucional Colombiana; no segundo, é abordado o Estado de Coisas Inconstitucional Ambiental. Encerra-se o estudo com notas conclusivas.

## **2. O Transplante do Estado de Coisas Inconstitucional originário da Corte Constitucional Colombiana**

Urge ressaltar que o Estado de Coisas Inconstitucional exige, para seu desfecho jurisdicional, um modelo de sentença constitucional de clara matriz protagonista e, como tal, incorre no risco de assumir alguma vertente ativista incompatível com a solução adequada no Estado de Coisas Inconstitucional. Entrementes, tendo em conta as infundadas críticas ao ativismo judicial, não o entendemos como aprioristicamente nocivo ou atentatório aos valores democráticos ou violador do princípio da separação de poderes. Merece destacar a natureza multidimensional do ativismo judicial em função dos variados contextos em que se desenvolve.

O antecedente remoto do Estado de Coisas Inconstitucional, sem dúvida, é o *judicial review of legislation*. Quando Marshall, então *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, na célebre decisão em *Marbury x Madison*, em 1803, consolidou a possibilidade de qualquer órgão do Poder Judiciário afastar a aplicação de norma jurídica, no caso concreto, por considerá-la inconstitucional (comprometimento da dimensão de validade), ficou elaborado, de uma vez por todas, o conhecido modelo de controle de constitucionalidade das leis difuso, concreto e incidental.

Não é unívoco o entendimento acerca da origem do *judicial review*. Estudiosos apontam antecedentes desde a Grécia antiga. Autores como Eduardo García de Enterría (2006, p. 57 e ss.) e Lenio Luis Streck (2004, p. 306), apontam o *Bonham's Case*, julgado por Sir. Edward Coke, no início do século XVII, como o primeiro a

estabelecer as teses que seriam sistematizadas em *Marbury v. Madison*<sup>158</sup>. Dada a amplitude da expressão *judicial review of legislation*, utilizamos da Navalha de Ockham para fixar a origem do Estado de Coisas Inconstitucional na conjugação dos *Political Question Doctrine*, *Structural Remedies* e neoconstitucionalismo ideológico. E apontamos a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, de 1954, em *Brown vs. Board of Education*,<sup>159</sup> como a primeira decisão que reestruturou o modelo de sentença constitucional até então possível, ao interferir na estrutura do Estado Moderno.

No presente texto interessa apontar a origem mais próxima do Estado de Coisas Inconstitucional nas *sentencias* da Corte Constitucional Colombiana. O ECI possui a peculiaridade de proporcionar um espaço público de diálogo entre os atores, pessoas jurídicas e autoridades, direta ou indiretamente envolvidos com a proteção inexistente ou deficiente de direitos fundamentais que conduz a uma breve referência ao papel do Estado.

O Estado moderno nasce com a missão de proteção de direitos fundamentais, por meio de condutas negativas não violadoras de tais direitos, bem como de promoção e realização do bem comum, além de realizar as promessas de bem-estar<sup>160</sup>. Em acréscimo, as Revoluções dos Séculos XVII e XVIII assumiram a promessa de limitação do poder político por meio do mecanismo da separação de poderes e a exigência de asseguramento e proteção dos direitos fundamentais. A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789 é indicador insofismável da teleologia estatal, conforme depreende-se do seu Art. 16 “Toda a sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem em absoluto constituição”.

---

<sup>158</sup>Uma referência no estudo minucioso da evolução do *judicial review of legislation*, com abordagem comparatista, é o trabalho de Francisco Fernández Segado (**La evolución de la justicia constitucional**. Madrid: Dikinson, 2013).

<sup>159</sup>Reconheceu-se, na decisão, que as violações aos valores constitucionais provinham, inclusive, das burocracias reinantes em tempo-espaço estatal e que se apresentam como obstáculos à consumação de tais valores.

<sup>160</sup>No que pese a existência de várias teorias sobre o aparecimento do Estado (muitos citam Nicolau Maquiavel como o primeiro a empregar a palavra Estado), entendemos que seu surgimento, com autonomia financeira, política, afastado da pessoalidade do governante e como entidade abstrata, deu-se a partir da primeira metade do Século XVII. (CREVEL, Martin van. **Ascensão e declínio do estado**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 177 e ss.).

A insuficiência fática dos aparatos instrumentais da ideologia do Estado Liberal como escudo dos direitos fundamentais ocasionou a eclosão do Estado Social (*welfare state*) como consequência da industrialização e dos problemas sociais. As políticas assistencialistas abarcando as áreas de renda, habitação e previdência social, aliadas à prestação de serviços públicos, patrocinaram uma contundente intervenção do Estado na área econômica, de modo a regulamentar praticamente todas as atividades produtivas e assegurar a geração de riquezas materiais objetivando a diminuição das desigualdades sociais.

Na década de 70 do Século passado, este modelo de Estado entrou em colapso em virtude da dificuldade de harmonizar crise fiscal e a prestação de serviços públicos, notadamente os de natureza assistencial. A crise financeira e de legitimidade do *Welfare State* foi decisiva para a alteração das relações entre Estado e sociedade. Os efeitos mais nítidos desse desequilíbrio e que são relevantes à abordagem aqui desenvolvida, foram medo, insegurança, risco securitário, pobreza, fome, desamparo, escassez, para citar alguns, como decorrências da hipertrofia do Estado Providência. Pierre Rosanvallon (1997, p. 8), em abordagem inovadora, defende que a crise do Estado Providência não se restringiu a aspectos econômicos, mas também à verdadeira crise social e política, sendo o maior desafio para sua superação a busca de “novo contrato social entre indivíduos, grupos e classes”<sup>161</sup>.

Dessa forma, as democracias contemporâneas passaram a enfrentar inúmeras questões de natureza político-social, ocasionando milhares de demandas, que não são discutidas no âmbito das arenas majoritárias, cabendo ao Poder Judiciário a responsabilidade de ofertar a prestação jurisdicional adequada aos casos que se lhes são endereçados, sob pena de negativa de jurisdição. Assim, os representantes dos poderes Executivo e Legislativo adotam uma postura passiva de autocontenção ante a polêmicas de alto custo político. A transferência indevida (troca de sujeito) do debate de demandas controvertidas do âmbito das arenas representativas para o Poder Judiciário convencionou-se denominar Judicialização da Política.

---

<sup>161</sup>A intensificação dos conflitos sociais, como resultado lógico da falência do *Welfare State*, é observável, até mesmo, no âmbito penal com a propagação da ideologia da “tolerância zero” contra os indivíduos que não se enquadram na categoria de *consumidor*, nem conseguem acompanhar os avanços científico e tecnológicos. (Ver MORAIS, Jose Luis Bolzan de; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A crise do welfare state e a hipertrofia do estado penal. **Sequência**. Florianópolis, n. 66, jul. 2013, p. 161-186.

A relevância do panorama rapidamente relatado verifica-se na ampliação dos poderes judiciais, não constituindo exagero afirmar que se transformou em arena pública de deliberação ao lado do Legislativo e do Executivo e sede de produção normativa<sup>162</sup>. Ideologias à parte, o protagonismo judicial no processo de deliberação política é realidade no mundo globalizado e complexo. As exigências acompanharam a onda de avanço científico e tecnológico, além da consagração de novos direitos e modelos de conduta<sup>163</sup>.

A Corte Constitucional Colombiana construiu e delimitou o que se deve entender por Estado de Coisas Inconstitucional, em sede da Sentencia T-025, de 2004<sup>164</sup>, “es una decisión judicial, por medio de la cual la Corte Constitucional declara que hay una violación masiva generalizada y sistemática de los derechos fundamentales es de tal magnitud, que configura una realidad contraria a los principios fundantes de la Constitución Nacional y estas situaciones pueden provenir de una autoridad pública específica que vulnera de manera constante los derechos fundamentales, o de un problema estructural que no solo compromete una autoridad sino que incluye también la organización y el funcionamiento del Estado, y que por tanto se puede calificar como una política pública, de donde nace la violación generalizada de los derechos fundamentales”.

O ECI é uma figura emoldurada na jurisprudência progressista da Corte Constitucional, produzida conforme leciona Peña (2011, p. 6) “en un contexto de grave desigualdad económico-social, y violaciones sistemáticas y permanentes a los derechos humanos, y al derecho internacional humanitario, en medio de un largo y degradado conflicto armado interno”.

---

<sup>162</sup>No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Injunção nº 712-PA, relator ministro Eros Grau, tomado como paradigma, fez constar da Ementa: “4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia”. Inconteste a função normativa exercida pelo Tribunal neste caso.

<sup>163</sup>Ver TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995.

<sup>164</sup>COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-025-2004**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co>>. Acesso em 28 nov. 2017.

A ferramenta é utilizada desde a década de noventa do século passado (Sentencia US.559-1997)<sup>165</sup>, o que implica reconhecer a paternidade dela à Corte colombiana. Em uma passagem da decisão encontram-se os fatos que caracterizam o Estado de Coisas Inconstitucional:

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

O Estado de Coisas Inconstitucional não brota de visão unilateral ou de caprichos metodológicos de julgadores ativistas. Na visão de Clara Inés Vargas Hernández (2003, p. 205-206), a Corte Constitucional não deve permanecer em sua “Torre de Marfim”, distante da realidade social. O juiz constitucional possui compromisso ético de não permanecer inerte e indiferente diante de situações estruturais que se comunicam e violam de maneira grave, permanente e contínua numerosos direitos fundamentais. Entrementes, a crise que se instaura em virtude dos bloqueios estruturais e que impede a efetivação de direitos fundamentais próprios das conquistas históricas do Estado Democrático de Direito não autoriza o alheamento do Judiciário sob o argumento de intervenções indevidas.

O Tribunal Constitucional Colombiano fez uso de sentenças estruturais para o afastamento de violações reiteradas e massivas a direitos fundamentais de presidiários e professores. No que pesem os cuidados e deferências aos demais poderes pela Corte Constitucional da Colômbia, o emprego da configuração do ECI no Brasil, pelo STF, tem gerado inúmeras críticas. Autores como Raffaele de Giorgi,

---

<sup>165</sup>A pendência envolvia quarenta e cinco professores dos municípios de María La Baja e Zambrano cujos direitos previdenciários negados pelas autoridades municipais.

José Eduardo Faria e Celso Campilongo (2015) entendem que o ECI pode dificultar e ameaçar a efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais. Na visão de Lenio Luiz Streck (2015), essa coisa “*é fluída, genérica e líquida. Por ela, tudo pode virar inconstitucionalidade. Das doações em campanha ao sistema prisional (ADPF 347). Mas pergunto: o salário mínimo não faz parte desse Estado de Coisas Inconstitucional?*”.

Os fundamentos das críticas são conhecidos e se aproximam, sensivelmente, da contrariedade ao ativismo judicial. Conforme leciona Rodrigues (2016, p. 443-444)

Subjetivismo e arbítrio judicial (decido de acordo com minha consciência), ilegitimidade democrática (os juízes não são eleitos pelo voto popular) e irresponsabilidade institucional de juízes e cortes (não há controle institucionalizado das decisões do STF), violação à separação de poderes (os poderes são independentes. Embora harmônicos) e o eclipse da fronteira entre Direito e Política (judicialização da política e politização do direito). Reconhecidas a relevância e as esmeradas considerações levantadas pelos Professores nas críticas acima referidas sinteticamente, opõe-se que não há compatibilidade entre os fatos descritos como ECI pelos autores e o ECI que desenvolve a Corte Constitucional de Colômbia.

Em posição de harmonização, o Ministro Marco Aurélio, relator do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347-DF, na liminar concedida em setembro de 2015, em lúcida passagem, afasta as críticas delineadas:

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções. Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República (STF, 2016, p. 18).

O STF ao conceder medida liminar em sede de Estado de Coisas Inconstitucional jurisdicizou o problema social. O Poder Judiciário não pode exceder os limites da razoabilidade à margem da autonomia do Executivo. A liminar concedida na ADPF 347/DF ordena o Executivo, mas não determina de que forma, não especifica



o *quantum*. Desta forma, a decisão do STF não extrapolou, pois está consubstanciada na visão moderna de ativismo pluridimensional<sup>166</sup>.

A comunicação de sistemas constitucionais ocorre ao longo dos anos. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal ratifica a tendência de dialogar com outras Cortes Constitucionais no intuito de apresentar decisões que respondam, satisfatoriamente, às complexas demandas que são apresentadas para julgamento. O Estado de Coisas Inconstitucional constitui, num oceano de decisões, uma gotícula representativa do diálogo transnacional. Diante das falhas estruturais, ele se apresenta como fundamento de sentenças estruturais aptas a promover diálogo entre os Poderes da República, com o fito de afastar violações a direitos fundamentais e promover sua efetivação.

### **3. Estado de Coisas Inconstitucional Ambiental**

O estudo suscita a interpretação do Estado de Coisas Inconstitucional Ambiental ante as falhas do Estado brasileiro no comando constitucional de defensor e protetor do meio ambiente – prevenir e controlar as violações generalizadas e estruturais do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado. Na doutrina de Peña (2016, p. 7), “para proteger directamente a todo un conjunto de personas, e indirectamente a toda la sociedad, que se considera potencialmente en peligro mientras subsista esta realidad contraria a la Constitución”.

A investigação do tema surge a partir da (in)efetividade das normas constitucionais ambientais. Instrumentos preventivos de gestão ambiental pública – como licenciamento ambiental, Agenda 21 Local, Sistema Integrado de Gestão Ambiental – quando negligenciados pela Administração Pública, configura violação do comando constitucional (art. 225). Problemas relacionados ao saneamento básico, recursos hídricos, resíduos sólidos, poluição, matriz energética, mobilidade urbana motivam a rediscussão da harmonização e independência dos Poderes da República, de modo a blindar a segurança jurídica da Constituição, em especial a efetividade dos

---

<sup>166</sup> Ver CAÚLA, Bleine Queiroz. A aplicabilidade das normas constitucionais ambientais à luz dos ordenamentos brasileiro e português. Tese doutorado apresentada na Universitat Rovira i Virgili, España, inédita, 2017.

direitos fundamentais. A inobservância ao grave quadro constituído pela violação dos direitos fundamentais – calamidade pública, sobrevida, insalubridade, vulnerabilidade do mínimo existencial digno – instiga o Poder Judiciário a atuar como corretor dessas violações.

