

ISSN 1678-8729

# REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

NÚMERO 37 | JANEIRO / ABRIL 2019



**Newton**

## ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE: Antônio Roberto Beldi

REITOR: João Paulo Barros Beldi

DIRETORA DA EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA: Jucimara Roesler

PROCURADORA INSTITUCIONAL: Glaucia Corrêa

GESTOR DO INSTITUTO DE HUMANAS: Maria Angela Brescia Gazire Duch

COORDENAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo | Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva  
n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton  
Paiva, 2003.

n.37, jan. /abril 2019

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III.  
Título

CDU: 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

### **CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA** **ESCOLA DE DIREITO**

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara

Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



# EXPEDIENTE

## EDITOR

Michael César Silva

## CONSELHO EDITORIAL

Adalberto de Souza Pasqualotto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Alejandro Marcelo Medici | Universidad Nacional de La Pampa Santa Rosa, La Pampa, Argentina

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Carlos Frederico Marés de Souza Filho | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

César Fiuza | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Claudia Lima Marques | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fernando José Borges Correia de Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fredie Souza Didier Junior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Giammaria Milani | Università di Siena, Siena, Itália

Giovani Clark | Universidade Federal de Minas Gerais | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo José Mendes Tepedino | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Jean Carlos Dias | Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, Pará, Brasil

Jean-Christophe Merle | Universität Vechta, Vechta, Alemanha

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Jorge Claudio de Bacelar Gouveia | Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Luiz Quadros de Magalhães | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juarez Freitas | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marcia Carla Pereira Ribeiro | Pontifícia Universidade Católica do Paraná | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Michael César Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Nelson Rosenvald | Complexo Educacional Damásio de Jesus, São Paulo, São Paulo, Brasil

Paulo Roberto Ribeiro Nalin | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Rafael Peteffi da Silva | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Regina Linden Ruaro | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Ricardo Rabinovich-Berckman | Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Rogério Medeiros Garcia de Lima | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Rubén Martínez Dalmau | Universidad de Valência, Valência, Espanha

Salete Oro Boff | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Tatiana Ribeiro de Souza | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

## CONSELHO DE PARECERISTA

Adilson Silva Ferraz | Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru | Faculdade Asces, Caruaru, Pernambuco, Brasil

Adriano Marteleto Godinho | Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil

Alessandro Jacomini | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Alexandre Senra | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Álisson José Maia Melo | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

André Cordeiro Leal | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

André de Carvalho Okano | Centro universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

André Del Negri | Universidade de Uberaba, Uberaba, Minas Gerais, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Arthur Magno e Silva Guerra | Faculdade de Direito Milton Campos | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Beatriz Felipe Pérez | Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Carlos Alberto Ferri | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Carlos Luiz Strapazzon | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Carolina Soares Hissa | Escola Superior Associada de Goiânia | Faculdade Cambury, Goiânia, Goiás, Brasil

Caroline Fockink Ritt | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Clara Cardoso Machado Jaborandy | Universidade Tiradentes, Aracaju, Sergipe, Brasil

Claudio Macedo de Souza | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Cristian Kiefer da Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Cyntia Carneiro Lafeté | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Daniela Silva Fontoura de Barcellos | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Davidson Malacco Ferreira | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Salles Pimenta | Universidade Paulista, São Paulo, São Paulo, Brasil

Ernani de Paula Contipelli | Unochapecó, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Eugênio Facchini Neto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Everilda Brandão Guilhermino | Universidade Federal de Pernambuco | Faculdade Salesiana, Recife, Pernambuco, Brasil

Fábio Gabriel de Oliveira | Universidade do Estado da Bahia, Valença, Bahia, Brasil

Felipe Dalenogare Alves | Faculdade Antonio Meneghetti, Restinga Sêca, Rio Grande do Sul, Brasil

Felipe Peixoto Braga Netto | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Fernanda Dalla Libera Damacena | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Filipe Piazzini Mariano da Silva | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Guilherme Henrique Lage Faria | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Vidigal Costa | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Heleno Florindo da Silva | Faculdade São Geraldo, Cariacica, Espírito Santo, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Igor Ajouz | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Emanuel de Souza Marques | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Ingrid Paula Gonzaga e Castro | Faculdade Montes Belos, São Luiz de Montes Belos, Goiás, Brasil

João Emilio de Assis Reis | Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Larissa Clare Pochmann da Silva | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Leonardo Rabelo de Matos Silva | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Maraluce Maria Custodio | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Milagres | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Sarsur Lucas da Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Margareth Vetis Zaganelli | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Mariana Ribeiro Santiago | Universidade de Marília | Universidade Nove de Julho, São Paulo, Brasil

Mariane Camargo D´Oliveira | Universidade Feevale, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria de Fátima de Sá | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Miguel Lemos | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

Osvaldo Alves de Castro Filho | Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, Mato Grosso do Sul, Brasil

Renata Carlos Steiner Reisdorfer | Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil

René Patricio Bedón Garzón | Pontificia Universidad Católica del Ecuador | Universidad de Los Hemisferios de Quito, Quito, Ecuador

Ricardo Antônio Lucas Camargo | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Dias Silveira | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Roberto Henrique Pôrto Nogueira | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Ricardo Lupion Garcia | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Reis Mazzei | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Rosa Maria Fernandes Guerra | Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda, Angola

Sabrina Tôrres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Sofia Alves Valle Ornelas | Faculdades Objetivo, Goiânia, Goiás, Brasil

Suelen da Silva Webber | Centro Universitário da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Taise Rabelo Dutra Trentin | Faculdade Palotina de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho | Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Vinícius Lott Thibau | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Wilges Bruscato | Universidade Federal de Alfenas, Poços de Caldas, Minas Gerais, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

## APOIO TÉCNICO

Núcleo de Publicações Acadêmicas Newton | <http://npa.newtonpaiva.br/npa>  
Projeto Gráfico: Ariane Lopes

# sumário



## APRESENTAÇÃO

MICHAEL CÉSAR SILVA.....10-12

## ARTIGOS

A CONFIDENCIALIDADE NAS SESSÕES DE CONCILIAÇÃO: O APARENTE CONFLITO ENTRE PUBLICIDADE E SIGILO PROCESSUAL  
DANIEL MOTA GUTIÉRREZ | ADRIANO CÉSAR OLIVEIRA NÓBREGA.....13-24

SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS TRIBUTÁRIOS COMO FERRAMENTAS DE REDUÇÃO E DE CELERIDADE PROCESSUAL  
ELISBERG FRANCISCO BESSA LIMA | JULIANA SILVA RODRIGUES..... 25-42

APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE A IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO  
VINÍCIUS LOTT THIBAU.....43-59

UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 42 À LUZ DA HERMENÊUTICA JURÍDICA: POR QUE NÃO SE TRATA DE UMA CRISE APENAS AMBIENTAL?  
CAROLINA MÉRIDA | DIMAS PEREIRA DUARTE JUNIOR | REJAINÉ SILVA GUIMARÃES.....60-76

A VULNERABILIDADE SOCIAL DOS SUJEITOS HIV POSITIVO: A ALTERIDADE COMO FUNDAMENTO PARA A MITIGAÇÃO DO ESTIGMA  
ANA THEREZA MEIRELES ARAÚJO | LÍVIA ALEGRIA..... 77-93

A MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE ACERCA DAS CONSEQUÊNCIAS DA MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STF  
RENATA ALBUQUERQUE LIMA | ÁTILA DE ALENCAR ARARIPE MAGALHÃES  
JOSÉ FÁBIO SILVA ARAÚJO..... 94-114

RESTAURANDO A ESPERANÇA: O DIREITO À EDUCAÇÃO E A JUSTIÇA RESTAURATIVA ESCOLAR COMO FORMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO E RESSOCIALIZAÇÃO DO JOVEM INFRATOR  
GABRIELE DELSASSO LAVORATO MANFRÉ | ELLUANE DE LIMA CORRALES  
ILTON GARCIA DA COSTA..... 115-129

O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS  
BERNARDO MAGESTE CASTELAR CAMPOS..... 130-143

EMPRESAS MULTINACIONAIS: COMPARAÇÃO CHILE BRASIL  
ERNANI CONTIPELLI | DANIEL FRANCISCO NAGAO MENEZES..... 144-158

**apresentação**

A releitura crítica e construtiva dos modelos jurídicos, por meio do estudo da doutrina e da análise do posicionamento jurisprudencial dos Tribunais Pátrios, apresenta-se como imprescindível na contemporaneidade, no sentido de permitir a reflexão de inúmeras questões controversas, presentes no contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP) destaca-se como um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da apreciação crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo, e, tendo por linha editorial, temáticas relacionadas ao *Estado Democrático de Direito e Solução de Conflitos*.

O periódico encontra-se classificado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) no *estrato B1* do Sistema *Qualis* de Periódicos Científicos no Brasil, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual veiculada.

A revista atendendo a rigorosos requisitos editoriais, relacionados a excelência de periódicos, encontra-se inserida em vários indexadores nacionais e internacionais, com destaque para, a *REDIB* (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), o *Latindex* (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal), o *BDJur* (Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça), a *RVBI* (Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal) e o *Portal de Periódicos da Capes*.

Em 2019, com vistas ao incremento da qualidade editorial, a Revista iniciou o processo de implementação do *DOI* (Digital Object Identifier) para os artigos científicos publicados, com a finalidade de facilitar a identificação da produção científica.

É com enorme alegria que apresentamos o primeiro número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em 2019 (n.37, jan./abr. 2019).

Agradecemos aos autores pela confiança assentada em nossa revista para fins de publicação de suas pesquisas e aos membros do Conselho de Pareceristas pelo dispêndio de tempo e trabalho para a realização das avaliações.

O presente número do periódico compõe-se por trabalhos inéditos, cujas temáticas proporcionam ao leitor relevantes discussões sobre conflitos sociais oriundos do cenário de transformações que permeiam a sociedade contemporânea - hipercomplexa, plural e multifacetária - sob a necessária perspectiva do Estado Democrático do Direito e dos valores e princípios norteadores da Constituição da República de 1988.

No primeiro artigo, Daniel Mota Gutiérrez e Adriano César Oliveira Nóbrega desenvolvem interessante estudo sobre a aplicabilidade do princípio da confidencialidade às sessões de conciliação, analisando a importância e principais consequências práticas de sua inobservância, asseverando, ainda, tratar-se de um método com princípios e estrutura própria, no qual as partes podem solucionar o conflito sem a intervenção estatal.