A Corte Suprema, guardiã da integridade e supremacia da Constituição, ordena salvar determinada situação por meio de ações imediatas, e não progressivas; estrutural, e não conjuntural; e de longo prazo. Sua aplicação deve ocorrer quando as ações só podem ser resolvidas no âmbito de uma política de Estado e envolver toda a institucionalidade para resolver a anormalidade. Na visão de Caúla (2017)

Em sede das críticas ao ativismo judicial, frise-se que o princípio constitucional da separação dos poderes não pode obstar a aplicação da técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Poder Judiciário como medida de proporcionalidade e razoabilidade dos limites de cada Poder. Referido princípio não é um escudo para proteger a administração pública das decisões judiciais que coibam a generalizada violação dos direitos fundamentais. Deve ser ponderado o cabimento do controle jurisdicional das políticas públicas ambientais preventivas dos danos irreversíveis resultantes da inobservância do Poder Executivo à obrigação de realização do direito fundamental ao ambiente e os direitos humanos que com ele estejam imbrincados.

A gestão ambiental pública não se sustenta apenas nas leis. O licenciamento ambiental não conseguiu ainda reduzir problemas ambientais como o das escolhas ineficientes relacionadas às obras públicas em desacordo com os parâmetros e limites ambientais. Nessa senda, o debate sobre o Estado de Coisas Inconstitucional Ambiental nasce a partir da inobservância do Poder Executivo (federal, estadual e municipal) aos graves riscos ambientais e suas irreversíveis consequências danosas à natureza e à sociedade – real afrontamento à sadia qualidade de vida e o meio ambiente equilibrado para a presente e às futuras gerações. Princípios da Prevenção e da Responsabilidade são preteridos pelos interesses econômicos.

A aplicação do ECI Ambiental é uma excepcionalidade para corrigir uma obrigação de não fazer ou impor a obrigação de fazer (funções precípua e fiscalizatória). O Poder Judiciário atuará como o protagonista da medida coercitiva que restabeleça a segurança jurídica e a efetividade da norma constitucional. A Constituição, ao preceituar a harmonização entre os Poderes, conduz ao diálogo de correção. Quando um dos poderes não atingir a máxima responsabilidade a ele

inerente caberá uma correção-comando-tarefa que o obrigue a cumpri-la na sua integralidade. A independência dos Poderes não significa blindagem de eximi-lo de um comando de correção – obrigação de executar suas responsabilidades constitucionais.

Dois casos reais dos estados da Bahia e de Minas Gerais abrem precedentes pela falta de gestão ambiental pública. A contaminação por chumbo em Santo Amaro (Bahia, 1960) e o rompimento da barragem do Fundão e vazamento de 35 bilhões de litros de rejeitos de minério (Minas Gerais, 2015) são exemplos de que o Poder Executivo não garante o cumprimento das políticas ambientais impostas pela Constituição Federal, leis federais, estaduais e municipais, no âmbito de suas competências legislativas.

A aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional Ambiental pode ser o remédio preventivo para a má gestão administrativa pública ambiental. Medidas cautelares poderão inibir a continuidade da negligência do poder público. O Poder Judiciário pode utilizar-se da ferramenta do Estado de Coisas Inconstitucional para reforçar o comprometimento e esforços dos governos locais (estados e municípios) na prossecução de suas funções. No caso Mariana *versus* Samarco, que sejam investidos valores do Fundo Nacional e Estadual de Meio Ambiente para o restabelecimento do ambiente e da qualidade de vida da população local. Os danos não podem esperar a tramitação dos processos ajuizados. Os entes federativos e órgãos ambientais respondem proporcionalmente.

#### **4. Conclusão**

A interpretação de um “Estado de Coisas Inconstitucional” revela a necessidade do afastamento e superação dos litígios estruturais advindos de falhas administrativas e/ou legislativas que violam direitos fundamentais. A construção jurisprudencial não foi repentina ou de ocasião. Desde a década de 1990, a Corte Constitucional Colombiana trabalha com a elaboração da sentença constitucional que ficou conhecida como Estado de Coisas Inconstitucional.

No Brasil, o tema veio ao debate no julgamento das liminares requeridas na ADPF nº 347-MC/DF. Em sede de decisão de medida cautelar foi firmado o

entendimento de que o sistema carcerário brasileiro possui falhas estruturais graves e que tal estado de coisas ocasiona reiteradas e massivas violações de direitos fundamentais. A defesa de uma interpretação ao direito fundamental do ambiente tem fundamento no descaso do Estado ao mandamento constitucional insculpido no artigo 225 e à legislação infraconstitucional (federal e estadual) de proteção ambiental. Dois gravíssimos crimes ambientais (Santo Amaro da Purificação e Mariana) podem configurar uma anormalidade que deve ser corrigida pelo Poder Judiciário – sentença judicial – para restabelecer a garantia do direito fundamental ao meio ambiente.

A expansão da atuação do Poder Judiciário não caracteriza desarmonia ou desnivelamento democrático em relação aos demais Poderes, abre nova frente de solução para problemas estruturais que acometem as sociedades do Século XXI. Concluir dessa forma não significa abonar decisões abusivas ou flagrantemente desrespeitosas à separação de poderes, porque não há substituição entre poderes estatais constituídos.

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal decidiu alguns pedidos liminares constantes na ADPF nº 347-MC/DF sem que houvesse ingerência nas atividades dos outros poderes ou submissão arbitrária destes às decisões desta Corte Suprema. A harmonia e a independência dos três Poderes (Executivo, Legislativo, Judiciário) não podem sobrepor-se aos deveres do Estado no tocante à efetividade dos direitos fundamentais.

O Estado de Coisas Inconstitucional constitui uma gotícula representativa do diálogo transnacional. Instrumento de controle que vem causando turbulência na doutrina do direito constitucional brasileiro. No entanto, é prudente um olhar atento para o controle da efetividade da gestão pública ambiental.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999**. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=321>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 347-MC/DF**. 2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

CAÚLA, Bleine Queiroz. **A aplicabilidade das normas constitucionais ambientais à luz dos ordenamentos brasileiro e português**. 561 fls. Tese doutorado apresentada na Universitat Rovira i Virgili, Espanha, inédita, 2017.

[. A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente](#): os 20 anos de melodia das agendas 21 locais, 2012.

CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; TÔRRES, Lorena Grangeiro de Lucena. Mineração, desenvolvimento econômico e sustentabilidade ambiental: a tragédia de Mariana como parâmetro de incerteza. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (Coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et al (Org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Vol 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 71-98. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.-6.pdf>. Acesso em 4 dez. 2017.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-025-2004**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co>>. Acesso em 28 nov. 2017.

CREVEL, Martin van. **Ascensão e declínio do estado**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Navarra: Civitas, 2006.

GIORGI, Raffaele de, FARIA, José Eduardo, CAMPILONGO, Celso. Estado de coisas inconstitucional. **Estadão**. Edição de 19.09.2015. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **A crise do welfare state e a hipertrofia do estado penal. Sequência**. Florianópolis, n. 66, jul. 2013.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PEÑA, Gabriel Bustamante. **Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas**. Trabajo monográfico para optar al título de Magister en Estudios Políticos. 103fls. Bogotá, 2011. Disponível em: [file:///C:/Users/Bleine/Downloads/Estado%20de%20Cosas%20Inconstitucional%20y%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Bleine/Downloads/Estado%20de%20Cosas%20Inconstitucional%20y%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20(1).pdf). Acesso em: 19 jun. 2018.

RODRIGUES, Francisco Lisboa. Direito comparado e transjusfundamentalidade – o estado de coisas inconstitucional no STF. In: **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. MIRANDA, Jorge. GOMES, Carla Amado (Coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et al. (Org.). Vol. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 429-448. Disponível em: < <http://www.dialogoaci.com/publicacoes/>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Trad. Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UFG; Brasília: UNB, 1997.

SEGADO, Francisco Fernández. **La evolución de la justicia constitucional**. Madrid: Dikinson, 2013.

STRECK, Lenio Luis. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica ao direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil. **Conjur**. 24 de setembro de 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil> >. Acesso em: 19 jun. 2018.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The global expansion of judicial power.** Nova York: New York University Press, 1995.

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. **La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela:** El llamado "Estado de cosas inconstitucional". Estudios Constitucionales, vol. 1, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Santiago, 2003, p. 203-228.

## A REDEMOCRATIZAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR E A (IN)EFETIVIDADE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL

### THE REDEMOCRATIZATION OF THE MILITARY POLICE AND THE EFFECTIVENESS OF TRANSITIONAL JUSTICE IN BRAZIL

Felipe Santos Ferreira<sup>167</sup>

Clara Cardoso Machado Jaborandy<sup>168</sup>

Liziane Paixão Silva Oliveira<sup>169</sup>

**Resumo:** O presente artigo aborda a necessidade da redemocratização da Polícia Militar brasileira sob o viés analítico da Justiça de Transição. Estuda a imprescindibilidade da transição do regime ditatorial para o democrático respeitando seus eixos principais, assim como aponta falhas em seu processo, tidas como influenciadoras da atual conjuntura da instituição policial. Com este fim, adota-se o método hipotético-dedutivo e desenvolve pesquisa bibliográfica e análise histórica, com ênfase na estruturação da polícia militar para adaptar-se ao regime ditatorial e na inexistência de reestruturação para os moldes requisitados pelo regime democrático. Verificam-se os impactos constatados na sociedade em razão da omissão do Estado brasileiro em implementar reformas ao perfil ditatorial arraigado na instituição. Depreende-se, nesta perspectiva, que o modelo de Segurança Pública que adota uma polícia hierarquizada e militarizada, perpetuado ao longo dos anos, não se coaduna com o Estado Democrático de direito.

**Palavras-chave:** Democratização; Direitos Humanos; Justiça de Transição; Polícia Militar

**Abstract:** This article addresses to the need for redemocratization of the Brazilian Military Police under the analytical bias of the Transitional Justice. It studies an indispensability of the transition from the dictatorial regime to the democratic one, respecting its main principles, as well as pointing out the flaws in its process, considered as influencing the current situation of the police institution. To this end, utilizes the hypothetical deductive method, as develop bibliographic research and historical analysis, with emphasis on the structuring of the military police to adapt to the dictatorial regime and the lack of restructuring to the molds required by the democratic regime. It verifies the impacts found in society due to the Brazilian State's failure to implement reforms to the dictatorial profile rooted in the institute. By saying

---

<sup>167</sup> Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT.

<sup>168</sup> Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Professora do programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direitos Humanos da UNIT. Professora do Grupo de Pesquisa Novas Tecnologias e o Impacto nos Direitos Humanos – CNPq.

<sup>169</sup> Doutora em Direito pela Universidade d'Aix-Maeseille III, Mestre em Direito pela UnB, Líder do Grupo de Pesquisa Novas Tecnologias e o Impacto nos Direitos Humanos – CNPq.



that, the model of Public Security that adopts a hierarchical and militarized police, perpetuated over the years, is not compatible with the Democratic State of law.

**Keywords:** Democratization; Human Rights; Transitional Justice; Military Police.

## 1. Introdução

O presente artigo versa sobre a temática da redemocratização da Polícia Militar e a (in)efetividade da Justiça de Transição. A problemática surgiu por meio da inquietude quanto ao questionamento da precarização da polícia como instituição ser motivada pela ausência de reforma efetiva na transição do regime ditatorial para o democrático e também pelo notório e contínuo fomento estatal na repressão.

Exemplo digno de ser lembrado é o da recente lei nº 13.491/2017 que modifica o Código Penal Militar alterando para a Justiça Militar a competência do julgamento de crimes dolosos contra a vida perpetrados por militares das Forças Armadas em desfavor de civis, fato que demonstra retrocesso social e desrespeito ao texto Constitucional que institui o júri popular nos casos de crimes dolosos contra a vida. A recente modificação legislativa ainda deve ser interpretada em conjunto com episódios repressores como o da ação das Forças Armadas nas comunidades do Rio de Janeiro mediante vigência do decreto de garantia da lei e da ordem do Governo Federal.

A fim de responder a problemática adotou-se o método hipotético-dedutivo e foi desempenhada pesquisa bibliográfica e resgate histórico, estipulando-se como objetivo geral analisar a importância do processo de Justiça de Transição e apontar como possíveis falhas em sua plenitude podem ter influenciado na construção atual da Polícia Militar brasileira.

Especificamente, objetiva-se analisar as alterações estruturais e ideológicas implementadas a fim de adequar a instituição policial ao regime ditatorial; indagar a estrutura atual da Polícia Militar e seu modo de operar, correlacionando com as ações basilares da Justiça de Transição; assim como avaliar as consequências da perpetuação do modelo de polícia de ordem na atualidade.

Para tanto, o artigo subdivide-se em três tópicos: o primeiro versa sobre conceitos básicos concernentes à Justiça de Transição, trazendo estudo sobre os pilares do processo transicional. O segundo trata das alterações no âmbito ideológico

e estrutural implantadas pela ditadura civil-militar com o propósito de adequar a instituição ao Estado opressor, assim como demonstra a legitimação indireta do modelo no atual Estado democrático. Por fim, o último tópico evidencia as consequências da ausência da reestruturação da Polícia Militar em detrimento dos cidadãos e dos seus próprios agentes, ao tempo que também discute uma provável solução.

## **2. Pilares da justiça de transição**

Antes de adentrar no cerne da discussão e versar sobre a efetividade da justiça de transição na redemocratização do instituto policial, é imprescindível que forme-se um alicerce referente a conceituação básica do que vem a ser justiça de transição, assim como o contexto histórico de sua aplicação no Brasil.

Em 1964 o mundo estava imerso em uma complexa disputa política-ideológica, na qual existiam duas doutrinas prevalentes e conflitantes, o capitalismo e o socialismo. Tais ideais configuravam-se como o norte de duas potências econômicas, políticas e culturas, os Estados Unidos da América e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, respectivamente.

Nesse contexto de influência e guerra silenciosa também estava inserido o Brasil. A suposta ameaça comunista permeava o país e a aproximação do Presidente João Goulart, com o eixo de esquerda trazia grande temor aos nacionais.

O receio da conversão ideológica do governo pátrio gerou a oportunidade para a desvirtuação do Estado Democrático e a formação do regime ditatorial civil-militar. Após quase 21 anos de imposição da ordem mediante força e tentativas descabidas de legitimação do regime, o Estado ditatorial ruiu, restando como produto uma sociedade desprovida de democracia e direitos humanos.

Ao fim de um regime de abusos e vilipêndios aos direitos humanos por meio de violências físicas e psicológicas inimagináveis, se fez necessário o reestabelecimento da ordem democrática e a implementação de um Estado de Direito.

Nesse sentido, a justiça de transição surge como conjunto de ações que possibilitam a transição do regime ditatorial e violador de garantias para o democrático, com o escopo de construção de estruturas de paz posteriores aos

conflitos e agressões institucionalizadas aos direitos humanos. De maneira mais objetiva, Ruti Teitel (2000) assevera que a justiça de transição pode ser definida como um conceito de justiça associado com mudança de períodos, caracterizado por respostas legais para confrontar os malfeitos dos regimes repressivos anteriores<sup>170</sup>.

O conceito de justiça de transição ganhou formato institucional e detentor de uniformidade internacional a partir de 2004, quando a Organização das Nações Unidas adotou, em seus documentos oficiais, o entendimento que seria um conjunto de processos e mecanismos, legados de abusos em massa contra os direitos humanos.

A conceituação da Justiça de Transição emerge da articulação de práticas inicialmente empreendidas de maneira independente em processos de democratização ao redor do mundo, articulando quatro dimensões fundamentais: memória e verdade, reparações, justiça e igualdade perante a lei, e reformas institucionais<sup>171</sup>.

Aprofundando-se ainda mais na conceituação, é imprescindível salientar que a doutrina especializada em Justiça de Transição sedimentou como pilares para sua constituição as dimensões fundamentais supracitadas, divergindo, por vezes, no critério quantitativo, porém sempre esclarecendo a essencialidade das ações para a justiça transicional.

A fim de consolidar este entendimento, notável a citação que Renan Quinalha traz em seu livro que estipula quatro obrigações essenciais:

A primeira (...) é uma obrigação de fazer justiça, isto é, processar e punir os autores dos abusos quando estes tiverem sido de natureza criminosa. A segunda obrigação é a de garantir às vítimas o direito de saber a verdade (...). A terceira obrigação é a concessão de reparações às vítimas de maneira que sejam reconhecidos seu valor e sua dignidade como seres humanos. Compensação financeira em quantias apropriadas é certamente uma parte disso, mas a obrigação também deve ser concebida como incluindo gestos não monetários que expressem o reconhecimento do dano causado a eles e um pedido de desculpas em nome da sociedade. Finalmente, os Estados são obrigados a fazer com que aqueles que cometeram crimes, servindo a qualquer título as forças armadas ou de segurança do Estado, não possam

---

<sup>170</sup> TEITEL, Ruti. *Transitional Justice Genealogy*. p. 69. apud QUINALHA, Renan Honório *Justiça de Transição: contornos do conceito – São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013. p.134.*

<sup>171</sup> O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Relatório do Secretário-Geral ao Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas n. S/2004/616 de 23 de agosto de 2004.

continuar atuando nos órgãos responsáveis pela aplicação democrática da lei que foram reconstituídos, nem daqueles relacionados à segurança<sup>172</sup>.

Por sua vez, Paul Van Zyl, ao versar sobre o tema aponta que a “(...) justiça transicional implica em processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação”<sup>173</sup>.

Em razão do recorte pretendido para o presente trabalho, encerrar-se-á como elementos chaves para a justiça de transição os estipulados na conceituação promovida pelas Nações Unidas, se fazendo ainda necessária a pormenorização destes.

Inicialmente, ao versar sobre direito à memória e à verdade está se lidando com direitos coronários e imprescindíveis não apenas à transição estrita de regimes políticos, mas sim, de forma abrangente, de uma garantia de consciência da sociedade daquilo que de fato aconteceu com o país, sua sociedade e cidadãos.

Em breve conceituação é possível compreender o direito à memória como o resgate dos fatos transcorridos, atuando como viabilizador do direito à verdade. Constrói-se por meio de políticas públicas e outras medidas com o intuito de esclarecer o funcionamento da repressão.

De maneira simbiótica, o direito à verdade é a garantia ao acesso aos fatos que transcorreram durante determinado período, assim como o conhecimento documental, de relatos e meios, sendo então essenciais para a perpetuação da verdade.

Uma implementação conjunta permite o pleno conhecimento do que foi vivenciado durante o período de ditadura, sendo de vital importância no confronto da perpetuação das ofensas aos direitos humanos.

Em contrapartida o esquecimento é um dos principais inimigos para a justiça de transição, haja vista que ao não exercer o direito à memória, o direito à verdade, a

---

<sup>172</sup> MÉNDEZ, Juan E. In defence of transitional justice. In: MCADAMS, A. James. *Transitional Justice and the rule of law in new democracies*. Notre Dame: University of Notre Dame, 2001. P.12. apud QUINALHA, Renan Honório *Justiça de Transição: contornos do conceito* – São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013. p.139.

<sup>173</sup>ZYL, Paul Van. *Promovendo a Justiça Transicional em Sociedades Pós-Conflito. Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília, v. 1, n. 1, p. 32, jan. / jun. 2009.

sociedade está abrindo margem, indiretamente, para que tudo aquilo que abominavelmente transcorreu torne a acontecer.

Como defendem José Geraldo Souza Júnior e Nair Heloisa Bicalho, a democratização da memória permite que a sociedade aproprie-se de seu passado para melhor escolher os passos a serem dados no presente. Sem memória, tem-se um povo incapaz de julgar seus governantes por meio de um viés interpretativo histórico, pois carece de conhecimento de fatos políticos essenciais e das memórias dos dominados, em oposição à versão oficial das classes dominantes<sup>174</sup>.

Ainda complementando o raciocínio os autores trazem a citação de Hannah Arendt que expõe perfeitamente a necessidade do desenvolvimento destes direitos:

Uma das lições que podem ser apreendidas das experiências totalitárias é a assustadora confiança de seus dirigentes no poder da mentira – na capacidade de, por exemplo, reescreverem a história uma e outra vez para a adaptar a passada a uma linha política [...]175.

No contexto nacional, ressalte-se, funcionam as comissões da verdade como grandes garantidores do direito à verdade e memória, mas não recaem apenas nestas o esta função, sendo importante lembrar que as produções artísticas tem expressiva importância na garantia da verdade e da memória.

O compartilhamento de relatos e histórias inviabiliza a perda de memória dos acontecimentos nefastos perpetrados na ditadura e garante perpetuação da verdade e a construção de uma sociedade consciente do passado e capaz de lidar com o futuro.

Em continuidade a minuciar os pilares da Justiça de Transição, imperioso salientar o direito à reparação. Ao versar sobre tal, lida-se com uma tentativa de compensação dos danos sofridos pelos cidadãos em razão do regime ditatorial, que não se restringe apenas à reparação pecuniária, mas também a ações que intentem reparar o psicológico e a reconheçam a existência do dano, como assegurado constitucionalmente pelo art. 8º do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias.

---

<sup>174</sup>SOUZA JR, José Geraldo de e SOUSA, Nair Heloisa Bicalho. Justiça de Transição: Direito à memória e à verdade. In: SOUZA JR, José Geraldo de. (org). O Direito Achado na Rua, vol. 7. Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. 1. Ed. – Brasília: UnB, 2015. p. 28.

<sup>175</sup>ARENDR, Hannah. A mentira política: considerações sobre os documentos do Pentágono. In: ARENDR, Hannah. Crises da República. 2. Ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. p.17-18. apud SOUZA JR, José Geraldo de e SOUSA, Nair Heloisa Bicalho. Justiça de Transição: Direito à memória e à verdade. In: SOUZA JR, José Geraldo de. (org). O Direito Achado na Rua, vol. 7. Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. 1. Ed. – Brasília: UnB, 2015. p. 28.

Desde 2007 a Comissão de Anistia é responsável por analisar e deferir os requerimentos dos brasileiros que pleiteiam reparação por violações sofridas por algum ato do Estado ditatorial.

Nesse sentido a professora Roberta Camineiro Baggio afirma:

A Comissão de Anistia, a partir do ano de 2007, dentro das possibilidades estipuladas pelas competências da Lei nº 10.559, de 2002, tentou reverter as características que marcaram o início do processo de transição brasileiro desde a promulgação da primeira Lei de Anistia em 1979, com a implementação de ações que objetivavam fomentar processos de integração social pelo acesso à memória e com o reconhecimento da importância histórica daqueles que foram perseguidos políticos por terem resistido ao poder autoritário advindo do golpe militar. São, portanto, ações que estabeleceram processos de reconhecimento com vistas à construção de condições que pudessem permitir a reconciliação da nação brasileira<sup>176</sup>.

É de fácil vislumbre, sendo também indissociável, a necessidade da reparação financeira pelos danos sofridos diante a violência, tortura, homicídios e desaparecimentos promovidos pela ditadura militar ou ainda em razão da demissão arbitrária ou abandono do emprego como forma de escape da repressão, todavia, imperioso se falar também sobre os outros tipos de reparação.

A reparação psicológica é imprescindível, afinal, além das cicatrizes físicas, também são produto das violações aos direitos humanos os danos psicológicos. Em respeito a este entendimento, a reparação abrange também o acompanhamento psicológico e a oportunidade de um processo de cura por meio de testemunhos, de também demasiada importância para a construção da memória e verdade.

De acordo com a psicóloga Vera Vital Brasil, o testemunho dos horrores vivenciados no passado possui valor ímpar no processo de construção da democracia, não sendo benéfico apenas para aqueles que prestam testemunho do que presenciaram, mas também para as futuras gerações, afinal proporciona conhecimento do que ocorreu e contribui para que não torne a acontecer<sup>177</sup>.

Por fim, a reparação também abrange o reconhecimento da existência dos danos, mediante forma simbólica, por meio de enaltecimento daqueles que lutaram

---

<sup>176</sup> BAGGIO, Roberta Camineiro, "Por que reparar? A Comissão de Anistia e as estratégias de potencialização do uso público da razão na construção de uma dimensão político-moral das reparações no Brasil. In: SOUZA JR, José Geraldo de. (org). O Direito Achado na Rua, vol. 7. Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. 1. Ed. – Brasília: UnB, 2015. p. 292.

<sup>177</sup> BRASIL, Vera Vital. Reparação Psicológica: um Projeto em Construção. In: SOUZA JR, José Geraldo de. (org). O Direito Achado na Rua, vol. 7. Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. 1. Ed. – Brasília: UnB, 2015. p.340.

pelo fim do regime ditatorial, renomeação de marcos históricos, ruas, praças que brandiam nomes de violadores dos Direitos Humanos, dentre outros.

Nesse sentido, é notória a necessidade da reparação como pilar da justiça de transição em razão de sua capacidade de fomentar a reestruturação e reinserção das vítimas do regime repressor à sociedade.

Por sua vez, o direito à justiça na transição de regimes embasa-se na responsabilização penal, civil e/ou administrativa daqueles que cometeram violações em desfavor dos Direitos Humanos.

Esta é uma das questões mais debatidas na Justiça de Transição nacional, motivada pela autoanistia e na ausência de responsabilização dos agentes violadores. Diante do notório enfraquecimento do regime foi estabelecido um processo de resguardo jurídico e redemocratização “lenta, gradual e segura”<sup>178</sup>.

A fim de evitar a responsabilização dos agentes estatais, o regime desenvolveu a Lei de Anistia de 1979, que assegura anistia tanto àqueles que foram expulsos ou evadiram-se do país em razão da política de segurança nacional, quanto aos próprios violadores dos direitos humanos, inviabilizando qualquer tipo de responsabilização.

O Estado Democrático posteriormente constituído deve, pela sua própria natureza, buscar a aplicação da lei a todos àqueles que a violarem, todavia, encontrou como entrave uma lei de autoanistia. Notório o entendimento do professor Emilio Peluso Neder Meyer sobre o assunto:

Ao se tornar um Estado Democrático de Direito e respeitador de leis e direitos humanos, espera-se que ele investigue e condene firmemente essas práticas. Contudo, nos momentos de transição, que normalmente são controlados pelo Estado autoritário, os que estão no poder procuram formas de evitar que isso possa acontecer no futuro. Uma dessas formas são as leis de autoanistia<sup>179</sup>.

Posteriormente a legalidade desta lei foi questionada mediante a Ação de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF) nº 153, tendo o STF apontado a impossibilidade de responsabilização judicial dos agentes públicos violadores dos Direitos Humanos e conseqüentemente a impossibilidade da própria plenitude da Justiça na Transição.

---

<sup>178</sup> Presidente-ditador Ernesto Geisel, 1974 a 1979.

<sup>179</sup> MEYER, Emilio Peluso Neder. A ADPF 153 no Supremo Tribunal Federal: a anistia de 1979 sob a perspectiva da Constituição de 1988. In: SOUZA JR, José Geraldo de. (org). O Direito Achado na Rua, vol. 7. Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. 1. Ed. – Brasília: UnB, 2015. p. 466.

Por fim, tem-se como último alicerce para a Justiça de Transição as reformas institucionais. O regime ditatorial civil-militar, com o escopo de perpetuar sua dominância, alterou as raízes das instituições brasileiras, como se pode exemplificar toda a malha de educação formal nacional<sup>180</sup>.

Todavia, algumas instituições não sofreram reformas após a constituição do Estado Democrático de Direito, tal como a Polícia Militar, o que denota-se incabível diante o novo ordenamento social.