*Soluções alternativas de conflitos tributários como ferramentas de redução e de celeridade processual* de autoria de Elisberg Francisco Bessa Lima e Juliana Silva Rodrigues, ambos vinculados a Universidade de Fortaleza (UNIFOR), discorre sobre o problema do excesso processual no Poder Judiciário, especialmente, nos conflitos em matéria tributária, propondo que os métodos alternativos de resolução de conflitos podem ser aplicados efetivamente para resolver os conflitos entre contribuintes e o Fisco.

Vinícius Lott Thibau procede ao exame crítico do *Julgamento Liminar pela Improcedência*, abordando a sua previsão normativa tanto no Código de Processo Civil de 1973 quanto no Código de Processo Civil de 2015, com a finalidade de apontar novos e relevantes questionamentos acerca de seu alinhamento com a constitucionalidade democrática.

Carolina Mérida, Dimas Pereira Duarte Junior e Rejaine Silva Guimarães analisam, à luz da hermenêutica jurídica, o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.42 pelo Supremo Tribunal Federal, cujo objeto versava sobre a defesa da constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei Federal nº 12.651/2012 (“Novo Código Florestal”), para concluir que a decisão que declarou constitucional a maioria dos dispositivos legais questionados nas ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937 carece de legitimidade democrática e de adequação constitucional.

No quinto artigo, Ana Thereza Meireles Araújo e Livia Alegria, do Estado da Bahia, apresentam instigante trabalho sobre a vulnerabilidade dos portadores de HIV, em suas diversas matizes, especialmente, no tocante à estigmatização dos indivíduos face ao apego social a determinados valores e ao “tabu” da sexualidade. Propõem a aplicação da alteridade enquanto ferramenta e, ao mesmo tempo, enquanto objetivo de uma educação que promova a conscientização e o rompimento com valores sociais e morais pré-estabelecidos no tocante à essa condição.

Do Estado do Ceará, Renata Albuquerque Lima, Átila de Alencar Araripe Magalhães e José Fábio Silva Araújo apresentam estudo sobre a mutação (in)constitucional do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/88), com esteio na decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP. Os autores defendem que a Suprema Corte, incumbida da guarda da Constituição, não pode usurpar as atribuições do Poder Constituinte Originário, sobretudo, quando isso significar retrocesso em matéria de direitos e garantias fundamentais.

*Restaurando a esperança: o direito à educação e a justiça restaurativa escolar como formas de responsabilização e ressocialização do jovem infrator*, estudo de Gabriele Delsasso Lavorato Manfré, Elluane de Lima Corrales e Ilton Garcia da Costa aborda a temática da Justiça Restaurativa como instrumento eficaz para fins de garantir a ressocialização e a inclusão do adolescente infrator, inclusive, no ambiente escolar.

Bernardo Mageste Castelar Campos procede a uma análise crítica de casos paradigmáticos, com a finalidade de corroborar a hipótese de reconhecimento pela Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos da inter-relação entre o devido processo legal e outros direitos humanos.

*Empresas multinacionais: comparação Chile Brasil*, texto de autoria de Ernani Contipelli e Daniel Francisco Nagao Menezes examina os impactos causados pela presença das empresas multinacionais, nas economias nacionais do Chile e do Brasil, no contexto da abertura comercial latino-americana nas décadas de 80 e 90.

Por fim, cumpre destacar a honra de apresentar mais um número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP), elaborado a partir da produção científica de renomados pesquisadores, e do compromisso intelectual de qualidade editorial do periódico.

Esperamos que o diálogo e as reflexões propostas pelos autores nos artigos científicos publicados possam colaborar para futuras pesquisas, e, para o enriquecimento de toda a comunidade jurídica e acadêmica.

Boa leitura!

**Professor Doutor Michael César Silva**

Editor da Revista Eletrônica de Direito do  
Centro Universitário Newton Paiva

# A CONFIDENCIALIDADE NAS SESSÕES DE CONCILIAÇÃO: O APARENTE CONFLITO ENTRE PUBLICIDADE E SIGILO PROCESSUAL

## CONFIDENTIALITY AT THE CONCILIATION SESSIONS: THE APPROPRIATE CONFLICT BETWEEN ADVERTISING AND PROCEDURAL SAFETY

Daniel Mota Gutiérrez <sup>1</sup>  
Adriano César Oliveira Nóbrega <sup>2</sup>

**RESUMO:** Por intermédio de uma revisão bibliográfica e da atuação forense, esta pesquisa verifica a aplicabilidade do princípio da confidencialidade às sessões de conciliação, assim como já ocorre nos mesmos moldes em como sucede nas de mediação judicial e extrajudicial. Primeiro, mostra-se os meios equivalentes da gestão de conflitos, verificando as suas principais características e a sua importância para a consolidação do acesso à justiça. Em seguida, verificam-se as principais distinções entre os meios autocompositivos, em especial, entre a conciliação e a mediação e qual o método mais adequado para cada tipo de conflito. Na sequência, apura-se a importância da aplicabilidade da confidencialidade às sessões de conciliação e quais as principais consequências práticas de sua não utilização, analisando a dicotomia entre publicidade processual e confidencialidade das sessões autocompositivas. Remata-se com a ideia de que o sigilo deve reger todas as sessões conciliatórias, sob pena de enfraquecer o instituto da conciliação, tornando-o apenas mais uma etapa processual ao invés de um método com princípios e estrutura própria, no qual as partes podem solucionar o conflito sem a intervenção estatal.

**Palavras-Chave:** Conciliação; confidencialidade; sigilo; publicidade; acesso à justiça.

**ABSTRACT:** Through a bibliographic review and forensic practice, this research verifies the applicability of the principle of confidentiality to the conciliation sessions, as it already occurs in the same way as in the case of judicial and extrajudicial mediation. First, it shows the equivalent means of conflict management, verifying its main characteristics and its importance for the consolidation of access to justice. The main distinctions between the means of self-settlement, in particular, between conciliation and mediation, and the most appropriate method for each type of conflict, are then examined. Next, the importance of the applicability of confidentiality to conciliation sessions and the main practical consequences of its non-use is analyzed, analyzing the dichotomy between procedural publicity and confidentiality of the self-assessment sessions. It is based on the idea that secrecy should govern all conciliatory sessions, otherwise it would weaken the conciliation institute, making it just another procedural step rather than a method with principles and structure itself, in which the parties can conflict without state intervention.

**Keywords:** Conciliation; confidentiality; secrecy; publicity; access to justice.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Mestrado em Direito, Acesso à Justiça e ao Desenvolvimento da Unichristus (Fortaleza/CE).

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Unichristus (Fortaleza/CE). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza. Professor do Centro Universitário Fametro (UNIFAMETRO). Advogado.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

“Crise do Poder Judiciário” e “afogamento do Judiciário” são duas das expressões utilizadas para definir a atual situação das demandas processuais que tramitam sob o crivo da jurisdição estatal. Referido “afogamento” dá-se, em parte, pela conflituosidade da complexa sociedade pós-moderna, a qual não consegue ser contida pelos métodos tradicionais de solução de conflitos, que caem em uma profunda crise de efetividade, tanto quantitativa como qualitativamente.

Esta realidade propicia uma profunda desconfiança do cidadão relativamente à jurisdição monopolizada pelo Estado e, com procedência nesse fato, os métodos equivalentes da gestão de conflitos ganham força no ordenamento jurídico, como instrumentos que primam pela celeridade e construção democrática do provimento, considerando que as partes componentes do litígio atuam de maneira mais direta e consensual, diferentemente das características adversariais e do papel coadjuvante em que os envolvidos se encontram em um processo judicial.

O Código de Processo Civil de 2015 foi elogiado, por vezes, criticado pelos juristas, em decorrência de suas diversas inovações principiológicas e normativas. Dentre tais inovações, verifica-se a consolidação dos métodos equivalentes da gestão de conflitos, em especial, a conciliação e a mediação, havendo essa sido regulada pela Resolução nº 125 do CNJ e novamente tratada pela Lei nº 13.140/2015.

Além destes métodos autocompositivos de solução dos conflitos e a arbitragem, a desjudicialização de demandas auferiu destaque, com o advento do Diploma Processual de 2015<sup>3</sup>, ampliando, cada vez mais, o conceito do acesso à justiça, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. O acesso à Justiça, mormente visto como o princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição, ganhou evidência após a Terceira onda renovatória do Direito Processual (CAPPELLETTI; GARTH, 1988), momento em que se ampliou o alcance deste princípio, transpondo o monopólio estatal de jurisdição, englobando os métodos autocompositivos e heterocompositivos da gestão de conflitos, além de ampliar a desjudicialização de demandas.

Juntamente com a ampliação do princípio da inafastabilidade de jurisdição, a conciliação e a mediação, feitos métodos autocompositivos, foram mais bem estruturados pela doutrina e a jurisprudência, que recepcionaram estes institutos e traçaram, desde logo, os princípios e diretrizes destes métodos.

Dentre os princípios elencados pelo Diploma Processual, a confidencialidade é um dos previstos para aplicabilidade, tanto às sessões de conciliação, quanto às de mediação. Com suporte, entretanto, na análise da prática forense e de parte da doutrina que aborda o estudo da publicidade processual, constata-se que o sigilo das sessões, em especial das de conciliação, não é sempre respeitado, uma vez que o conciliador, em muitas ocasiões, faz constar em ata de audiência detalhes tratados na sessão.

Além disso, há uma controvérsia que surgiu nos estudos voltados aos métodos autocompositivos, sobre a aplicabilidade do sigilo às audiências de conciliação, visto que a desinformação sobre o tema tratado nessas sessões poderia ferir o princípio constitucional da publicidade processual. Sobre este assunto, será verificado o posicionamento dos estudiosos favoráveis e contrários ao sigilo das sessões de conciliação e estudadas as principais consequências decorrentes da omissão da confidencialidade.

<sup>3</sup> Esta demanda acadêmica busca analisar o papel da confidencialidade somente nas sessões de mediação e conciliação, portanto, não se faz necessário examinar a arbitragem e a desjudicialização.