Assim como a ausência de responsabilização judicial, a inexistência de reforma institucional inviabiliza a plenitude da Justiça de Transição brasileira, tendo como seqüela a sua própria inefetividade.

### **3. A Reforma Institucional e a Polícia Militar**

Não é leviano categorizar a experiência democrática brasileira como incipiente, seja pelas suas lacunas transacionais ou pelo curto período de respeito ao modelo de representatividade do povo. Novamente, como parâmetro interpretativo do Estado Democrático, é imprescindível o viés da reforma institucional da polícia.

A reforma das Instituições é demasiadamente importante para efetivação da transição, afinal, apenas a promulgação da Constituição de 1988 e eleições periódicas livres não possuem o condão de transformar completamente o Estado, encerrar os episódios autoritários e extirpar o seu legado. Porquanto, as consequências da ação ditatorial não se desfazem naturalmente, como assegura Alberto L. Kopittke:

Tais legados não se desfazem de forma natural com a mera realização de um processo eleitoral livre ou nem mesmo com a promulgação de uma nova constituinte. A depender da forma como essa mudança de regime ocorre, essas características, minuciosamente construídas desde a grande concentração de Poder, fluem para dentro do novo regime democrático, camuflando-se para se adequar aos novos tempos, mas sem mudar uma realidade de práticas autoritárias e de incapacidade de garantia de efetivação de direitos humanos<sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup> Enfraquecimento das universidades públicas em contrapartida ao fomento das privadas nos moldes do regime, retirada de matérias como filosofia e sociologia da grade curricular das escolas, dentre outras condutas que corroborassem com o alinhamento dos jovens ao regime ditatorial.

<sup>181</sup> KOPITKE, Alberto L. Reforma da Segurança Pública: superar o autoritarismo para vencer a violência. In: SOUZA JR, José Geraldo de. (org). O Direito Achado na Rua, vol. 7. Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. 1. Ed. – Brasília: UnB, 2015. p. 422.



Um governo ilegítimo do ponto de vista do direito respalda sua perpetuação em situações diversas da legalidade estrita. Especificamente, a fim de criar uma base de governabilidade, o Estado ditatorial cerca-se de meios que permitam sua perpetuação mediante controle político da sociedade.

Procede com reestruturações em futuro distante, como alterações na grade de matérias da educação formal do país com o intuito de criar sentimento de empatia pela causa nas novas gerações. Não obstante, também incrementa alterações imediatas, como investimento em modernização e adaptação de sua força repressiva aos novos moldes governamentais.

Nessa perspectiva, depreende-se que em razão da ausência de legitimidade do regime ditatorial, este embasa-se primariamente na força repressiva para assegurar o poder. Funciona, então, a polícia como principal instrumento da manutenção dos regimes ilegítimos.

Importante frisar que a polícia sempre atuou como aparelho repressor do Estado, utilizado como manutenção da ordem, seja qual for. Entretanto, a instituição recebeu diversas reformas a fim de “sofisticar” e aprimorar sua eficiência, assim como adaptar-se ao Estado Ditatorial.

A instituição toma forma de defensor do regime, voltando sua evolução durante o período ditatorial para o âmbito guerra ao inimigo interno, ganhando aparatos teóricos, organizacionais e bélicos para reprimir, torturar e ameaçar. A polícia atua para evitar e extirpar qualquer tipo de manifestação que destoe do pensamento alinhado ao regime, mediante fomento de violações aos direitos humanos.

A fim de melhor adaptar a Instituição para os moldes do regime civil-militar e corroborar com sua perpetuação foram realizadas profundas reformas nas raízes da própria segurança pública.

*Ab initio*, ao tratar da reforma da segurança pública, há de se versar sobre a ideologia empregada a fim de justificar as violações dos direitos humanos. A Doutrina de Segurança Nacional elaborada pelo Conselho de Segurança dos Estados Unidos possuía o intento de garantir a sua liderança econômica e ideológica frente à ameaça comunista.

Iniciou sua ramificação na América Latina na década de 1950, logo disseminando-se nas instituições militares e constituindo norte para as ditaduras

opressoras que se apossaram do continente nos anos seguintes. A Doutrina de Segurança Nacional consistia, basicamente, na coalizão nacional contra a ameaça da ideologia comunista.

Em seus fundamentos, defendia a flexibilização da ameaça comunista, assegurando que a insurgência dos ideais viria de dentro das fronteiras de cada nação, de diversos setores da sociedade. Tal entendimento, como defende Comblim<sup>182</sup>, permite que a ameaça seja entendida como onipresente, conseqüentemente autorizando uma intervenção estatal também onipresente a fim de defender a segurança nacional.

Nessa premissa, constrói-se o conceito do inimigo interno, entendido por Ananda Simões Fernandes como sinônimo de grupos armados de esquerda, partidos políticos de oposição, trabalhadores e estudantes, setores progressistas da Igreja, defensores dos Direitos Humanos ou ainda qualquer cidadão que simplesmente se opusesse ao regime<sup>183</sup>.

Além de garantir a abrangência ilimitada da atuação do regime na defesa da suposta ameaça comunista e evitar um rol taxativo para aqueles que poderiam ser considerados como subversivos, a doutrina também era de notória importância para a unidade do regime.

A identificação de um 'inimigo interno' circunstancial possibilita manter a coesão aqueles que se sentem ameaçados diante do avanço de projetos radicais e justifica uma permanente situação de militarização e repressão sobre a sociedade<sup>184</sup>.

Enfim, o trabalho ideológico que demonizava os subversivos culminou em uma guerra contra o recém-formado inimigo interno, permitindo a utilização de qualquer subterfúgio como meio para a garantia da segurança nacional.

---

<sup>182</sup> COMBLIN, Joseph. A ideologia da Segurança Nacional: o poder militar na América Latina. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978. p. 55. apud FERNANDES, Ananda Simões. A reformulação da Doutrina de Segurança Nacional pela Escola Superior de Guerra no Brasil: a geopolítica de Golbery do Couto e Silva In: **Antíteses**, vol. 2, n. 4, jul.- dez. de 2009, p. 838.

<sup>183</sup> FERNANDES, Ananda Simões. A reformulação da Doutrina de Segurança Nacional pela Escola Superior de Guerra no Brasil: a geopolítica de Golbery do Couto e Silva In: **Antíteses**. Londrina, v. 2, n. 4, jul.- dez. de 2009, p. 838.

<sup>184</sup> PADRÓS, Enrique Serra. Como el Uruguay no hay... Terror de Estado e Segurança Nacional. Uruguai (1968-1985): do Pachecato à ditadura civil-militar. Tese (Doutorado em História). Porto Alegre: UFRGS, 2005. p. 185. apud FERNANDES, Ananda Simões. A reformulação da Doutrina de Segurança Nacional pela Escola Superior de Guerra no Brasil: a geopolítica de Golbery do Couto e Silva. In: **Antíteses**. Londrina, v. 2, n. 4, jul.- dez. de 2009, p. 838 - 839.

Somada a reestruturação ideológica institucional, há de se falar também das reformas estruturais. Estas iniciaram-se indiretamente com a intervenção promovida pelo regime autoritário, após a tomada do poder em 1964, atuando os opressores com o intuito rechaçar a parcela da população considerada como subversiva.

Posteriormente, como assegura Maria Pia Guerra<sup>185</sup>, em 1966, mediante implementação Ato Institucional nº 2, é que consideram-se formalmente iniciadas as adaptações institucionais para o regime ditatorial.

Especificamente no âmbito da polícia militar, o comando da segurança pública passou a ser centralizado nas Forças Armadas, com esta assumindo a política geral de segurança, enquanto ao Ministério do Exército cabia a definição de objetivos, estrutura e coordenação.

A pesquisadora Maria Pia Guerra define, ainda, como marco da centralização da segurança pública o Decreto-Lei Federal nº 317/67, o qual estipulou modificações na polícia militar imperiosas para o regime, tais como controle de nomeações, criação da Inspetoria Geral da Polícia Militar, proibição de sindicalização e atribuição às polícias militares da prerrogativa de atuação no policiamento ostensivo<sup>186</sup>.

Cabe esmiuçar duas reformas promovidas pelo Estado ditatorial. Primeiro, é de se frisar que a criação da Inspetoria Geral da Polícia Militar (IGPM) ultrapassava o mero objetivo de fiscalização de policiais militares em todo território nacional. Acrescentava-se às suas funções o dever de incentivar, instruir, coordenar e normatizar a polícia militar.

Em resgate do relato do Inspetor General de Brigada Augusto de Oliveira Pereira, a pesquisadora parafraseia a importância imputada por aquele à Inspetoria:

Ela teria como objetivos “centralizar experiências, pesquisas e estudos”, padronizar legislação e procedimentos, garantir a “defesa dos princípios militares: agressividade, capacidade de reação, espírito combativo e absoluta decisão nas ações” e garantir a “instrução uniforme, equilíbrio de pensamento e, principalmente, uma destinação comum, o que só pode ser obtido através de um Órgão de Coordenação, que é a Inspetoria”. Tudo isso para combater os principais desafios das polícias militares, que seriam “violência, subversão, corrupção, tráfico de influências, infiltração ideológica, propósito de domínio econômico, intuito de desagregação social, quebra de soberania”<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> GUERRA, Maria Pia. *Polícia e Ditadura - A arquitetura institucional da segurança pública de 1964 a 1988*. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016, p.15.

<sup>186</sup> GUERRA, Maria Pia. *Polícia e Ditadura - A arquitetura institucional da segurança pública de 1964 a 1988*. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016, p. 16-17.

<sup>187</sup> ESTADO DE SÃO PAULO. *Força Pública do Estado de São Paulo. Boletim Geral nº 4*, 24 de jun. 1969. In: ESTADO DE SÃO PAULO. *Boletim Geral da Força Pública v. 2*, 1969. apud GUERRA, Maria

Outro ponto a ser expandido é a atribuição para as polícias militares da prerrogativa de atuação exclusiva no policiamento ostensivo. Nessa perspectiva, a polícia que estaria em contato com a população era a fardada, temente a hierarquia militar e sob controle direto das Forças Armadas.

Nesse aspecto, restou estipulado, por meio do Decreto federal nº 66.862/70, as atribuições competentes da polícia militar, assim como o vínculo de subordinação desta com o Exército.

A fim de ampliar a atuação da Polícia Militar, o Decreto aprovou o regulamento para as polícias militares e corpo de bombeiros militares (R-200)<sup>188</sup>, portador das atividades a serem desempenhadas pelos oficiais da polícia militar, que abrangiam o combate preventivo e repressivo de atividades ditas como subversivas, distúrbios que pudessem comprometer a integridade do nacional e das instituições, saques, assaltos, roubos, sequestros, incêndios, depredações, destruições, sabotagem, terrorismo e ações de bandos armados nas guerrilhas rurais e urbanas.

Por outro lado, criou mecanismos formais de dependência, que reforçaram a subordinação da Polícia ao Exército. Assim, subordinou a Polícia Militar diretamente ao Comando do Exército local nas situações de graves perturbações da ordem; subordinou as unidades da Polícia Militar ao Comando militar que tivesse jurisdição no local; exigiu aprovação do Estado-Maior do Exército para a localização das unidades da Polícia Militar e para a ampliação ou diminuição de seu efetivo; exigiu participação dos Comandantes do Exército no planejamento da atividade policial; atribuiu à Inspetoria Geral das Polícias Militares o controle do material bélico das polícias e, por fim, possibilitou a participação das polícias em exercícios e manobras das Forças Armadas<sup>189</sup>.

Tais alterações, dentre outras, conferiram fluidez necessária para a repressão inerente a regimes autoritários, produzindo agentes estatais incentivados e dispostos

---

Pia. Polícia e Ditadura - A arquitetura institucional da segurança pública de 1964 a 1988. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016. p 17.

<sup>188</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D88777.htm#regulamento](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D88777.htm#regulamento)>. Acesso em: 26/09/2017, às 20:13.

<sup>189</sup> GUERRA, Maria Pia. Polícia e Ditadura - A arquitetura institucional da segurança pública de 1964 a 1988. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016. p.21.

a cometerem os mais diversos tipos de atrocidades em desfavor daqueles que não denotassem alinhamento com o regime imposto.

Ao analisar reformas tão minuciosamente planejadas e executadas, não se sobrepõe pensamento distinto ao da necessidade de reformar a política de segurança pública como um todo, incluindo a polícia militar, para adequá-la aos moldes democráticos.

Ao instituir um Estado de Direito, que na teoria preza pela igualdade na aplicação normativa e pela defesa das garantias individuais, roga-se pela alteração do *status quo* dominante e violador, porém o que se visualiza na transição nacional é a formação de um Estado de contradições e desonesto com sua própria proposta de defesa aos direitos humanos.

É indiscutível que a polícia, atualmente, é parcialmente fruto das alterações ideológicas e estruturais realizadas para adaptá-la ao regime ditatorial. A omissão constitucional de reformas para readaptar a instituição para o Estado de Direito denota uma legitimação indireta das atrocidades transcorridas em um dos períodos mais sombrios da história nacional, abrindo ainda mais espaço para a perpetuação da tradição da violência policial.

Assim como assevera o doutor em sociologia Marcos Rolim<sup>190</sup> a Carta Maior de 1988 desperdiçou preciosa oportunidade de reformar a estrutura policial consolidada no regime ditatorial ao incorporar acriticamente o seu modelo por meio do seu art. 144. O pensamento do estudioso transparece a seriedade da controvérsia, haja vista que o mesmo dispositivo ainda define as polícias militares estaduais como “forças auxiliares reserva do Exército”, denotando a continuidade da subordinação aos militares.

Ao anuir a passividade perante a reforma institucional da polícia, tem-se a chancela das práticas violadoras dos direitos humanos pela própria democracia. De forma uníssona compreende Torelly<sup>191</sup> que a mera instituição de uma democracia eleitoral, sem a devida implementação de mecanismos de justiça de transição, é capaz de legitimar instituições e práticas autoritárias.