No intuito de perquirir os objetivos aqui traçados, além desta seção, este artigo se reparte num segmento que se reporta às principais diferenças entre os métodos autocompositivos da gestão de conflitos, momento em que as sessões de conciliação e mediação serão sinteticamente definidas, com o intuito de melhor compreender a atuação prática destes métodos. Posteriormente, no âmbito da divisão há pouco referida, faz-se uma análise de alguns princípios basilares dos métodos autocompositivos, verificando, especificamente, o papel da confidencialidade na aplicação destes métodos, a norma pátria e o Direito estrangeiro referente a este princípio. Na seção que antecede as notas conclusivas, ficou verificada a contribuição da aplicação do princípio da confidencialidade, como regra geral, as sessões de mediação e conciliação, bem como as consequências práticas desta utilização para o deslinde e engrandecimento dos métodos equivalentes da gestão de conflitos.

## 2 OS MÉTODOS EQUIVALENTES DA GESTÃO DE CONFLITOS ENQUANTO CONSOLIDAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Os métodos equivalentes da gestão de conflitos passaram a possuir a mesma importância da jurisdição estatal na consolidação do acesso à justiça, especialmente a partir da contribuição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) com a obra *Acesso à Justiça*, que serviu como base de desenvolvimento dos estudos sobre acesso à justiça das últimas décadas. Em síntese, os autores reconhecem os entraves de garantir a efetividade do acesso à justiça enquanto possibilidade de gestão dos conflitos, seja essa realizada pela decisão do Poder Judiciário ou por outro sistema equivalente. Na obra, os autores elencaram alguns dos impasses de implementar o acesso à justiça, dentre eles: i. Custas judiciais; ii. Possibilidades das partes (custos financeiros, aptidão para reconhecer um direito material e propor uma ação etc.); e iii. Demandas especiais por interesses difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.15-29), características essas mais comuns em processos que tratam de direitos individuais e de causas consideradas “pequenas” pela praxe judiciária.

A partir da obra de Cappelletti e Garth, o acesso à justiça passou a ser compreendido como gestão de um conflito por mais de uma modalidade, superando a exclusividade de solução dos pleitos pelo Poder Judiciário, o que começou a ser realizado por meio procedimentos e características peculiares em cada método, possibilitando às pessoas escolherem a maneira que consideram mais adequada para solucionar um conflito, movimento esse conhecido como sistema multiportas (SANDER, 1979). O acesso às diversas conformações da gestão de conflitos é comumente denominada de sistema multiportas, pelo fato de possibilitar às partes, além da jurisdição estatal, definirem o provimento<sup>4</sup> que pretendem como resultado de determinado conflito, além de decidirem o meio de fazê-lo, cabendo aos advogados oferecerem e discutirem a solução mais adequada (GUERRERO, 2015, p.12), do mesmo modo que se tornam deveres de todos os agentes do sistema jurídico a identificação e a adequação das lides. É importante salientar que os métodos equivalentes à jurisdição estatal de gestão de conflitos mudaram o paradigma da finalidade do processo, não só no Brasil, pois, como abordado por Judith Resnik (2006, p.551-552), ao analisar o ordenamento jurídico da *common law*, os meios autocompositivos<sup>5</sup>, alteraram os

4 De acordo com Elio Fazzalari (2006, p.119-120), provimento é o ato final de um processo (sequência de atos procedimentais qualificado pelo contraditório).

5 O texto da autora utiliza a expressão Alternative Dispute Resolution (ADR), que, em tradução livre, pode ser entendida como “Resolução Alternativa de Disputa”, no entanto, o termo alternativo sugere que a tutela jurisdicional seria o meio principal para gerir conflitos, mas, como leciona Mancuso (2011), é preferível utilizar o termo equivalente, pois os métodos distintos da jurisdição estatal possuem a mesma importância e peso da tutela jurisdicional do Estado para garantir e efetivar o acesso à justiça.

processos judiciais e a doutrina que estuda o direito processual.

O sistema multiportas de gestão de conflitos é comumente dividido em meios heterocompositivos e autocompositivos. Neste grupo estão os métodos de conciliação, negociação e mediação, enquanto aquele é composto pela arbitragem e o litígio judicial.<sup>6</sup> Com efeito, a adesão a um dos meios equivalentes à jurisdição estatal só pode ocorrer quando o conflito versar sobre direitos disponíveis ou que admitam transação, pois caso contrário, o conflito deve ser direcionado à via judicial.

Nessa perspectiva, Mancuso (2009, p.344) entende que os métodos equivalentes da gestão de conflitos surgiram para fortalecer a ideia de acesso à justiça, além de propiciar e estimar a verdadeira cidadania, pois consistem na prevenção ou solução do conflito em um meio externo à estrutura judiciária estatal, valorizando-a, na medida em que essa se torna uma cláusula de reserva na análise de conflitos (MANCUSO, 2009, p.63).

Desse modo, ao legitimar e fomentar outros meios equivalentes à jurisdição estatal, o monopólio da gestão dos conflitos se desfaz, e o acesso à justiça ganha diversas “portas”<sup>7</sup> para se efetivar, cabendo às partes buscarem o meio mais adequado, seja judicial ou extrajudicialmente, para tratar do litígio instaurado. Em análise pormenorizada realizada por Mancuso, esse movimento representa, por conseguinte:

[...] uma releitura do acesso à Justiça, atualizada e contextualizada, sob um registro residual e subsidiário, projetando, quando menos, duas externalidades positivas: (i) estímulo à vera cidadania, que consiste na busca, num primeiro momento, pela prevenção ou resolução do conflito através de algum meio auto ou heterocompositivos, fora e além da estrutura judiciária estatal; (ii) valorização da resposta jurisdicional, que fica assim reservada às pendências que se revelaram refratárias à resolução por outras maneiras ou que, por conta de singularidades de matéria ou pessoa, exijam necessárias passagem judiciária. (MANCUSO, 2011, p.344).

Compondo os meios autocompositivos, destacam-se como métodos equivalentes: a i. Negociação; ii. Conciliação; e, iii. Mediação. Pode-se afirmar que a negociação é um método de solução de controvérsias, também visto como um processo de comunicação, o qual “[...] tem por escopo atingir uma decisão conjunta entre as partes envolvidas em um determinado conflito. Trata-se de um método voluntário e consensual no qual as partes controlam a conformação e o desenvolvimento do modo pelo qual obterão o acordo.” (GUERRERO, 2015, p.27). Expresso em outros termos, a negociação é uma maneira de resolver um litígio de iniciativa, unicamente, das partes e sem a participação de um terceiro, portanto, a confidencialidade não é um elemento que, necessariamente, se faz presente neste método autocompositivo.

A mediação e a conciliação diferem-se da negociação, especialmente pela atuação de um terceiro imparcial que irá sugerir ou conduzir as sessões. No entanto, apesar de assemelharem-se em alguns aspectos de sua utilização, faz-se importante analisar suas principais diferenças, em especial a espécie de conflito que deve ser direcionado à conciliação ou à mediação, para que se possa compreender o papel da confidencialidade em seu procedimento.

<sup>6</sup> Para esta pesquisa acadêmica, não se faz necessário analisar a arbitragem e a via judicial, portanto, os métodos heterocompositivos não serão abordados nos tópicos seguintes.

<sup>7</sup> Respalda a ideia do sistema multiportas de solução de conflitos.



### 3 PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO

A mediação e a conciliação podem possuir, em uma análise superficial, muitas similitudes procedimentais, porém, devem ser verificadas de modo aprofundado para que estes métodos passem a ser considerados tão importantes quanto a via judicial para a solução de um conflito. Com efeito, tais institutos eram vistos como mera etapa do processo judicial, no entanto, com a terceira onda renovatória do processo civil, a qual ampliou a atuação do acesso à justiça, os meios autocompositivos foram estruturados e passaram a ser aplicados com técnicas peculiares a cada método.

Antes de verificar as principais diferenças entre a conciliação e a mediação, torna-se necessário indicar as suas principais semelhanças, as quais são apontadas por Fernanda Tartuce (2016, p.179), dentre elas: I. Participação de um terceiro imparcial; II. Promoção da comunicação em base produtiva; III. Não imposição de resultados; IV. Busca de saídas satisfatórias para o conflito; e, V. Exercício da autonomia privada na criação de saídas para os impasses.

Cumprido constatar que a conciliação é um procedimento de interferência (SILVA, 2013, p.251), no qual o terceiro imparcial vai sugerir o acordo mais adequado para a solução do conflito posto pelas partes, o que deverá ocorrer por meio de um procedimento breve, visando ao apaziguamento do litígio.

Outrossim, os conflitantes poderão ser guiados pelo conciliador a um acordo teoricamente benéfico, no qual as partes poderão solucionar o conflito rapidamente, sem depender da intervenção estatal<sup>8</sup> para conceber o provimento. É importante notar que o conflito adequado às sessões de conciliação é aquele considerado simples e que não surgiu de uma relação duradoura entre as partes, ou seja, a contenda dirimida na conciliação, em regra, é referente a uma situação jurídica momentânea decorrente de um ato.

Já a mediação é um método significativamente mais complexo, utilizado em conflitos multidimensionais, nos quais o terceiro imparcial facilitará o diálogo entre as partes em desavença, pois possuem determinada relação jurídica duradoura. Expresso diferentemente, a mediação

Pode ser definida, em síntese, como um processo dinâmico de negociação assistida, no qual o mediador, terceiro imparcial e sem poder decisório, auxilia as partes a refletirem sobre os seus reais interesses, a resgatarem o diálogo e a criarem, em coautoria, alternativas de benefício mútuo, que contemplem as necessidades e possibilidades de todos os envolvidos, sempre sob uma perspectiva voltada ao futuro da relação. (REZENDE DE ALMEIDA; PANTOJA, 2016, p.88).

Entende-se que o correto amoldamento de um litígio a um dos métodos autocompositivos traz benefícios para as partes, bem como favorece a revitalização da ideia de acesso à justiça. Para Lilia Maia de Moraes Sales (2004, p.38), a principal diferença entre a mediação e a conciliação reside no conteúdo de cada instituto, uma vez que na conciliação o objetivo é chegar a um acordo, enquanto, na mediação, as partes não devem ser vistas como adversárias, e o acordo é somente uma consequência da

<sup>8</sup> É importante mencionar que a conciliação pode ser utilizada tanto extrajudicial como judicialmente no trâmite da ação judicial.

comunicação dos envolvidos.

Desse modo, ao verificar as diferenças de cada método autocompositivo, em especial a conciliação e a mediação, que ocorrem comumente durante o processo judicial, faz-se imperiosa uma adequação no tratamento dos conflitos, direcionando-os para sessões pertinentes e apropriadas, sob pena de combalir os métodos autocompositivos e não solucionar a contenda da maneira mais pertinente.

#### **4 A CONFIDENCIALIDADE E OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS: A DICOTOMIA ENTRE A PUBLICIDADE PROCESSUAL E O SIGILO DAS SESSÕES**

A confidencialidade é um dos princípios norteadores da mediação, sendo aquela aplicada de modo bem aceito, tanto pela doutrina (PINHO, 2011) quanto pela legislação específica, uma vez que está prevista expressamente no inciso VII do artigo 2º da Lei nº 13.140/2015 (BRASIL, 2015), bem como nos parâmetros internacionais sobre a mediação (PARLAMENTO EUROPEU, 2017). O princípio da confidencialidade é aplicado, teoricamente, às pessoas que participarem, de qualquer modo, das sessões autocompositivas, seja no âmbito judicial ou não, estendendo-se, inclusive, a todos os fatos e atos que nela ocorrem, pois essa é a expressa previsão da lei de mediação e do Código de Processo Civil de 2015, podendo a confidencialidade ser mitigada por vontade de ambas as partes.

Também conhecida como princípio do sigilo, a confidencialidade é um elemento essencial para garantir maiores chances de sucesso para as sessões de mediação, visto que, ao garantir a privacidade de todos os dados da sessão, inclusive impossibilitando que as informações sejam utilizadas em um processo judicial, as partes ficarão mais à vontade para manter diálogo aberto.

Assim, a confidencialidade é o instrumento apto para promover um elevado grau de compartilhamento de informações que, certamente, as pessoas não exteriorizariam em um processo judicial expresso na publicidade (TARTUCE, 2016, p.212). Para ser realizada uma análise da confidencialidade das sessões de mediação ou conciliação, faz-se necessário verificar o papel e a abrangência da publicidade dos atos processuais, tendo em vista que esse é um princípio processual previsto na Constituição Federal de 1988 e que, em regra, deve ser aplicado aos processos judiciais e extrajudiciais.

##### **4.1 A publicidade processual e o sigilo das sessões autocompositivas**

A Lei nº 13.140/2015 trouxe as diretrizes das sessões de mediação, apontando os seus mais importantes princípios como sendo os da: I. Imparcialidade do mediador; II. Isonomia entre as partes; III. Oralidade; IV. Autonomia da vontade; V. Informalidade; Busca do consenso; e, VI. Confidencialidade. Após, o Código de Processo Civil de 2015 ampliou o rol destes princípios, prevendo a “[...] independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada” (BRASIL, 2015) como princípios das sessões autocompositivas de mediação e conciliação.

Com efeito, os princípios elencados pela Lei de Mediação são plenamente aplicáveis nas sessões de conciliação, que devem ser realizadas com esses mesmos parâmetros basilares, para que os métodos autocompositivos se fortaleçam e consolidem os meios equivalentes à jurisdição estatal da gestão de conflitos no campo do acesso à justiça (MANCUSO, 2011).

Nota-se, contudo, que, quando parte da doutrina trata da confidencialidade, especificamente nas sessões de conciliação, há certa omissão ou divergência sobre sua aplicabilidade, notadamente em virtude do princípio da publicidade processual previsto na

## Constituição Federal.

Com efeito, a aplicabilidade do sigilo às sessões de conciliação é fato controverso na doutrina especializada.

Na qualidade de ato processual, a conciliação é informada pelo princípio da publicidade, que constitui, segundo as lições de Leonardo Greco, uma das garantias fundamentais de um processo justo, albergada na Constituição Federal e normatizada no Código de Processo Civil.

A mediação, por sua vez se desenvolve sob o princípio da confidencialidade, sendo certo que a garantia do sigilo é decisiva na promoção de franca discussão entre os envolvidos. (REZENDE DE ALMEIDA; PANTOJA, 2016, p.95).

De efeito, há pesquisas acadêmicas que entendem ser a conciliação assentada pela publicidade, enquanto a mediação já foi gerada sob a ideia da confidencialidade, nas palavras de Tânia Almeida,

A publicidade do processo judicial estende-se à Conciliação, seu instrumento parceiro na composição de lides e de desentendimentos. Já a Mediação nasceu regida pelo princípio da confidencialidade – por meio do qual ficam vetadas a divulgação e a utilização das explanações e informações trazidas à Mediação em qualquer outro fórum. (ALMEIDA, 2008, não paginado).

Não se concorda com tais afirmações, basicamente, por dois motivos: primeiro, os meios autocompositivos de gestão da conflitos não podem ser vistos como simples atos processuais, mas um verdadeiro método dentro do processo, composto por particularidades e estruturas distintas em relação ao procedimento judicial. Inclusive, os métodos são dotados de princípios específicos e regulados em lei; segundo, e talvez este seja o maior equívoco das pesquisas acadêmicas em torno do tema, há de se perceber que “[...] a questão da confidencialidade nos métodos de solução de controvérsias parte da dicotomia existente entre o sigilo convencional por vezes estabelecido pelas partes e o princípio da publicidade dos atos processuais.” (GUERRERO, 2015, p.148).

De fato, o princípio da confidencialidade não exclui o da publicidade processual, pelo fato de que ambos possuem áreas distintas de aplicação, devendo a confidencialidade se sobrepôr, tão-somente, à sessão autocompositiva realizada durante o processo judicial, enquanto a publicidade diz respeito ao processo como um todo.

Por exemplo, em uma ação que envolva interesse público ou social, o processo é, em regra, sigiloso, conforme prevê o inciso I do artigo 189 da Constituição Federal de 1988. Em tal circunstância, pois, só terão acesso a todos os atos processuais as partes envolvidas no litígio, incluindo o juízo no qual tramita o feito. Ocorre que, caso haja uma sessão de conciliação nos autos deste processo sigiloso, esta deverá ser confidencial, ou seja, nenhum dos envolvidos poderá utilizar os dados tratados na conciliação fora daquela sessão, devendo, na ata da audiência, constar apenas a participação dos envolvidos e se as tratativas restaram exitosas.

Nesse caso, portanto, os assuntos abordados durante a conciliação não podem ser utilizados no decurso processual, mesmo este sendo processado sobre a égide do segredo de justiça e com limitado acesso ao seu conteúdo. Note-se que o sigilo do processo e a confidencialidade dos meios autocompositivos são devidamente respeitados e aplicados na referida hipótese.

Por outro lado, imagine-se um processo que não é albergado pela mitigação do

princípio constitucional de publicidade processual, como uma ação de reparação civil, por exemplo. A confidencialidade da conciliação que ocorrerá neste processo deverá ser aplicada de semelhante maneira, impossibilitando que as tratativas realizadas durante a sessão sejam utilizadas para influenciar a decisão do juiz ou, até mesmo, transpor aquele processo judicial. É fácil notar que, no segundo exemplo, o processo judicial é de caráter público, ou seja, qualquer interessado poderá ter livre acesso aos autos, no entanto, o que será tratado na sessão autocompositiva permanecerá confidencial e, mesmo assim, não haverá lesão à publicidade processual.

Dessa maneira, resta evidente perceber que a publicidade processual não se confunde, tampouco é afetada pelo sigilo inerente às sessões dos métodos autocompositivos, com os quais “[...] busca-se incentivar os métodos de solução de controvérsias como forma de solução de conflitos efetiva, evitando que as partes fiquem inibidas de utilizá-los em toda a sua potencialidade.” (GUERRERO, 2015, p.151).

Sendo assim, o Código de Processo Civil de 2015, foi vanguardista ao impor a confidencialidade às sessões de mediação e de conciliação, visto que o artigo 166 prevê que:

A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais. (BRASIL, 2015) (grifou-se).

Como se vê, a confidencialidade deve ser adotada para as sessões de conciliação e de mediação, salvo convenção distinta realizada entre as partes. Apesar da expressa previsão legal, muitas pesquisas acadêmicas são concluídas em sentido contrário (ALMEIDA, 2008), em desconformidade relativamente ao texto legal ou desconsiderando as consequências práticas da não utilização do sigilo.

## 4.2 Consequências práticas da confidencialidade nas sessões autocompositivas

O Código de Processo Civil estipulou regras mais rigorosas do que aquelas da Diretiva de Mediação do Parlamento Europeu (2017), prevendo que a confidencialidade da sessão se estenda a todas as informações produzidas, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto, qual seja, a solução do conflito de maneira equivalente à jurisdição estatal.

Referida confidencialidade deve ser estendida, inclusive, ao conciliador ou ao mediador e a toda a equipe, que, de algum modo, participar da sessão. Estarão todos, inclusive, proibidos de propagar divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos daquela conciliação ou mediação.

Ocorre que, na prática forense, é comum o conciliador fazer constar no termo de audiência todo o arrazoado da sessão, elencando propostas e, por vezes, afirmações das partes e

de seus causídicos, procedimento este que poderá influenciar o magistrado em uma eventual decisão ou sentença que possa ser proferida futuramente no processo. Com efeito, as consequências práticas da não utilização da confidencialidade podem enfraquecer o instituto, tornando-o, de fato, um mero ato processual que precisa ser superado para chegar à decisão do juiz. Não se pode perder de vista a noção de que:

A adesão das partes em consonância com a confidencialidade do método favorece o compartilhamento de informações entre as partes, além daquelas comuns ou manifestadas, relacionadas às questões subjacentes envolvidas no conflito e, com isso, estimula uma significativa definição da controvérsia. Também permite que cada parte se beneficie do conhecimento da parte adversa e, assim, possam encarar os entraves com maiores recursos cognitivos. Ademais, a comunicação aberta favorece imensamente a resolução de conflitos contingentes, deslocados, mal atribuídos ou falsos, que comumente decorrem de interpretações ou percepções equivocadas. (SILVA, 2013, p. 266).