---

<sup>190</sup> ROLIM, Marcos. Modelo de Polícia e democracia. In: SOUZA JR, José Geraldo de. (org). O Direito Achado na Rua, vol. 7. Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. 1. Ed. – Brasília: UnB, 2015. p. 434.

<sup>191</sup> TORELLY, Marcelo. Justiça Transicional e Estado Constitucional de Direito: Perspectiva Teórica Comparativa e Análise do Caso Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.97.

Não causa estranheza os diversos casos de violência policial que permeiam diariamente os noticiários. A ideologia do inimigo interno ainda é aplicável aos considerados dispensáveis na sociedade, quais sejam as pessoas menos abastadas, detentoras de perfis estigmatizados e residentes de regiões consideradas periféricas das cidades.

Corroborando com este posicionamento está a pesquisa do mestre em direitos humanos e Tenente-Coronel da Polícia Militar de São Paulo, Adilson Paes de Souza, que assegura que durante seus estudos entrevistou diversos policiais que praticaram execuções sumárias e foram expulsos da corporação. Como resposta a tais atos, os mesmos alegavam que acreditavam estarem fazendo o certo, com o exclusivo intuito de servir a sociedade<sup>192</sup>.

Nesse sentido, infere-se que a violência policial é um entrave para o processo de democratização do país. O Estado brasileiro será incapaz de promover plenamente os princípios democráticos e inerentes ao Estado de Direito enquanto se mantiver inerte ao cumprir com as essenciais reformas institucionais, especialmente na instituição policial.

#### **4. Os efeitos da inefetividade da redemocratização da polícia militar e a possível elucidação**

Desde agora, é imperioso ressaltar que o presente recorte não possui o intuito de taxar a lacuna da reforma institucional como único fator que contribui para a violência policial, todavia, é inegável que diversos trejeitos da atuação da polícia se perpetuaram ao longo da transição política.

Inevitavelmente, a displicência na redemocratização institucional da Polícia Militar gera efeitos devastadores na sociedade. Perpetuou-se a cultura policial da violência, da tortura e da seletividade na repressão<sup>193</sup>.

---

<sup>192</sup>

Disponível

em:

<[http://istoe.com.br/349108\\_A+DEMOCRACIA+REQUER+UM+NOVO+MODELO+DE+POLICIA+/](http://istoe.com.br/349108_A+DEMOCRACIA+REQUER+UM+NOVO+MODELO+DE+POLICIA+/)>.  
Acesso em: 27/09/2017 às 21:40.

<sup>193</sup> VALENTE, Júlia Leite. "Polícia Militar" é um Oxímoro: A Militarização Da Segurança Pública No Brasil. In: Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília. Ed. 10. 2012. p. 211.

Ao analisar a estrutura da Polícia Militar, Rolin<sup>194</sup>, utilizando-se de conceitos de Monjardet, entende a Polícia Militar brasileira como um “polícia de ordem”, a qual a conceituação se refere à instituição que desprende-se lentamente do Exército e a quem cabe enfrentar os movimentos sociais de caráter violento.

Ainda embasando-se em visão do estudioso, acrescenta que a destinação conceitual da polícia depende de cada sociedade. Em sociedades com uma democracia consolidada, não há espaço para a ação repressiva da “polícia de ordem”, mas sim para a “polícia urbana”, compromissada com a defesa dos direitos da cidadania.

Assume-se, então, um legado de uma instituição voltada para a defesa do Estado e da segurança nacional, distinta da almejada ação social de proteção do cidadão e seus direitos.

Nessa perspectiva, o cidadão, como assegura Maria Pia Guerra, não é concebido como aquele que recebe um serviço público, mas sim um sujeito passível de violar a ordem político-social, um criminoso em potencial<sup>195</sup>.

Depreende-se que a Doutrina de Segurança Nacional, moldada ao perfil da ditadura civil-militar, transfigurou-se com a inércia na reforma da polícia e, com o decorrer do tempo, perpetuou um Estado nacional voltado para a guerra interna.

O mito do inimigo interno continua sendo protagonizado por qualquer cidadão que seja julgado apto a transgredir a ordem vigente, todavia, os critérios de adequação modificaram-se e abrangem corriqueiramente a condição socioeconômica, fenótipos específicos e localidade de residência.

Nesse sentido, há de se ressaltar que somente vislumbra-se lógica em uma polícia militarizada e hierarquizada dentro de uma ótica de segurança pública em defesa da nação e em desfavor de seus cidadãos, ou seja, em uma sociedade regida por um Estado ditatorial, com o intento de manutenção do poder via força repressiva.

A ineficiência do modelo atual, que aplica concepção militar à segurança doméstica, pode ser aferida empiricamente. Não são estranhos casos em que a violência policial causa devastação na vida de diversas pessoas. Segundo dados de

---

<sup>194</sup> ROLIM, Marcos. Modelo de Polícia e democracia. In: SOUZA JR, José Geraldo de. (org). O Direito Achado na Rua, vol. 7. Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. 1. Ed. – Brasília: UnB, 2015. p. 432-433.

<sup>195</sup> GUERRA, Maria Pia. Polícia e Ditadura - A arquitetura institucional da segurança pública de 1964 a 1988. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016. p.115.

2016 da ONG *Human Rights Watch*, a ação letal da polícia, somente no estado do Rio de Janeiro, ceifou a vida de 569 pessoas, entre janeiro e outubro de 2015. No estado de São Paulo a estatística é menor, porém não menos alarmante, alcançando o número de 494 pessoas mortas em razão de atividade policial no mesmo período<sup>196</sup>.

Como consequência da violência institucionalizada e *modus operandi* que remete ao período ditatorial, a instituição que deveria garantir a segurança da sociedade, emana sentimento antagônico junto aos cidadãos. Segundo pesquisa do Datafolha, de 2015, direcionada a cidade de São Paulo, 60 % da população declarou ter mais medo do que confiança na Polícia Militar<sup>197</sup>.

Em pesquisa datada de 2017, também do Datafolha, foram consultados 2771 cidadãos de 194 municípios, dos quais 49% sentem medo de sofrer violência de ações da Polícia Militar<sup>198</sup>.

Tais dados demonstram a incapacidade do modelo adotado em dialogar com a população, assim como também denota que a polícia militarizada e temente a uma hierarquia não se coaduna com a proposta de Estado Democrático intentada no país.

Seu processo de redemocratização passa, inevitavelmente, pela desconstrução do perfil militarizado criado para adequar a polícia ao regime ditatorial. Como já debatido, a militarização da polícia constituiu uma das reformas implementadas na instituição a fim de adaptá-la para melhor atender as exigências do Estado ditatorial, garantindo aumento em sua área de atuação, mas também incrementando o controle das Forças Armadas em suas ações.

Nesse sentido, defende-se a desmilitarização por meio do viés de reestruturação da polícia militar como um instituto civil, com o escopo de promover o ideal de serviço público em defesa dos direitos dos cidadãos<sup>199</sup>.

Imperiosa, dessa forma, uma revisão de seu regulamento disciplinar<sup>200</sup> que, acima de tudo, reafirma a hierarquização por meio de crimes próprios de militares ao

---

<sup>196</sup> Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2016/country-chapters/285573>>. Acesso em: 01/10/2017, às 15:06.

<sup>197</sup> Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/11/1703003-em-sp-60-temem-policia-militar.shtml>>. Acesso em: 01/10/2017, às 15:48.

<sup>198</sup> Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2017/07/1898059-metade-dos-brasileiros-tem-medo-de-sofrer-violencia-policial.shtml>>. Acesso em: 01/10/2017, às 15:50.

<sup>199</sup> Em razão do recorte e das limitações impostas ao formato do trabalho aqui apresentado, resguarda-se a uma análise superficial da desmilitarização da polícia.

<sup>200</sup> Código Penal Militar promulgado, inclusive, em 1969, durante a vigência do regime civil-militar.



prever tipos penais como o de desacato a superior<sup>201</sup>, passível de privação de liberdade por até 04 anos, ou desobediência<sup>202</sup>, com detenção de até 06 meses, a serem julgados na Justiça Militar.

Não obstante, também se faz imprescindível a reorganização pedagógica dos cursos de formação. A base dos cursos permeiam degradações à honra dos alunos e formulam um ensino de agressão psicológica e preparo para guerra.

A demanda das alterações não parte apenas da população vítima da violência policial, mas também dos próprios policiais que tem sua liberdade de expressão mitigada, estão passíveis de aquartelamento e são impedidos de se organizarem sindicalmente.

Segundo pesquisa promovida pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em 2014, por meio da Fundação Getúlio Vargas, 77,2% dos policiais são favoráveis ao fim da militarização, sendo o número ainda mais expressivo no estado do Rio de Janeiro, alcançando 79,1%<sup>203</sup>.

Compreendendo da mesma forma, o Conselho de Direitos Humanos da ONU, por meio do relatório da Revisão Periódica Mundial, ano de 2012, havia se manifestado pela extinção da polícia militar como modelo individual e militarizado, assim como pela implementação de medidas mais eficazes a fim de reduzir as execuções promovidas pelos agentes estatais<sup>204</sup>.

Em sua Revisão Periódica mais atual<sup>205</sup>, o Conselho empenha seus esforços em promover caminhos para garantir a diminuição da violência policial, recomendando, incisivamente, programas de treinamento policial com viés protetivo dos direitos humanos.

---

<sup>201</sup> Art. 298. Desacatar superior, ofendendo-lhe a dignidade ou o decôro, ou procurando deprimir-lhe a autoridade:

Pena - reclusão, até quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave.

<sup>202</sup> Art. 301. Desobedecer a ordem legal de autoridade militar:

Pena - detenção, até seis meses

<sup>203</sup> Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/storage/publicacoes/FBSP\\_Opiniao\\_policiais\\_brasileiros\\_reforma\\_s%20\\_seguranca\\_publica\\_2014.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/publicacoes/FBSP_Opiniao_policiais_brasileiros_reforma_s%20_seguranca_publica_2014.pdf)>. Acesso em: 02/10/2017, às 18:49.

<sup>204</sup> Human Rights Council. Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, 2012. Disponível em: <[http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/\\_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/HRBodies/UPR/Documents/session13/BR/A\\_HRC\\_21\\_11\\_Brazil\\_E.doc&action=default&DefaultItemOpen=1](http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/HRBodies/UPR/Documents/session13/BR/A_HRC_21_11_Brazil_E.doc&action=default&DefaultItemOpen=1)> Acesso em: 01/10/2017, às 16:47.

<sup>205</sup> Human Rights Council. Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, 2017. Disponível em: <[http://acnudh.org/wp-content/uploads/2017/05/A\\_HRC\\_WG.6\\_27\\_L.9\\_Brazil.pdf](http://acnudh.org/wp-content/uploads/2017/05/A_HRC_WG.6_27_L.9_Brazil.pdf)> Acesso em: 01/10/2017, às 17:01.

Diante dos dados apresentados, constata-se claramente a ineficiência da Justiça de Transição em readequar a instituição policial para o governo democrático, assim como o impacto social da perpetuação do modelo violento e repressor implementado na ditadura civil-militar.

Por fim, depreende-se que um Estado democrático não pode contar com uma instituição policial que inspire o medo. A nação carece de uma instituição policial alinhada com a defesa dos direitos humanos que garanta a segurança dos cidadãos, razão pela qual o processo democrático só estará completo com a reestruturação condizente com a contemporaneidade da defesa dos direitos humanos.

## **5. Considerações finais**

Em análise do exposto, depreende-se que o Brasil ainda possui uma democracia incipiente e em construção, ao passo que permanece inerte em conduzir ações que corroborem para a efetiva transição de regimes. Esclareceu-se ao longo do texto que o Estado brasileiro falhou em promover a Justiça de Transição, na medida em que furtou-se em penalizar os perpetradores da violações aos Direitos Humanos e de reformar diversas instituições, como a Polícia Militar.

Durante o regime civil-militar implementou-se profundas reformas a fim de adequar a Polícia Militar ao Estado ditatorial. Como subterfúgio para ações ostensivas intensas e vilipêndios aos Direitos Humanos, capilarizou a doutrina de Segurança Nacional, assim como reformou sua estrutura institucional a fim de dar maior amplitude e aparato à sua atuação, ainda que resguardando subordinação às forças armadas.

A anuência do recém-formado governo democrático<sup>206</sup> perante o modelo ultrapassado de polícia de ordem legitimou e camuflou, indiretamente, no novo regime, práticas construídas e perpetradas durante a vigência da ditadura.

O medo da sociedade perante a polícia e o descontentamento dos próprios agentes estatais denotam que o modelo de segurança pública, defensor de uma polícia hierarquizada, militarizada e voltada para a guerra contra o inimigo interno, não se coaduna com o projeto almejado de Estado democrático.

---

<sup>206</sup> Vide art. 144, da Constituição Federal de 1988.

Nessa perspectiva, impende redemocratizar a Polícia Militar a desmilitarizando, por meio de uma reestruturação como instituição civil, com escopo de promover o ideal de serviço público de defesa dos direitos dos cidadãos. Somente assim a Polícia estará atuando alinhada com o intentado Estado democrático de direito e a nação mais próxima de desconstruir os legados da ditadura civil-militar.

## Referências

ARENDR, Hannah. **A mentira política: considerações sobre os documentos do Pentágono**. In: ARENDR, Hannah. Crises da República. 2. Ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

BAGGIO, Roberta Camineiro. **“Por que reparar? A Comissão de Anistia e as estratégias de potencialização do uso público da razão na construção de uma dimensão político-moral das reparações no Brasil**. In: SOUZA JR, José Geraldo de. (org). O Direito Achado na Rua, v. 7. Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. 1. Ed. – Brasília: UnB, 2015.

BRASIL. Código Penal Militar. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm)>. Acesso em: 26/09/2017, às 20:03.

\_\_\_\_\_. **Regulamento Para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200)**. Decreto-lei nº 88.777, de 30 de setembro de 1983. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D88777.htm#regulamento](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D88777.htm#regulamento)>. Acesso em: 26/09/2017, às 20:13.