É certo que “[...] a mediação é tratada pelo CPC ao lado, e nas mesmas disposições, relativas à conciliação”. Desse modo, ambas as sessões de autocomposição devem ocorrer de modo confidencial, sob pena da publicidade ir de encontro à expressa previsão legal. Além disso, uma audiência em que tudo que for tratado possa ser posto em ata ou gravado pela parte contrária<sup>9</sup>, certamente, não propiciará um ambiente favorável à livre comunicação e ao acordo consensual, pois situará as partes em situação adversarial, o que não é adequado para um método autocompositivo.

A sessão autocompositiva, seja de conciliação ou mediação, que ocorre de modo confidencial e sem a publicidade do assunto tratado, possibilita às partes a realização de uma comunicação aberta, visando à solução da controvérsia do modo mais efetivo possível. Ao possibilitar a existência de um ambiente apto ao diálogo sincero<sup>10</sup>, a confidencialidade passa a ser um elemento essencial para a efetividade dos métodos equivalentes da gestão de controvérsias, pois, se determinado assunto tratado durante a sessão puder ser utilizado para alterar o convencimento do magistrado, as partes não utilizarão uma comunicação genuína e, sim, aquela que apresente o condão de influenciar o julgador.

Em uma análise da confidencialidade em sessões de conciliação no ordenamento jurídico australiano, Elizabeth Evatt destaca a necessidade dos métodos autocompositivos<sup>11</sup> serem confidenciais para manter aberto o diálogo entre as partes:

There are differences in regard to the protection of confidentiality, the degree of compulsion and the extent to which legal representation is permitted. There are also differences in the underlying goals and in the role which the conciliator plays in pursuing those goals. He/she may take the role of a neutral umpire to discussions, working at keeping open the lines of communication between the parties in the hope that they will arrive at an agreement. Alter-

9 Conforme previsto no artigo 367, §6º do CPC/2015, a audiência poderá ser integralmente gravada em áudio ou vídeo pelas partes independente de autorização judicial.

10 É certo que, na prática, durante o processo litigioso, as partes agem de tal modo a induzirem o juiz a decidir de determinado modo, omitindo ou valorando determinada argumentação. Acredita-se que a sessão confidencial torna o diálogo mais aberto e independente da decisão de um terceiro.

11 A autora não diferencia conciliação e mediação, mantendo-se em afirmar que o conciliador pode ter um papel não-intervencionista ou intervencionista, sendo essa a característica da conciliação, enquanto aquela é uma qualidade da mediação.

natively the conciliator may play a more active interventionist role, working towards broader policy goals which go beyond the immediate parties and issues. (EVATT, 1986, p. 2)<sup>12</sup>

Observe-se que o objetivo da conciliação não é aplicar a lei ao caso, mas compor os interesses, albergando as reais intenções das partes (CUNHA; AZEVEDO NETO, 2014, p.286) com a finalidade de alcançar um acordo sem a intervenção da jurisdição estatal.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os meios equivalentes à jurisdição estatal da gestão de conflitos surgiram, de um modo geral, como um meio de desafogar o Poder Judiciário na resolução de demandas diversas, bem como para fortalecer o princípio constitucional do acesso à justiça, que, até pouco tempo, era interpretado como o acesso das pessoas à máquina estatal para resolver litígios. Dentre esses meios, os métodos autocompositivos ganharam destaque e estruturação após a elaboração da Lei de Mediação e do Código de Processo Civil de 2015, que definiram princípios e regras aplicáveis aos métodos.

Com a finalidade de consolidar os meios autocompositivos, em especial a conciliação e a mediação, a doutrina especializada preocupou-se em analisar estes institutos, delimitando o seu campo de atuação e as suas principais diferenças, prevalecendo a ideia de que a mediação é o método adequado para tratar conflitos complexos e multidimensionais, e que seu intuito é o de promover a comunicação entre as partes; enquanto a conciliação é o meio apropriado para resolver conflitos mais simples, objetivando a formalização do acordo entre as partes.

Dentre os princípios basilares da conciliação e da mediação está a confidencialidade, que deve ser aplicada às partes presentes na sessão, bem como ao conciliador ou mediador e a toda a equipe envolvida naquela etapa do processo, devendo aquilo que for tratado na sessão ser considerado sigiloso, não devendo ser utilizado além da sessão.

Constatou-se que parte da doutrina insiste em afirmar que a conciliação não é albergada pela confidencialidade, já que haveria lesão ao princípio constitucional da publicidade dos atos processuais. Em sentido contrário, é possível afirmar que a publicidade processual, quando não aplicada às exceções pelo sigilo processual, diz respeito somente à ocorrência da conciliação, mas não de seu conteúdo; do contrário, a sessão conciliatória poderá ser utilizada como fundamento argumentativo pelas partes para convencer o juiz na elaboração do provimento.

Ao analisar de modo mais aprofundado o tema, verifica-se que o princípio da confidencialidade não exclui o da publicidade processual, na medida em que ambos possuem áreas distintas de aplicação, sobrepondo-se a confidencialidade à publicidade apenas no âmbito da sessão autocompositiva realizada durante o processo judicial, enquanto esta (a publicidade) prepondera nos demais atos do processo. Por isso, a conciliação e a mediação devem ocorrer sob confidencialidade para produzir um ambiente apto a gerar uma comunicação sincera entre as partes, a qual não influencie o livre convencimento motivado do juiz. A publicidade processual, inclusive, reside na informação sobre a realização ou não da autocomposição

<sup>12</sup> Tradução do autor: "Existem diferenças em relação à proteção da confidencialidade, o grau de compulsão e até que ponto a representação legal é permitida. Existem também diferenças nos objetivos subjacentes e no papel que o conciliador desempenha na busca desses objetivos. Ele/ela pode levar o papel de um árbitro neutro para as discussões, trabalhando para manter abertas as linhas de comunicação entre as partes na esperança de que elas cheguem em um acordo. Alternativamente, o conciliador pode desempenhar um papel intervencionista mais ativo, trabalhando para metas políticas mais amplas que vão além das partes e questões imediatas."

(ou sua tentativa), ou mesmo sobre os termos do acordo, se realizado, quando não houver sigilo, mas não alcançará o conteúdo das sessões autocompositivas.

Entende-se que a sessão de conciliação deve ser, em todas as hipóteses, sigilosa, pois, assim, esse método autocompositivo poderá ser utilizado sem influenciar quaisquer dinâmicas processuais exteriores às sessões. Além disso, o princípio constitucional da publicidade processual deve ser analisado em cotejo com o modelo constitucional de processo, devendo aquele ser desenvolvido com suporte num conjunto de princípios desse, dentre os quais a publicidade deve ser utilizada somente no que tange à existência de uma tentativa conciliatória ou mediadora, mas jamais sobre o seu conteúdo, sob pena de inefetividades dos métodos autocompositivos e, além disso, frustração de outros princípios processuais, como a celeridade, imparcialidade do julgador e acesso à justiça.

Por fim, acredita-se que a inaplicabilidade do sigilo às sessões de conciliação enfraquecerá o instituto, tornando-o somente uma fase a ser superada durante o trâmite processual, desestimulando as partes a exporem as suas necessidades e anseios, de modo claro e verdadeiro, com o justificável receio da utilização do que foi tratado durante a sessão para influenciar um eventual julgamento do processo ou, até mesmo, em ultrapasse ao processo judicial.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia. *Mediação e Conciliação: duas práticas distintas, dois paradigmas diversos*. [s.l.], outubro de 2008, sítio eletrônico. Disponível em: <<http://www.mediare.com.br/mediacao-e-conciliacao-dois-paradigmas-distintos-duas-praticas-diversas/>>. Acesso em: 17 dez. 2018

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao-compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm)> Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. *Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação)*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)> Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 02 dez. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. A Mediação e a Conciliação no Projeto do novo CPC: Meios Integrados de Resolução de Disputas. *Revista de Direito*. Santa Cruz do Sul, n.5, out. 2014.

EVATT, Elizabeth. Conciliation in Australian law. *Sydney L. Rev.*, v.11, 1986.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

GUERRERO, Luis Fernando. *Os métodos de solução de conflitos e o processo civil*. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção Atlas de Processo Civil. Coordenação Carlos Alberto Carmona.)

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.98-107.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*. Condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PARLAMENTO EUROPEU. *Resolução do Parlamento Europeu sobre a aplicação da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2001, sobre certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial (Diretiva «Mediação») (2016/2066(INI))*. 2017. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2017-0321&format=XML&language=PT>> Acesso em: 02 dez. 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; ALVES, Tatiana Machado. *Novos desafios da mediação judicial no Brasil – a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa*. Revista dos Tribunais, 2011.

RESNIK, Judith. Uncovering, Disclosing, and Discovering How the Public Dimensions of Court-Based Processes Are at Risk. *Chi.-Kent L. Rev.*, v. 81, 2006.

REZENDE DE ALMEIDA, Diogo A.; PANTOJA, Fernanda Medina. Natureza da mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: JusPodivm, 2016.

SANDER, Frank. *Varieties of dispute processing*. Minnesota: West Publishing, 1979.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

SILVA, Érica Barbosa. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

---

**Recebido em:** 30/06/2018

**Aprovado em:** 30/01/2019

### **Como citar este artigo (ABNT):**

GUTIÉRREZ, Daniel Mota; NÓBREGA, Adriano César Oliveira. A confidencialidade nas sessões de conciliação: o aparente conflito entre publicidade e sigilo processual. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.37, p.13-24, jan./abr. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/05/DIR37-01.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.



# SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS TRIBUTÁRIOS COMO FERRAMENTAS DE REDUÇÃO E DE CELERIDADE PROCESSUAL

## ALTERNATIVE SOLUTIONS OF TAX CONFLICTS AS TOOLS OF REDUCTION AND OF PROCEEDING CELERY

Elisberg Francisco Bessa Lima<sup>1</sup>  
Juliana Silva Rodrigues<sup>2</sup>

**RESUMO:** O problema do excesso de processos no Poder Judiciário dificulta a célere resolução dos conflitos e também prejudica as relações entre os indivíduos na sociedade brasileira. Questiona-se como os métodos alternativos de solução de conflitos como a mediação, conciliação e arbitragem podem resolver esse excedente processual. Para a conclusão neste trabalho, utilizou-se uma metodologia em estudo descritivo-analítico, por meio de pesquisa bibliográfica, legislativa e documental. Usaram-se também os dados quantitativos fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, mediante Relatórios Justiça em Números dos anos de 2016 e 2017, os quais correspondem aos exercícios de 2015 e 2016, respectivamente. A pesquisa objetivou primeiramente demonstrar o problema do excesso processual no Poder Judiciário, especialmente nos conflitos em matéria tributária, ao que se seguiu por uma breve explicação acerca dos métodos alternativos de resolução de conflitos e, por fim, analisou-se a possibilidade efetiva da aplicação destes métodos para resolver os conflitos entre contribuintes e o Fisco. Concluiu-se que estes mecanismos alternativos devem ser aplicados em assuntos tributários tanto na esfera judicial, quanto na administrativa, desmistificando a dita supremacia do interesse público.