BRASIL, Vera Vital. **Reparação Psicológica: um Projeto em Construção**. In: SOUZA JR, José Geraldo de. (org). O Direito Achado na Rua, v. 7. Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. 1. Ed. – Brasília: UnB, 2015.

COMBLIN, Joseph. **A ideologia da Segurança Nacional: o poder militar na América Latina**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

Datafolha. **60% dos Moradores da Cidade de São Paulo Temem Polícia Militar**. Publicado em: 06 de novembro de 2015 Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/11/1703003-em-sp-60-temem-policia-militar.shtml>>. Acesso em: 01/10/2017, às 15:48.

\_\_\_\_\_. **Metade dos Brasileiros Tem Medo de Sofrer Violência Policial**. Publicado em: 03 de julho de 2017. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2017/07/1898059-metade-dos-brasileiros-tem-medo-de-sofrer-violencia-policial.shtml>>. Acesso em: 01/10/2017, às 15:50.

FERNANDES, Ananda Simões. **A reformulação da Doutrina de Segurança Nacional pela Escola Superior de Guerra no Brasil: a geopolítica de Golbery do Couto e Silva**. In: Antíteses. Londrina, v. 2, n. 4, jul.- dez. de 2009.

Fórum Segurança. **Opinião dos Policiais Brasileiros sobre Reformas e Modernização da Segurança Pública**. Publicado em: Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/storage/publicacoes/FBSP\\_Opiniao\\_policiais\\_br\\_asileiros\\_reformas%20seguranca\\_publica\\_2014.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/publicacoes/FBSP_Opiniao_policiais_br_asileiros_reformas%20seguranca_publica_2014.pdf)>. Acesso em: 02/10/2017, às 18:49.

GUERRA, Maria Pia. **Polícia e Ditadura - A arquitetura institucional da segurança pública de 1964 a 1988**. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016.

*Human Rights Watch*. **Relatório Mundial 2016: Brasil**. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2016/country-chapters/285573>>. Acesso em: 01/10/2017, às 15:06.

*Human Rights Council*. **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review**, 2012. Disponível em: <[http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/\\_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/HRBodies/UPR/Documents/session13/BR/A\\_HRC\\_21\\_11\\_Brazil\\_E.doc&action=default&DefaultItemOpen=1](http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/HRBodies/UPR/Documents/session13/BR/A_HRC_21_11_Brazil_E.doc&action=default&DefaultItemOpen=1)> Acesso em: 01/10/2017, às 16:47.

*Human Rights Council*. **Human Rights Council. Report of the Working Group on the Universal Periodic Review**, 2017. Disponível em: <[http://acnudh.org/wp-content/uploads/2017/05/A\\_HRC\\_WG.6\\_27\\_L.9\\_Brazil.pdf](http://acnudh.org/wp-content/uploads/2017/05/A_HRC_WG.6_27_L.9_Brazil.pdf)> Acesso em: 01/10/2017, às 17:01.

Isto É. **A Democracia Requer Um Novo Modelo de Polícia**. Publicado em: 20 de fevereiro de 2014. Disponível em: <[http://istoe.com.br/349108\\_A+DEMOCRACIA+REQUER+UM+NOVO+MODELO+D+E+POLICIA+/">http://istoe.com.br/349108\\_A+DEMOCRACIA+REQUER+UM+NOVO+MODELO+D+E+POLICIA+/](http://istoe.com.br/349108_A+DEMOCRACIA+REQUER+UM+NOVO+MODELO+D+E+POLICIA+/)>. Acesso em: 27/09/2017 às 21:40.

KOPITTKE, Alberto L. **Reforma da Segurança Pública: superar o autoritarismo para vencer a violência**. In: SOUZA JR, José Geraldo de. (org). O Direito Achado na Rua, v. 7. Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. 1. Ed. – Brasília: UnB, 2015.

MÉNDEZ, Juan E. **In defence of transitional justice**. In: MCADAMS, A. James. *Transitional Justice and the rule of law in new democracies*. Notre Dame: University of Notre Dame, 2001.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **A ADPF 153 no Supremo Tribunal Federal: a anistia de 1979 sob a perspectiva da Constituição de 1988**. In: SOUZA JR, José Geraldo de. (org). O Direito Achado na Rua, v. 7. Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. 1. Ed. – Brasília: UnB, 2015.

PADRÓS, Enrique Serra. **Como el Uruguay no hay... Terror de Estado e Segurança Nacional. Uruguai (1968-1985): do Pachecato à ditadura civil-militar.** Tese (Doutorado em História). Porto Alegre: UFRGS, 2005.

QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de Transição: contornos do conceito.** São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013.

Relatório do Secretário-Geral ao Conselho de Segurança da Organização das Nações. **O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Anistia Política e Justiça de Transição.** Brasília, v. 1, n. 1, p. 32, jan. / jun. 2009.

ROLIM, Marcos. **Modelo de Polícia e democracia.** In: SOUZA JR, José Geraldo de. (org). O Direito Achado na Rua, v. 7. Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. 1. Ed. – Brasília: UnB, 2015.

SOUZA JR, José Geraldo de e SOUSA, Nair Heloisa Bicalho. **Justiça de Transição: Direito à memória e à verdade.** In: SOUZA JR, José Geraldo de. (org). O Direito Achado na Rua, v. 7. Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. 1. Ed. – Brasília: UnB, 2015.

TEITEL, Ruti. **Transitional Justice Genealogy.** *Harvard Human Rights Journal*, v. 16, 2003. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hjr/iss16/teitel.pdf>>. Acesso em: 01/09/2017, às 11:06.

TORELLY, Marcelo. **Justiça Transicional e Estado Constitucional de Direito: Perspectiva Teórica Comparativa e Análise do Caso Brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.97.

VALENTE, Júlia Leite. **“Polícia Militar” é um Oximoro: A Militarização Da Segurança Pública No Brasil.** In: Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília. Ed. 10. 2012.

ZYL, Paul Van. **Promovendo a Justiça Transicional em Sociedades Pós-Conflito. Anistia Política e Justiça de Transição.** Brasília, v. 1, n. 1, p. 32, jan. / jun. 2009.

**O ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DO TENSO E FRÁGIL EQUILÍBRIO ENTRE  
INCLUSÃO SOCIAL E LIVRE-INICIATIVA: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA  
CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO  
ECONÔMICO**

**THE JUDICIAL ACTIVISM FACING THE TENSE AND FRAGILE BALANCE  
BETWEEN SOCIAL INCLUSION AND FREE ENTERPRISE: THE JUDICIARY  
POWER ROLE ON THE PUBLIC POLICIES CONSTRUCTION AND ITS  
INTERVENTION ON THE ECONOMICAL DOMAIN**

**Antonio Celso Baeta Minhoto<sup>207</sup>**

**Wallace Ricardo Magri<sup>208</sup>**

**Resumo:** O ativismo judicial, especialmente aquele produzido pelas mais altas cortes em seus países – e no caso do Brasil de forma marcante pelo Supremo Tribunal Federal – é um dos temas mais ricos para um debate contemporâneo dentro do direito, de modo especial quanto à concretização de políticas públicas, bem como a potencial inclusão social que tais políticas acarretem ou possam acarretar. Há que se ponderar, contudo, que a inclusão social não pode ser um valor absoluto, devendo se harmonizar com outros valores igualmente relevantes, sendo que no caso destacamos a livre iniciativa e a atividade empresarial. Ao final, como uma referência analítica, trazemos o caso da Reserva Raposa Serra do Sol, demarcada em julgamento do STF.

**Palavras-chave:** ativismo judicial; minorias; atividade econômica; livre-iniciativa.

**Abstract:** the judicial activism, specially the one that comes from the highest courts all around the world – and, in Brazil’s example, in a remarkable way by the Supremo Tribunal Federal –, is certainly one of the richest issues for a contemporary debate inside law studies, specially towards the public policies concretization, as well the social inclusion that its policies could bring. We must consider, in the other hand, that

---

<sup>207</sup> Doutor em Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru, SP; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP; Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito na Universidade Cruzeiro do Sul, sistema EAD; Professor Titular de Direito Público na Universidade Municipal de São Caetano do Sul, SP; Advogado; autor de obras jurídicas. [antonio@baetaminhoto.com.br](mailto:antonio@baetaminhoto.com.br).

<sup>208</sup> Doutor e Mestre em Semiótica e Linguística Geral pela FFCLH/USP, possui graduação em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas; pós-graduação em Direito Penal pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Leciona Metodologia da Pesquisa Científica em Cursos de Pós-Graduação (atualmente na Escola Paulista de Direito - EPD e Escola Superior de Advocacia - ESA). Advogado atuante em São Paulo. Autor de obras jurídicas. [wallace@magriadvogados.com.br](mailto:wallace@magriadvogados.com.br).

social inclusion couldn't be a absolute value, ought to be harmonized with other relevant values, and, in this case, we contrasted the free enter enterprise and the business activity. At the end, as a analytical reference, we brought the Raposa Serra do Sol leading case, delimited on a STF judgment.

**Keywords:** judicial activism; minorities; economical activity; free enterprise.

## 1. Introdução

O ativismo judicial vem sendo objeto de discussões não somente no campo jurídico, seu campo de manifestação evidente, mas do mesmo modo em outras áreas, especialmente na política, na sociologia e também na economia, que, neste estudo, será objeto de uma atenção mais detida.

Parece evidente, conquanto se revele útil frisar, que a abordagem econômica aqui pretendida é aquela voltada especificamente ao desenvolvimento econômico, tal como estampado e tratado no artigo 170 e seguintes da Constituição Federal, e não algo mais afeto a uma teoria econômica.

Esse olhar para o desenvolvimento econômico em intercruzamento com o ativismo judicial recebe, ainda mais, a questão das minorias como um tema-base do estudo presente, afinal, o julgamento ocorrido no STF para delimitar a Reserva Raposa Serra do Sol – adotada aqui como base analítica concreta – envolveu de modo direto uma minoria, no caso os indígenas.

Referido julgamento, conquanto aplaudido por muitos como uma suposta demonstração do que se poderia nominar de “bom ativismo”, teve forte impacto sobre a economia local, especialmente com relação a atividade agrícola, cuja localização completa se dava justamente na área demarcada pelo Supremo Tribunal Federal, passando a ser, de tal julgamento em diante, terra indígena, e local de onde os produtores rurais tiveram que se retirar.

Saber até que ponto o julgamento em foco atingiu os objetivos esperados de uma decisão tão ampla e com conseqüências tão profundas para a realidade local em que se encontra a reserva, descortinar as características do ativismo judicial e como sua manifestação está se dando em solo brasileiro e, por fim, projetar que tipo de conseqüências podem ser intuídas do inter-relacionamento de todos esses elementos, é o objetivo central deste estudo.

## 2. Ativismo judicial e separação dos poderes estatais

Pela expressão ativismo judicial se buscou e ainda se busca caracterizar aquela conduta de protagonismo adotada pelo Poder Judiciário quanto à consecução, implementação e concreção de políticas públicas ou mesmo princípios e/ou valores estampados, via de regra, na constituição.

Essa ideia, no entanto, deve ser melhor entendida e, inclusive, ver-se inserida na questão da teoria da separação dos poderes estatais, a fim de se evitar juízos superficiais ou apressados quanto aos seus caracteres mais destacados.

Como é de conhecimento comum, a separação dos poderes não é um instituto exatamente de criação de Montesquieu, tal como exposto em sua conhecida obra o “Espírito das Leis”, mas foi ali que a simples noção de repartição do poder estatal ganhou um tratamento mais detido, mais efetivo e até mais dedicado.

O móvel fundamental da separação ou repartição dos poderes estatais é a limitação do poder. Sob a fórmula dos “freios e contra-pesos” (*checks and balances*), ou seja, da mútua fiscalização exercida por um poder em relação ao outro, repousa o que parece ser o real motivo de tal concepção: gerar ou obter uma real limitação do poder estatal.

A obra acima destacada é de 1748 e se voltava, como não poderia ser de outro modo, às condições sócio-políticas dadas àquela altura, fundamentalmente ligadas a uma estrutura de um poder absolutista, no que se refere ao campo político, e ainda buscando um rumo em busca da modernidade, relativamente ao campo social.

Montesquieu sabia – ecoando um sentimento que ia se sedimentando naquele momento – que o poder praticamente ilimitado do rei era conclusivamente um incômodo para uma sociedade que aspirava desenvolvimento e principalmente liberdade e, nesta linha conceitual, projetou a repartição desse poder político como forma de se conceber uma nova estrutura política, bem como social. Separar os poderes estatais, assim, surgiu fundamentalmente como forma de se evitar o arbítrio e limitar esses poderes.

Com o advento da Revolução Industrial (1756-1850, *circa*), mas especialmente com as mudanças sociais, econômicas e políticas consolidadas notadamente do início até meados do século XX, o Estado foi chamado a cumprir funções muito mais



diversificadas e complexas em relação àquelas observadas no século XVIII, quando surge a teorização da separação dos poderes.

E neste ponto podemos agregar à limitação do poder também o conceito de um ganho administrativo, de um ganho em termos de eficiência para as ações estatais com a adoção da separação dos poderes.

De fato, parece claro que a segmentação de atividades, em qualquer estrutura administrativa, tem por conseqüência a especialização de cada setor ou área em relação às atividades típicas ali desenvolvidas, o que redundará num aprofundamento da *expertise* típica de tais funções, seja em relação ao desenvolvimento de métodos e procedimentos próprios, seja no incremento técnico em si, no avanço tecnológico e de conhecimentos relativamente a tais atividades.

Esse ganho administrativo ganhou especial relevo com a mudança da configuração estatal observada especialmente na primeira metade do século XX. De um Estado absenteísta e imerso num liberalismo de feição ainda bastante ortodoxa, com, ainda mais, poucas ou limitadas funções a desempenhar, o começo do século passado vê surgir um Estado de feição mais social, gradativamente voltado à implementação e proteção de direitos coletivos.