**Palavras-chave:** mediação; conciliação; arbitragem; direito tributário.

**ABSTRACT:** The problem of excessive processes in the Judiciary makes it difficult to resolve disputes quickly and also damages the relations between individuals in Brazilian society. It is questioned how alternative methods of conflict resolution such as mediation, conciliation and arbitration can solve this procedural surplus. To the conclusion in this work, a methodology was used in a descriptive-analytical study, through bibliographical, legislative and documentary research. The quantitative data provided by the National Council of Justice were also used, through the Justice and Numbers Reports for the years 2016 and 2017, which correspond to the years 2015 and 2016, respectively. The aim of this research was to demonstrate the problem of procedural excess in the judiciary, especially in tax disputes, followed by a brief explanation of alternative methods of conflict resolution and, finally, the possibility of effective application methods for resolving the conflicts between taxpayers and the Treasury. It was concluded that these alternative mechanisms should be applied in tax matters in both the judicial and administrative spheres, demystifying the so-called supremacy of the public interest.

**Keywords:** mediation; conciliation; arbitration; tax law.

---

1 Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Doutorando em Direito Constitucional pela UNIFOR. Docente da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Coordenador dos cursos Direito e Processo Tributários e Direito dos Contratos Pós-Graduação Lato sensu da UNIFOR. Especialização em Direito Empresarial pela Instituição FGV, em Direito e Processo Tributários (FIC) e em Auditoria (UFC). Docente da Escola Superior do Ministério Público e da Escola Superior de Advocacia. Docente integrante do Programa Tutorial Acadêmico do Centro de Ciências da Comunicação e Gestão da UNIFOR. Advogado. Consultor em Direito e Processo Tributário, atuando especialmente em desenvolvimento de projetos e programas relacionados à Auditoria jurídico-tributária. E-mail: elisberg@unifor.br.

2 Pós-graduada em Direito e Processo Tributários pela UNIFOR. Advogada. E-mail: julianarodriguesadv@outlook.com.

## 1 INTRODUÇÃO

A celeuma do excedente processual prejudica não só ao Estado brasileiro, gerando preocupantes gastos com a máquina pública, mas também aos próprios cidadãos que, pela demora na apreciação de suas demandas, acabam tendo seus direitos fundamentais tolhidos.

Dentre as principais temáticas que mais movimentam os fóruns e tribunais de justiça, citam-se as demandas tributárias, nas quais se tem, de um lado, o Estado, através dos seus representantes, legítimos defensores do erário público; e, do outro, o cidadão-contribuinte, que deseja não ter patrimônio expropriado sem o devido processo legal.

Mediante pesquisa bibliográfica e documental, com metodologia descritivo-analítica, objetiva-se verificar se a utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos judiciais e administrativos, especificamente na esfera tributária, pode ser um potencial instrumento de eliminação, tanto do excesso de processos judiciais em trâmite, quanto da lentidão na concretização de direitos.

O trabalho traz, inicialmente, uma exposição dos dados contidos no Relatório Justiça em Números, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, para analisar a quantidade de processos por tema e, também, o período de espera por uma decisão definitiva. Apresentam-se, também, os dados relativos aos processos já solucionados através dos métodos alternativos.

Após, exemplificam-se as três formas mais comuns de resolução alternativa de conflitos, mediação, conciliação e arbitragem, e, ao final, relata-se de que forma estes métodos estão sendo abordados no direito tributário brasileiro no cenário atual. Citam-se, também, alguns argumentos que justificam o receio em se utilizar essas soluções no contexto tributário e, da mesma forma, expõe-se reflexões sobre a importância de sua utilização nas esferas judicial e administrativa, inclusive considerando técnicas de arbitragens tributárias internacionais.

## 2 EXCESSO DE PROCESSOS NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O direito de ação se encontra expresso na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXV, do qual se depreende o denominado princípio da inafastabilidade da jurisdição que define o Poder Judiciário como detentor oficial da jurisdição, qualificando as suas decisões por coisa julgada.

Utilizando-se deste direito, todos os anos, a sociedade brasileira promove cada vez mais litígios, buscando solucionar seus problemas cotidianos. Tal fato acarreta um grave acúmulo de processos nos tribunais do País, os quais chegam a demorar décadas para serem finalizados.

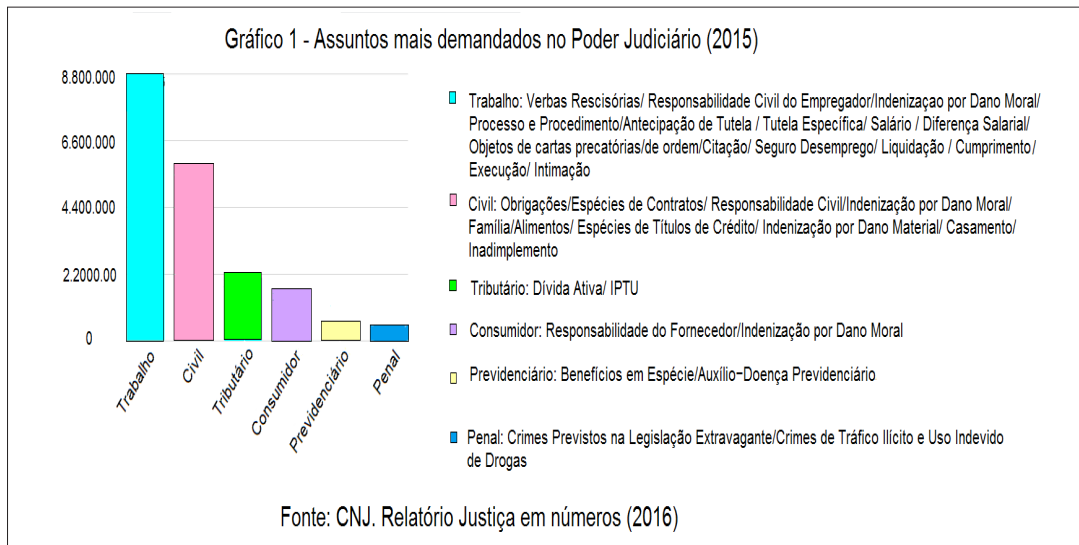
No que concerne ao direito tributário, a sua complexa realidade e as diferentes formas de planejamento utilizadas pelo contribuinte geram interpretações e aplicações legais de forma divergente em relação ao entendimento do Estado, o que acaba alimentando os conflitos fiscais.

O Conselho Nacional de Justiça disponibiliza desde 2003, em seu sítio eletrônico, a situação processual no Brasil no relatório “Justiça em números”, que tem como objetivo demonstrar como atuam os órgãos do Poder Judiciário, suas despesas e receitas, as estruturas orgânicas e como se formam e se decidem os litígios conduzidos ao Estado-juiz.

O Relatório apresenta os informativos judiciais, detalhando dados de localização em primeiro e segundo grau de jurisdição, além de especificar as classes processuais e os assuntos mais frequentemente demandados.

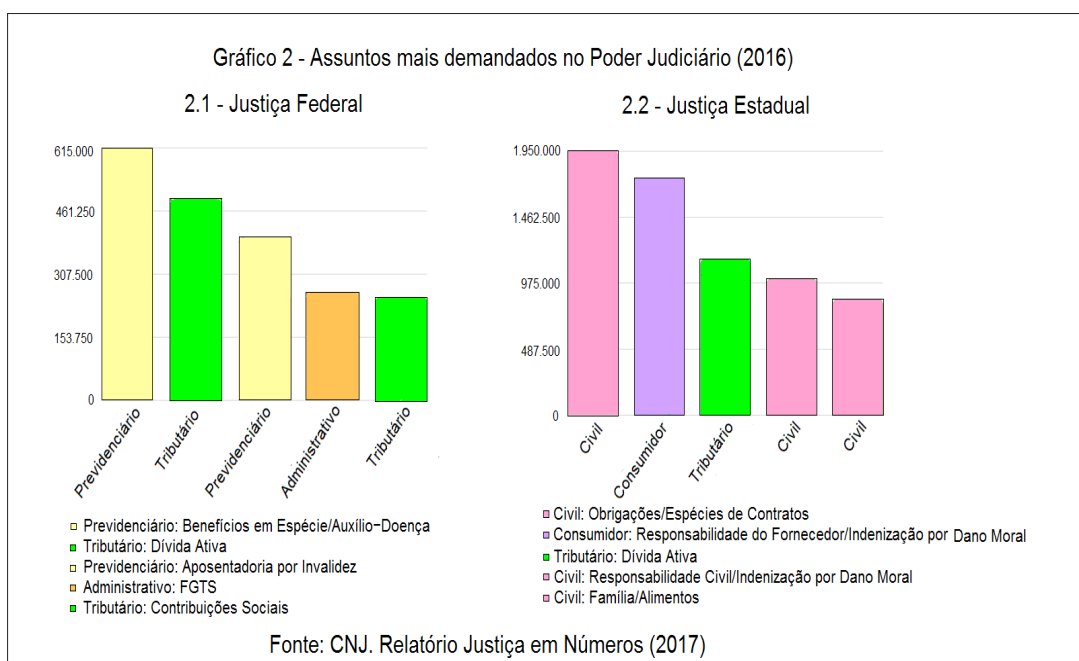
Para fins desta pesquisa, destaca-se que a edição de 2016 do supracitado relatório introduziu também a contabilização do prazo de duração dos litígios, da petição inicial até a sua baixa definitiva, além do índice de homologação de acordos, revelando, também ineditamente, o resultado das políticas de estímulo à conciliação e à mediação no Brasil.