Além desses direitos, o Estado que surge dessa inflexão de forças e de eventos históricos – 1ª Guerra Mundial, Revolução Russa, Constituição Mexicana, Constituição de Weimar – também assume um papel muito mais protagônico na atividade econômica, algo que encontrará uma espécie de síntese na política do *New Deal* de Roosevelt, nos EUA.

Esse “novo” Estado, tal como acima exposto, se vê assim às voltas com muitas outras atividades inexistentes ao tempo da teorização primitiva da separação dos poderes. A limitação do poder segue sendo importante neste contexto, mas o ganho de eficiência em termos administrativos, a obtenção de uma burocracia estatal mais eficiente, é um ponto a ser levado em conta, especialmente quando buscamos uma análise mais contemporânea da repartição do poder estatal.

Outro aspecto de relevo, ainda neste contexto de contemporaneidade, é que os elementos acima destacados, limitação do poder e ganho em eficiência administrativa, são como que inspirados por uma ideia que passa a ser um verdadeiro princípio informativo: equilíbrio entre os poderes estatais. Equilíbrio e harmonia.

Sai de cena a separação estanque, a noção de compartimentos rigorosamente independentes que, por vezes, lutam para demarcar com a máxima rigidez seus próprios limites, e os limites dos outros poderes, para se adotar uma visão de convívio entre independência e equilíbrio como elementos inerentes a esta segmentação de poderes estatais.

Esta visão, a bem da verdade, nem é exatamente tão contemporânea assim, eis que Carl Schmitt, por exemplo, já a indicava como sendo um elemento vital, anotando que “*a constituição inglesa representada por Montesquieu garante a liberdade dos cidadãos não através da separação dos poderes, mas através do equilíbrio dos poderes*”<sup>209</sup>. E na mesma linha segue Madame de Staël-Holstein<sup>210</sup>:

O equilíbrio dos poderes não significa o jogo dos contrapesos, que nada mais seria do que um equilíbrio de forças que originaria um conflito ininterrupto entre os poderes para obter a supremacia. Equilibrar os poderes significa a série de combinações que os leva a encontrar um acordo.

O equilíbrio harmônico defendido pelos doutrinadores destacados, bem de se ver, se encontra previsto em nossa Constituição Federal que não apenas contempla a repartição de poderes do Estado, mas expressamente defende que esta seja harmoniosa entre os elementos componentes dessa separação (Executivo, Legislativo e Judiciário), sem prejuízo da independência de cada um deles no desempenho de suas funções (art. 2º, CF).

Não é, portanto, exatamente na avaliação estrita e rigorosa do desempenho das funções tidas como típicas de cada poder estatal que se encontra o âmago ou mesmo a necessidade de tal separação. Nem mesmo na observação detida dos limites de cada poder na articulação das ações que lhe são próprias ou peculiares, mas, ao menos com muito mais força, é no equilíbrio e no convívio harmônico entre tais poderes que está o real foco de interesse de suas repartições.

O contraponto acima se afigura relevante, pois, se aos juízes e magistrados de um modo geral recomenda-se cautela na condução da prestação jurisdicional,

---

<sup>209</sup> SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Petropolis: Vozes, 1992, p. 85.

<sup>210</sup> *Lettres sur les ouvrages et le caractère de Jean-Jacques Rousseau (1788)*, apud SCHMITT, op. cit., p. 86.

justamente para se evitar “invasões” sobre procedimentos próprios de outros poderes estatais, não menos certo é se observar que estes chamados – freqüentemente de modo desproporcional e bastante adjetivado – “excessos” ou “abusos” do ativismo judicial, nada mais são que atos perfeitamente normais ou pelo menos aceitáveis no contexto contemporâneo de um Estado de Direito, mais ainda quando à sua natureza jurídica (de direito) se agrega o elemento da democracia (democrático de direito).

Contemporaneamente, às muitas atividades que o Estado passa a desempenhar ou aos muitos atos e procedimentos que lhe são titularizados, ainda devemos agregar o exercício de um papel ativo na concreção de direitos fundamentais, de elementos integrantes da democracia, ou a própria democracia como um todo, mas, de modo vital, na consecução de políticas públicas, especialmente aquelas disposta ou contempladas em normas positivadas.

É precisamente neste último aspecto que se insere, no final, o âmago do que se poder nominar como sendo um verdadeiro ativismo judicial. Como já se disse acima, não é qualquer ato pretensamente heterônomo praticado pelo Poder Judiciário que poderá ser classificado, e no mais das vezes criticado, como sendo a prática do ativismo judicial, mas fundamentalmente aquele que, descolando-se do ato jurisdicional mais ortodoxo ou clássico, visa o atingimento de um alvo exclusivo ou precipuamente político por meio de um julgamento.

Neste contexto, a prestação jurisdicional – especialmente dos tribunais superiores e ainda mais especialmente do Supremo Tribunal Federal – cumpre o papel de dar uma solução definitiva para a lide ali contida, mas, também, e até principalmente em alguns casos, se posiciona como um ator ativo, relevante e eficaz na tarefa de tornar realidade certos valores e princípios públicos contemplados pelo Estado de um modo geral em suas normas.

Se isso é feito com excesso ou de modo desaconselhável, não apenas pelo excesso, mas por sua própria manifestação, é algo a ser analisado numa abordagem caso a caso, justamente o foco desse nosso estudo, com o estudo, mesmo limitado, de um julgamento referencial produzido pelo STF.

Antes, porém, se analisará o ativismo judicial no Brasil de um modo mais amplo, objeto de estudo de nosso próximo tópico.

### 3. Ativismo Judicial no Brasil e seus reflexos

O transporte de funções entre os poderes não é algo novo e nem deveria causar surpresa, como já se referenciou acima. A questão que parece relevante é observar a intensidade desse fenômeno, especialmente no Brasil.

Assim, e ilustrativamente, a figura da medida provisória, de tão larga utilização em solo brasileiro, teve clara inspiração no *decreto-legge* italiano onde, sob a égide da constituição de 1947, ainda vigente, segue sendo instituto posto à disposição do presidente da República. Contudo, como ali vigora, desde aquele momento, o regime parlamentarista, observa-se que a amplidão de tal instituto é ali, até de modo natural, muito mais contida.

No Brasil essa amplidão de atuação do executivo tampouco é algo tradicional e linear. Com efeito, somente as constituições de 1937, 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, considerada por alguns como uma nova constituição, traziam o instrumento da medida provisória, o que foi retomado pela Constituição Federal de 1988.

A exposição acima não é articulada no sentido de se justificar eventuais excessos do STF no exercício de suas funções, uma espécie de paralelo analógico com a atuação do executivo, mas tão-somente mostrar a realidade político-institucional em que o exercício das atividades típicas dos poderes estatais se desenvolve no Brasil. Há, inegavelmente, uma dinâmica toda própria ou peculiar no sentido ora exposto.

A Constituição Federal, como é de conhecimento comum, foi proposta, debatida e finalmente promulgada num ambiente pós-ditadura, num “clima” de recente democratização do país, processo que, muito embora infundável por natureza, no caso brasileiro ainda mostra claras lacunas a reclamar integração.

Em locução que acabou por se consagrar na doutrina, o professor Lenio Streck se refere ao Brasil como exemplo de nação “*de modernidade tardia*”<sup>211</sup>, ou seja, integrante de um grupo de estados que ainda não completaram a tarefa já concluída por países desenvolvidos de garantir a concretização de direitos fundamentais – destacadamente os individuais de primeira e segunda geração – e implementação

---

<sup>211</sup> **STRECK**, Lenio. **Novos Estudos Jurídicos**. Volume 8. Nº 2. p.257-301, maio/ago. 2003.

definitiva da democracia.

O pré-citado professor defende que, para lidar com essa realidade, devemos ter aqui uma postura ativista de nossos tribunais, com o escopo central de concretizar direitos e políticas públicas, especialmente aquelas dispostas na Constituição Federal, o que atrai naturalmente o STF para um papel de destaque neste sentido.

Como parece ser bastante evidente, a linha adotada acima não é livre de resistências, dentro e fora do Brasil. Talvez o mais destacado crítico dessa postura ativista (e também “substancialista”), seja o filósofo Jürgen Habermas, que, nesta discussão, ficou alinhado ao que se usou nominar de “procedimentalistas”.

Para os “procedimentalistas”, o verdadeiro espaço de construção da democracia é o parlamento, e isso não somente porque sua composição partiu de uma escolha popular, mas também porque se trata de um órgão de proporções muito maiores que uma corte constitucional, composta, normalmente, de alguns poucos juízes ou ministros, e também porque o parlamento, justamente por ser órgão de composição popular, está muito mais permeável às interferências críticas da população, o que não ocorre com uma corte constitucional ou mesmo com a atividade jurisdicional de um modo geral.

Habermas critica duramente o papel desempenhado especialmente pelas cortes constitucionais na dinâmica político-social, chegando a afirmar que “*ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária*” e mais adiante ainda completa sua crítica vendo na atuação do Judiciário relativamente às grandes questões da cidadania uma “*colonização do mundo da vida*”<sup>212</sup>.

De modo bastante direto, Habermas defende que o tribunal constitucional “*deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição (...) limitando-se a proteger um processo de criação democrática do direito*”<sup>213</sup>.

Em contrapartida, os “procedimentalistas” são criticados por se isolarem demasiadamente numa realidade de nações já desenvolvidas, incluindo aí o campo político e social. Habermas, assim, estaria fazendo uma abordagem excessivamente

---

<sup>212</sup> **HABERMAS, J. Direito e Democracia – entre faticidade e validade.** vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 245 e segs.

<sup>213</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 247.

centrada na realidade europeia, notadamente alemã, ignorando outras realidades em que o papel do Judiciário pode ser relevante na construção de uma sociedade mais desenvolvida e avançada em termos humanísticos.

Com relação ao Brasil, já se registrou algumas manifestações importantes de ministros do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, seja em votos de ações ou recursos, seja em manifestações extra-autos. Vejamos:

Justificar-se-á, como procedimento já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico – a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado (ADPF 45/DF, Relator Min. Celso de Mello)

Enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do legislativo (MI 712-8, Rel. Min. Eros Grau, voto de Gilmar Mendes)

Existem três situações em que cabe a intervenção do Judiciário nas políticas públicas: quando a omissão ou a política já implementada não oferecer condições mínimas de existência humana; se o pedido de intervenção for razoável; e, do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política seja desarrozoada. Em todos os casos, é preciso que haja verba para a implementação das medidas (Limites ditados pelo voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 45)

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatórios, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais empregados na estrutura constitucional (AI 677.274-8/SP, Rel. Min. Celso de Mello)

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade (Min. Celso de Mello, discurso de posse do Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, abril de 2008)

Mas, ainda que o ativismo possa ser visto como uma espécie de necessidade para países como o Brasil, o fato é que a fixação de limites para tal atividade – e o próprio questionamento sobre sua relevância como elemento edificador da democracia brasileira – segue sendo tema candente, imerso em polêmica ainda bastante viva e cujo equacionamento não parece ser nem simples e nem de alcance fácil num horizonte mediano de tempo.

Bem por isso, iremos destacar, logo adiante, caso submetido ao crivo do Supremo Tribunal Federal em que o ativismo judicial se mostrou bastante presente. Trata-se do caso que ficou conhecido como “*Reserva Raposa Serra do Sol*” em que a corte maior do país determinou a demarcação contínua de reserva indígena já existente e o fez colocando de lado certos direitos para prestigiar outros.

#### **4. O caso da Reserva Indígena “Raposa Serra do Sol”**

Raposa Serra do Sol (Raposa) é uma área de terra indígena situada no nordeste do estado brasileiro de Roraima, nos municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, entre os rios Tacutu, Maú, Surumu, Miang e a fronteira com a Venezuela, foi criada destinada à posse permanente dos grupos indígenas ingaricós, macuxis, patamonas, taurepangues e uapixanas<sup>214</sup>.

A Raposa foi demarcada pelo Ministério da Justiça, através da Portaria Nº 820/98, posteriormente modificada pela Portaria 534/2005. A demarcação foi homologada por decreto de 15 de abril de 2005, da Presidência da República<sup>215</sup>.

A reserva destacada é uma das maiores porções de terra indígena do país, com 1.743.089 hectares e 1000 quilômetros de perímetro. Quase 27% do território amazônico hoje é ocupado por terras indígenas, sendo que 46,37% de Roraima correspondem a estas áreas<sup>216</sup>.

Formada por imensas planícies, semelhantes às das regiões de cerrado, e por cadeias de montanhas, na fronteira entre Brasil, Venezuela e Guiana, a Raposa

---

<sup>214</sup>Disponível em [http://pt.wikipedia.org/wiki/Raposa\\_Serra\\_do\\_Sol](http://pt.wikipedia.org/wiki/Raposa_Serra_do_Sol), acesso em 19 de novembro de 2017.

<sup>215</sup> Disponível em [http://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos\\_auditoria/pf/parana/relatorio\\_gestao\\_2008\\_dpf\\_p\\_r.pdf/view](http://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/pf/parana/relatorio_gestao_2008_dpf_p_r.pdf/view), acesso em 19 de novembro de 2017.

<sup>216</sup> Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj031397.pdf>, acesso em 19 de novembro de 2017.

acabou atraindo produtores rurais que passaram a se dedicar ao cultivo de arroz, eis que as terras eram de boa qualidade.

Esses produtores de arroz teriam chegado à região no início da década de 1970, quando compraram as terras de antigos fazendeiros. Até 2008/2009, eram produzidas ali 160.000 toneladas de grãos por ano, em uma área de aproximadamente 100 mil hectares, na borda sul da reserva Raposa Serra do Sol, às margens do Rio Surumu<sup>217</sup>.

O impacto da produção agrícola na região era de tal magnitude que o governo estadual de Roraima incentivava a vinda de novos produtores e também lhes fornecia calcário – para utilização na lavoura – a preços subsidiados ou mesmo gratuitamente em certos casos.