Apresentam-se inicialmente os dados coletados dos relatórios Justiça em números de 2016 (referente ao exercício de 2015) e 2017 (referente ao exercício de 2016) para asseverar a gravidade da situação do Poder Judiciário brasileiro com relação ao número crescente de demandas e a incapacidade do Estado de solucioná-las em um prazo razoável.



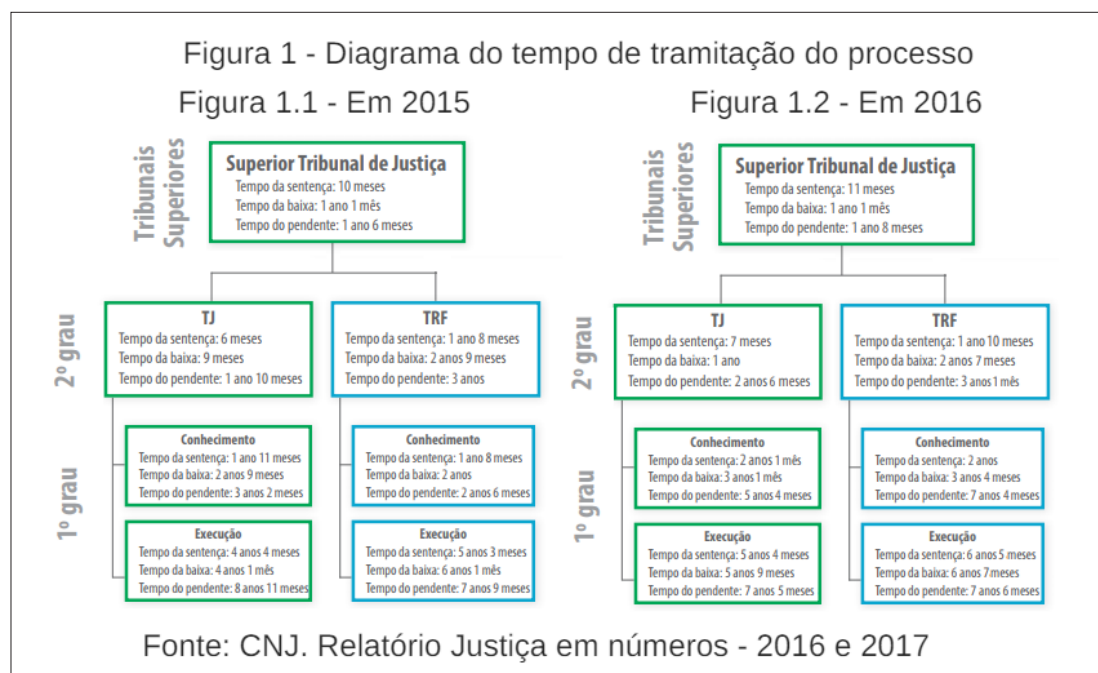
Por meio de análise do gráfico 1, pode-se perceber que, no ano de 2015, os assuntos relacionados ao Direito tributário (Dívida ativa e Imposto Predial Territorial Urbano) ocupavam o terceiro lugar no número total de processos registrados no Poder Judiciário brasileiro. Relevante notar também que, de acordo com dito relatório, a quantidade destes processos tributários chegou a 2.189.177 (dois milhões, cento e oitenta e nove mil, cento e setenta e sete).

Já o relatório de 2017, do qual se extraíram os dados para obter os gráficos 2.1 e 2.2, abaixo apresentados, informa o número de processos na justiça estadual e federal, fato este que permite a observação de que, na seara da União, o assunto Dívida Ativa ocupa a segunda colocação, enquanto na estadual, ocupa a terceira colocação, correspondendo a 489.280 (quatrocentos e oitenta e nove mil e duzentos e oitenta) processos e 1.151.179 (um milhão cento e cinquenta e um mil, cento e setenta e nove) processos, respectivamente.



Pela quantidade de ações relacionadas à Dívida Ativa, observa-se a preocupação dos agentes públicos em proteger o erário, mas também se nota a vontade do contribuinte em lutar para que a sua interpretação da lei tributária prevaleça. Sem que haja a negociação destes conflitos, tendo um lado sempre que sair vencedor ou perdedor, os embates fiscais tendem a se arrastar por mais tempo.

Finalizando os apontamentos sobre a quantidade de processos que tramitavam nos anos de 2015 e 2016, passa-se agora a observar o período de espera por uma decisão definitiva destes litígios, no intuito de comprovar que, no decorrer dos anos citados, o aumento na quantidade processual significou também uma diminuição da celeridade judicial.



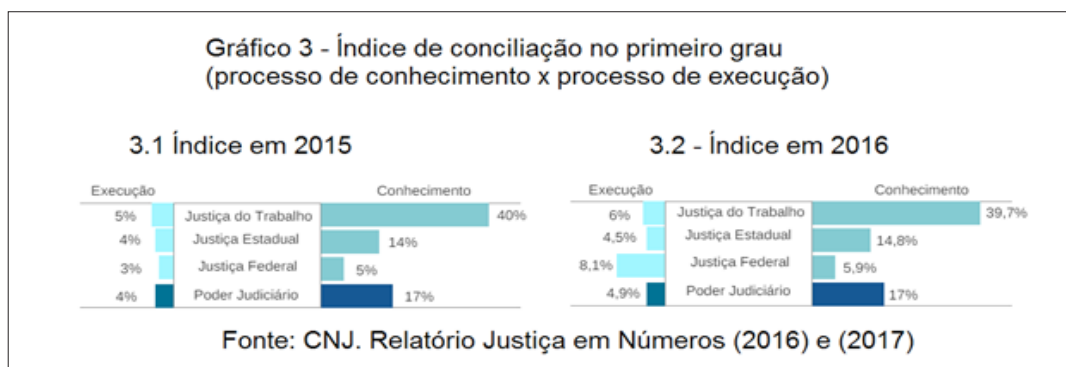
De acordo com as figuras 1.1 e 1.2, percebe-se que o tempo de sentença aumentou entre os anos de 2015 e 2016 tanto no Superior Tribunal de Justiça, quanto nos tribunais de primeiro e segundo graus das justiças estadual e federal. Destaca-se a situação dos processos de execução, incluindo os fiscais, que aumentaram seu prazo de decisão em aproximadamente 1 (um) ano. Acerca da demora no prazo de sentença e o efetivo retorno ao erário das dívidas tributárias, o Relatório de 2016 afirma que:

[...] Dessa forma, o processo judicial acaba por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional sem sucesso, de modo que chegam ao Judiciário justamente aqueles títulos cujas dívidas já são antigas, e por consequência, mais difíceis de serem recuperadas.

Esta dificuldade em apurar o valor de dívidas antigas é fator de extrema relevância, pois compromete a função arrecadatória do Fisco. Se alguns destes conflitos já pudessem ser resolvidos ainda na esfera administrativa ou no início do processo de conhecimento, menos litígios existiriam no Poder Judiciário, beneficiando tanto ao Estado, que não precisaria esperar tanto para receber, quanto ao contribuinte, que teria uma solução mais rápida e poderia negociar o valor de sua dívida.

Os métodos alternativos de solução de conflitos estão sendo cada vez mais utilizados

no Poder Judiciário com a finalidade de proporcionar uma maior celeridade processual e diminuir o número de litígios. Apresentam-se os dados obtidos com relação ao número de conciliações já utilizadas na justiça federal e estadual nos anos de 2015 e 2016 de acordo com os Relatórios do CNJ. Emprega-se o denominado índice de conciliação, o qual foi criado pelo CNJ para indicar o percentual de decisões resolvidas por homologação de acordos em relação ao total de sentenças terminativas proferidas.



Do gráfico 3.1, observa-se que as justiças federal e estadual utilizam mais a conciliação na fase inicial do processo, fase de conhecimento. Entretanto, na fase de execução, incluída nesta a fiscal, ambas jurisdições utilizam apenas em 3% e 4% dos casos, respectivamente. Relacionando-se os dados da figura 1.1 e do gráfico 3.1 (tempo de espera de 5 anos por uma sentença e baixa utilização de conciliação), percebe-se que este pode ter sido o motivo pelo qual os processos de execução demoraram mais a ter uma solução definitiva neste ano.

Entretanto, apesar de o gráfico 3.2 demonstrar um aumento no índice de conciliação na justiça federal na fase de execução, o tempo de espera por uma solução nesta fase também aumentou (fig. 2.2). Acredita-se que o acréscimo na quantidade de acordos judiciais não conseguiu impedir um aumento no número de processos no ano referenciado.

Contudo, não apenas a conciliação pode ajudar a solucionar os conflitos fiscais, tendo em vista que existem outros métodos alternativos de solução de conflitos, os quais, se utilizados ainda em fase administrativa, fariam com que processos - mais simples não congestionem o já assoberbado Poder Judiciário.

### 3 AS SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS

Além do excedente processual, ainda se pode relacionar outro fato grave que decorre do mau uso do jus litigandi pela sociedade brasileira atual, o de que, muitas vezes, mesmo obtendo a vitória no litígio, a parte não se sente plenamente satisfeita, devido, principalmente, ao tempo, que desgasta as relações sociais, e às elevadas custas exigidas pela máquina estatal para manter o processo tramitando.

Tais problemas são de tamanho destaque que tramitou no Senado Federal a Proposta de Emenda a Constituição nº 108/2015, a qual acrescentava o inciso LXXIX ao art. 5º da vigente Constituição Federal, trazendo ao rol dos direitos fundamentais o que garante a utilização de meios extrajudiciais de solução de conflitos.

Por estes motivos, as soluções alternativas de conflitos judiciais são indicadas para trazer uma nova perspectiva aos litígios, reeducando a sociedade para que se torne mais consensual, além de proporcionar maior celeridade na resolução das demandas e também

poupar as reservas estatais. As três principais soluções alternativas de conflitos são a conciliação, a mediação e a arbitragem.

A Política Nacional de Tratamento de Conflitos, criada pela Resolução n. 125/2010 do CNJ, tem como objetivo de preparar as condições de pacificação da sociedade, intensificando a conciliação no país. Dentre as formas alternativas de resolução de conflitos, destacam-se a conciliação, mediação e arbitragem.