Como resultado dos conflitos constantes entre produtores rurais e índios, foi determinada a desocupação de toda a área da reserva em 2007. Em 2008, contudo, o Estado de Roraima interpôs uma representação no STF (Pet 3388) reivindicando a suspensão da ordem de desocupação. A representação foi acatada por unanimidade no Supremo e a chamada Operação Upatakon III foi suspensa até o julgamento de todos os processos relativos à homologação das terras indígenas.

Em 20 de março de 2009, julgamento do STF, no bojo da já citada Pet 3388, confirmou a homologação contínua da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, determinando a retirada dos não indígenas (produtores rurais) da região. O Relator designado, Ministro Ayres Brito, liderou o entendimento acima destacado e suas considerações acabaram integrando a ementa do julgamento, valendo destacar alguns trechos relevantes:

Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa pré-existente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF).

---

<sup>217</sup> **ALBANO**, Gleidson Pinheiro. **Globalização da Agricultura: uma análise comparativa entre duas cidades com fruticultura irrigada para exportação no RN, Ipangaçu e Baraúna**. Disponível em [https://www.ufpe.br/posgeografia/images/documentos/d\\_2012\\_gleidson\\_pinheiro\\_albano.pdf](https://www.ufpe.br/posgeografia/images/documentos/d_2012_gleidson_pinheiro_albano.pdf), acesso em 19 de novembro de 2017.



O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em "bolsões", "ilhas", "blocos" ou "clusters", a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio).

Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma convivência empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios.

Especificamente com relação aos aspectos de desenvolvimento econômico e impacto da demarcação na realidade produtiva local, o julgamento em foco posicionou-se no sentido de haver aí um "falso dilema" entre desenvolvimento e demarcação de reservas indígenas, ponderando que ao poder público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de "desenvolvimento nacional" tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.

Por outro lado, registre-se, especificamente quanto ao âmago do julgamento em comento, não existir consenso nem mesmo entre os índios quanto à desocupação

dos não-índios, no caso produtores rurais. Aqueles organizados em torno do Conselho Indígena de Roraima apoiam, enquanto outros ligados à Sociedade de Defesa dos Indígenas Unidos do Norte de Roraima (Sodiur) são contrários à saída dos não índios da região<sup>218</sup>.

Estes últimos argumentam que vários índios trabalhavam nas lavouras de arroz e que a relação com os produtores rurais era ao menos estável. Mas, tudo leva a crer que esse grupo não foi ouvido ou não foram consideradas as suas colocações como razões de decidir por parte do Supremo Tribunal Federal.

O que se observa, num olhar crítico, é que o julgamento em foco parece não ter levado em conta alguns aspectos:

**A.** Não parece ter sido considerado no bojo do julgamento o fato de que muitos produtores rurais ali estavam instalados há muito tempo e o faziam de boa-fé e, ainda mais, apoiados em títulos regulares. Parece ser de pouca juridicidade, ainda mais, contrastar tais títulos com o direito dos índios que seria *meta-jurídico* ou *transcendental*, eis que, se assim fosse, estariam os índios, então, acima das próprias disposições de um Estado Democrático de Direito, configurando uma espécie de demiurgos reunidos em grupo;

**B.** A ocupação das terras pelos não-índios era com claro viés produtivo, algo que impactava positivamente não somente na atividade econômica do Estado de Roraima, mas na vida de muitos índios, ligados de algum modo a atividade rural desenvolvida naquela região. Tudo leva a crer que estes indivíduos, também índios, simplesmente não foram ouvidos;

**C.** Como bem observou o Ministro Marco Aurélio Mello em seu voto divergente, nenhum prejuízo experimentariam os índios com a demarcação descontínua de suas terras, eis que já há entre eles uma divisão natural em subgrupos étnicos, compostos por povos com dialeto, hábitos, costumes e cultura diferenciadas entre si. A demarcação contínua não parece ter representado, pois, qualquer ganho neste sentido. E falar em marcação contínua para se evitar um “etnocídio” revela abordagem excessivamente subjetiva e até mesmo panfletária, algo inadequado no contexto de um julgamento como esse;

---

<sup>218</sup> Romero Jucá, senador por Roraima, se pronunciou sobre este aspecto: <http://www.senado.gov.br/atividade/pronunciamento/detTexto.asp?t=369812>, acessado em 10 de setembro de 2017.

D. O julgamento não revela, como deveria, ter ocorrido aqui uma real ponderação de valores, buscando-se uma solução parcimoniosa que procurasse a harmonização dos interesses em jogo e não a simples adjudicação de um direito em prol de uma parte sem se considerar, com a profundidade devida, os interesses dispostos no entorno da questão. Desse modo, transparece que o direito à demarcação foi posto acima de quaisquer outras considerações, transmutando-se numa espécie de “superdireito” a ser tutelado a todo e qualquer custo, o que não é recomendável para a solução de um conflito complexo como esse.

E. A Reserva possui mais de 1,7 milhões de hectares, sendo que a área ocupada pelos produtores de arroz alcançava apenas 160.000 hectares, ou seja, menos de 10% da área da Reserva. A simples exposição desse dado parece ser suficiente para autorizar a conclusão que, de fato, faltou equilíbrio e ponderação no julgamento em foco.

## **5. Considerações finais**

O presente artigo já traz em seu bojo as considerações e observações críticas cabíveis neste estudo. Restam algumas poucas observações finais que funcionarão como fecho dessa reflexão.

Pode-se dizer que o Ativismo Judicial foi bem exemplificado neste caso, quando, na busca de efetivar sua função de guardião da Constituição Federal, acabou o STF não “apenas” exercendo funções legislativas, mas verdadeiramente agindo como se agente político integrante do executivo fosse, como se formulador e implementador de políticas públicas fosse, o que está longe de ser atividade típica do Poder Judiciário e está distante até mesmo de ser atividade atípica, indireta ou imprópria.

Nota-se que o chamado ativismo judicial, ao menos no Brasil, vem atrelado fundamentalmente à ideia de uma participação ampla e intensa do Judiciário na consolidação dos valores constitucionais e isso quase sempre para garantir a fruição de direitos pelos grupos minoritários.

Há exemplos candentes relacionados a isso, como o julgamento da união homossexual e também o julgamento da política de cotas pelo viés étnico, o que

também envolve os índios como beneficiários. Nestes dois casos, notadamente no segundo, houve intensa consulta prévia ao julgamento, com sessões públicas em que especialistas puderam expor suas posições subsidiando os julgamentos futuros.

No caso da Reserva Raposa Serra do Sol isso não ocorreu e nota-se, pelo teor dos votos e do conteúdo da ementa, que a fundamental ponderação de valores – afinal o direito fundamental dos índios a uma vida digna em sentido lato não está acima do direito de propriedade dos produtores e nem do direito a uma vida digna dos não-índios ali existentes – não marcou presença no julgamento em foco como deveria.

Tributário do constitucionalismo, nossa organização política se dá pelo signo do poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, tudo emoldurado pelo Estado de Direito como expressão da razão e de um projeto amplo de sociedade, já então inspirada pela democracia.

Essa Democracia e esse Estado de Direito, contudo, devem ser exercitados do modo mais coletivo possível e nas instâncias mais ventiladas à participação popular, o que o Poder Judiciário não tem como abrigar na amplitude devida, eis que, por natureza, deve a atividade jurisdicional primar pela abordagem técnica, desenvolvida por indivíduos com capacitação específica e adequada para a busca do lícito e do correto dentro de um sistema jurídico-normativo posto, sendo tal atividade por natureza contramajoritária.

A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra o pensamento das majorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Vale ressaltar que os juízes devem agir dentro dos ditames constitucionais e das leis infraconstitucionais, deixando de lado a vontade política, e como ator social, o juiz atua em nome da sociedade devendo atuar com harmonia perante a ‘vontade’ social, dentro de limites plausíveis e justificáveis.

Portanto, e para tanto, a questão vital é: o ativismo judicial na intenção de proteger uma minoria, não acaba por criar outra? Com essa problemática levantada quem é a minoria a ser protegida e como ela deve ser protegida? Os produtores rurais ali envolvidos – e seus funcionários, familiares, empresas coligadas – não ficaram numa situação de ainda maior desamparo que os próprios índios?

Nada disso parece ter sido considerado no julgamento em destaque. Como já dito, o princípio a ser observado pelo STF no caso deveria ter sido o da razoabilidade.

Os arroteiros poderiam se encontrar protegidos pela Constituição, notadamente através de uma interpretação com viés econômico do art. 170, CF.

A preservação da área poderia ter preservado os conflitantes. A conservação do meio ambiente bem como a preservação indígena e dos arroteiros, poderia ter sido feita de uma forma sustentável adequando para ambas às partes, a garantia da terra e do desenvolvimento social daquela região. Tal tese encontra amparo no art. 219 da Constituição Federal que aduz:

O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos de lei federal.

Ocorre que ao privilegiar uma parte, os índios, criou-se um desincentivo para todo um mercado. Por ser uma parte fértil onde o cultivo de arroz se implantou de forma bem sucedida, a decisão pela preservação total da área prejudicou a produção local.

A instabilidade gerada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal são alvos de críticas, pois ressalta a falta de legitimidade democrática da Justiça, mesmo sendo a decisão melhor que a estabelecida pelo legislador. E cria para a população uma perspectiva bastante preocupante: o eventual autoritarismo dos juizes. Uma minoria passaria a ditar os rumos de várias questões de relevo transcendental para a sociedade. Convém neste contexto lembrar o alerta de Jean-Jacques Rousseau<sup>219</sup>:

Uma das maiores ameaças à soberania popular decorre da incessante ação dos magistrados e suas vontades particulares contra a vontade geral. Para se compreender o processo de consolidação da democracia é necessário, portanto, ir além do estudo da formação da vontade democrática e analisar de que forma os órgãos encarregados de aplicar essa vontade têm cumprido a sua missão

Um dos mais respeitados pesquisadores da atualidade, Daniel Sarmento, chama-nos a atenção para os riscos de um ativismo judicial sem limites. Elogiando a atividade jurisdicional que se propõe mais ampla, Sarmento contra-argumenta que há

---

<sup>219</sup> **ROUSSEAU**, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: L&PM, 2007, p. 39.

a “*outra face da moeda*” e essa é a de que muitos juízes “*deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça – passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos*”<sup>220</sup>. E prossegue dito pesquisador:

Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

E outro estudioso e doutrinador, Luis Flávio Gomes, seguindo a mesma linha de Sarmiento, ou seja, valorizar o ativismo, mas com uma generosa dose de cautela, igualmente observa que quando “*o Poder Judiciário inova o ordenamento jurídico, criando regras antes desconhecidas, invade a tarefa do legislador, ou seja, se intromete indevidamente na função legislativa. Isso gera um outro risco: o da aristocratização do Estado e do Direito (que, certamente, ninguém no século XXI está muito disposto a aceitar)*”<sup>221</sup>.

O contraponto ora formulado não pode, por outro lado, servir como simples censura a uma atuação mais vigorosa dos tribunais, especialmente o STF que, inegavelmente, vem tutelando a regulamentando questões importantíssimas como o aborto de feto anencéfalo, a união homossexual, as cotas étnicas e muitas outras.

Nada obstante, o exercício do poder sempre demanda cuidado e atenção, especialmente por parte dos que o exercem. Lord Acton imortalizou a observação

---

<sup>220</sup> SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda**. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 144.

<sup>221</sup> GOMES, Luiz Flávio. **O STF está Assumindo um "Ativismo Judicial" sem Precedentes?** in Revista eletrônica Universo Jurídico, disponível em [www.uj.com.br](http://www.uj.com.br), acesso em 02.11.2017.

segundo a qual “*o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente*”<sup>222</sup>.

O Estado de Direito nasceu sob os auspícios de um objetivo claro: criar uma instituição que permitisse o exercício do poder político de modo limitado, afastando justamente o estado anterior de coisas, ou seja, um exercício de poder político praticamente sem limites e sujeito aos caprichos ou opiniões pessoais de seu titular.

Pode-se, estruturalmente, estar longe dos tempos de um monarca absolutista. Já, porém, a possibilidade de um exercício pontual e episódico de uma parcela desse poder estatal com alguns laivos de excesso ou abuso é algo plenamente viável, ainda que sob a égide um estado democrático de direito e com todas as garantias a ele inerentes em plena articulação e funcionamento.

## REFERÊNCIAS

**ALBANO**, Gleidson Pinheiro. **Globalização da Agricultura: uma análise comparativa entre duas cidades com fruticultura irrigada para exportação no RN, Ipanguaçu e Baraúna.** Disponível em [https://www.ufpe.br/posgeografia/images/documentos/d\\_2012\\_gleidson\\_pinheiro\\_albano.pdf](https://www.ufpe.br/posgeografia/images/documentos/d_2012_gleidson_pinheiro_albano.pdf), acesso em 19 de novembro de 2017.

**GOMES**, Luiz Flávio. **O STF está Assumindo um "Ativismo Judicial" sem Precedentes?** in Revista eletrônica Universo Jurídico, disponível em [www.uj.com.br](http://www.uj.com.br), acesso em 02.11.2017.

**HABERMAS**, J. **Direito e Democracia – entre faticidade e validade.** vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

**NALINI**, José Renato. **Curso de Deontologia da Magistratura.** José Renato Nalini (org), São Paulo: Saraiva, 1992.

**PRADO**, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a alma: reflexos sobre a prestação jurisdicional.** São Paulo: EDPUC, 2003.

---

222

Disponível em [https://www.goodreads.com/author/quotes/969937.John\\_Emerich\\_Edward\\_Dalberg\\_Acton](https://www.goodreads.com/author/quotes/969937.John_Emerich_Edward_Dalberg_Acton), acessado em 12 de julho de 2017.

**ROUSSEAU**, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: L&PM, 2007.

**SARMENTO**, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda**. In **SCHMITT**, Carl. **O conceito do político**. Petropolis: Vozes, 1992.

**SILVEIRA**, Alípio. **A justiça inglesa hoje**. in RF 160/409.

**STRECK**, Lenio. **Novos Estudos Jurídicos**. Volume 8. Nº 2. p.257-301, maio/ago. 2003.