### 3.1 A conciliação

A conciliação pode ser definida como um processo no qual as partes são auxiliadas na resolução do conflito por um terceiro, neutro ao dissenso e sem interesse na causa, para assisti-las, por meio de técnicas apropriadas. Acredita-se que, para conflitos mais duradouros e objetivos, mais superficiais, nos quais não existe relacionamento prolongado entre os envolvidos, aconselha-se o uso deste método.

Com base na Resolução n° 125/2010 do CNJ, a qual dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento apropriado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, pode-se afirmar que o instituto da conciliação objetiva uma efetiva harmonização social das partes, utilizando de técnicas persuasivas, mas não coercitivas, demorando suficientemente para que os interessados encontrem a solução mais satisfatória no menor prazo possível.

A referida Resolução, em seu artigo 1º, traz os princípios da atividade conciliadora, dos quais se destaca: I. Confidencialidade: o conteúdo da discussão entre os interessados durante a conciliação ficará adstrito ao processo; II. Imparcialidade: o conciliador será imparcial, não favorecendo ou desfavorecendo nenhuma das partes envolvidas; III. Voluntariedade: os envolvidos na conciliação possuem a faculdade de permanecer no processo ou não; IV. Autonomia da vontade das partes: ao conciliador fica vedada a imposição de uma decisão final, cabendo a ele somente apresentar alternativas para solucionar o conflito, entretanto, a decisão de aceitá-las ou não permanece com as partes. Acerca do comportamento do conciliador, Bacellar (2016, p.88) recomenda que:

[...] na conciliação que ocorra, pelo conciliador, a descrição das etapas do processo judicial, demonstrando para as partes os riscos e as consequências do litígio como: a) a demora e a possibilidade de recursos das decisões; b) o risco de ganhar ou perder, que é ínsito a qualquer demanda; c) a imprevisibilidade do resultado e de seu alcance; d) dificuldade na produção e o subjetivismo na interpretação das provas; e) os ônus da eventual perda (despesas, honorários advocatícios, sucumbência); [...]  
Após falar sobre os riscos do litígio, deve destacar algumas das muitas vantagens da conciliação, dentre elas: a) propiciar, no ato, a extinção do processo, se recursos e sem demora; b) total independência e autonomia das partes em relação ao mérito do acordo c) possibilidade de prever, discutir suas consequências e seus resultados; d) desnecessidade de provar fatos, embora a parte até possa ter condições de produzir a prova; e) ausência de ônus ou minoração das custas em relação à continuidade do processo pela forma heterocompositiva e método adversarial. [...]

Atualmente, há uma maior valorização da conciliação, tendo em vista que o Novo Código de Processo Civil (Lei Federal n° 13.105/2015) trouxe a denominada audiência de composição obrigatória. O art. 334 traz a seguinte redação:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de

conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4º A audiência não será realizada: I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II – quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

Portanto, agora a regra é que a audiência seja obrigatória, entretanto, ela pode não ser realizada quando: as partes no processo não tiverem interesse em firmar acordo consensual ou quando, pela própria natureza do litígio, não é admitida a transação. O parágrafo 8º, do mesmo artigo, traz que não mais se admite que uma das partes falte à audiência sem justificativa ou que apenas justifique alegando o desinteresse em conciliar, fato que é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, sendo sancionado com pena de multa.

Apesar de já ser permitida a conciliação nos juizados especiais estaduais cíveis e criminais desde o Código de Processo Civil-CPC anterior (v. art. 269, III, Lei Federal nº 5.869/1973), a introdução da possibilidade de acordo já no início dos processos em justiça comum traz uma maior agilidade aos litígios que tramitam nos fóruns e tribunais de justiça do País.

Pelo já exposto, percebe-se que este método alternativo de resolução de conflitos no momento é o mais tencionado quando se cogita em fazer um ajustamento, já que ele pode ser usado antes mesmo que o litígio jurídico tenha início (de forma extrajudicial) ou enquanto o mesmo já se encontra tramitando.

### **3.2 A mediação**

De forma semelhante à conciliação, a mediação é um processo autocompositivo, pois o mediador é um terceiro que auxilia as partes a chegarem a uma solução para o conflito de forma não impositiva.

Diferentemente do método conciliador, entretanto, neste, o mediador atua sem apresentar nenhuma resolução, apenas utilizando técnicas para que as próprias partes encontrem uma decisão definitiva.

Afirma-se que os mesmos princípios utilizados na conciliação também se aplicam à mediação, de forma que, pela voluntariedade e autonomia, as partes igualmente podem escolher por continuar, suspender ou encerrar um processo de mediação a qualquer tempo.

O mediador facilita o processo de comunicação e de negociação entre os interessados, estimulando o diálogo direto, sem desconsiderar nenhuma questão ou solução apresentada, devendo fazer com que as partes discutam somente assuntos que estão diretamente ligados à disputa, sem ficarem atreladas a questões meramente financeiras, mas àquelas que emocionalmente afetam o problema.

A mediação e a conciliação são processos considerados não vinculantes, tendo em vista que a desistência de participação não gera nenhuma perda material ou procedimental às partes. Entretanto, numa arbitragem ou em um processo judicial, quando há desistência ou inércia do réu a realizar um procedimento, poderá acarretar a presunção de que alguns fatos alegados pelo autor são verdadeiros, o que se torna uma vantagem considerável na decisão final.

O citado art. 334 do CPC atual também possibilita a utilização da mediação no início dos processos judiciais, facilitando a resolução de causas que envolvam situações emocionais complexas. O art. 1º da Lei Federal nº 13.140/2015, Lei da Mediação, afirma que ela deve ser usada em causas que já possuam um relacionamento anterior entre os interessados, podendo estas ser jurídicas ou não.

Esta legislação também traz em seu texto a diferenciação entre mediador judicial, (exigindo-se capacidade civil plena, graduação a pelo menos dois anos em curso de ensino superior reconhecido pelo Ministério da Educação e capacitação adequada às funções de mediado) e extrajudicial em que apenas se exige capacidade civil plena e capacitação em curso de mediação (v. arts. 9º c/c 11 da Lei da Mediação).

### **3.3 A arbitragem**

Dentre os métodos alternativos decisórios, destaca-se a arbitragem, sendo ela um processo totalmente privado, excetuando-se as arbitragens internacionais públicas, onde também há um terceiro neutro ao conflito, que foi escolhido pelas partes para prolatar uma decisão (sentença arbitral) a qual encerrará a disputa.

Diferentemente dos métodos já apresentados, este é vinculante, ou seja, obriga os interessados envolvidos a aceitarem o que for decidido pelo árbitro. Trata-se de uma heterocomposição privada, o que faz com que se assemelhe mais a um processo judicial. Nele, os árbitros, verdadeiros juízes nas causas administrativas, examinam as provas documentais e testemunhais, para, então, escutarem os argumentos das partes e/ou seus advogados.

Caracteriza-se principalmente pelo seu elemento coercitivo, já que às partes cumprirá seguir o que foi decidido pelo terceiro. Considera-se também esta ser mais definitiva que uma decisão judicial, pois não há recurso na arbitragem. De fato, a Lei Federal nº 9.307/96, que dispõe sobre a arbitragem, afirma que as sentenças arbitrais produzem entre os interessados no litígio os mesmos efeitos de uma decisão judicial, retirando a anterior necessidade de sua homologação. O próprio CPC (v. art. 515, inciso VII) inclui no seu rol de títulos executivos judiciais a sentença arbitral.

Se alguma das partes sentir-se prejudicada pela decisão do árbitro, poderá pedir a sua nulidade ao Poder Judiciário somente nos casos previstos nesta lei (v. art. 33, Lei da Arbitragem). Pode haver situações de nulidade relativa, quando, por exemplo, há uma questão que não está nos limites estabelecidos à arbitragem. Também podem existir causas de nulidade absoluta, como falta de capacidade civil de uma das partes.

A arbitragem é considerada mais vantajosa do que um processo judicial pelos seguintes fatos: as partes detém o poder de escolha sobre o árbitro que julgará a demanda antes dela se iniciar; se houver consenso, existe a possibilidade de optarem pelo julgamento por equidade; ela é totalmente sigilosa, mais célere e informal.

Porém, tem-se que, a partir do momento que as partes optam pela via arbitral para solucionar um conflito, elas não poderão mais recorrer à via judicial trazendo este mesmo litígio. Também, ressalta-se que a arbitragem somente pode ser utilizada para resolver conflitos de natureza patrimonial, relacionados a direitos disponíveis, como contratos, atos ilícitos



e declarações unilaterais de vontade. Sabe-se que não há possibilidade de transacionar acerca de direitos da personalidade, como direito à vida, à honra, à imagem, ao nome e ao estado das pessoas.

A denominada cláusula arbitral (v. art. 853, Código Civil/2002) ilustra bem este fato, conforme Scavone Junior (2014, p. 90), esta cláusula é uma “[...] espécie de convenção de arbitragem mediante a qual os contratantes se obrigam a submeter seus futuros e eventuais conflitos que possam surgir do contrato à solução arbitral. [...]”. Logo, tal dispositivo pode ser um instrumento de efetiva resolução e prevenção de conflitos.

#### **4 AS SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS TRIBUTÁRIOS**

Inicialmente, deve-se considerar que a Fazenda Pública tem sido bastante cautelosa no que se refere à utilização de soluções alternativas para os seus conflitos. O princípio da legalidade impõe a limitação de que os agentes públicos somente podem fazer o que a lei autorizar, o que torna necessário que haja uma normativa autorizadora destes métodos, afastando a possibilidade de discricionariedade.

Entretanto, o fator determinante para a falta de iniciativa de realizar composições ainda é o temor de auditorias administrativas que podem identificar possíveis erros ou excessos nos processos conciliatórios. Da mesma forma, o argumento da supremacia do interesse público e da proteção do erário também se tornam obstáculos, na medida em que ultrapassam até o limite do que é razoável. Corroborar-se com o entendimento de Alves (2010, p. 94):

Diferentemente não pode ser quando figurar nos polos da ação entes públicos. A ideologia até certo ponto fascista que sempre permeou esse cuidado exasperado com a coisa pública não tem mais razão de ser. Cuidado é bom e todas as partes a ele fazem jus. Diferentemente é, porém, a super-proteção, que cria privilégios injustificáveis e põe em uma redoma, uma casta, determinados litigantes.

Da mesma forma, Dinamarco (2003) afirma que o Ente Público nunca concilia, pois se conforma com a crença de que todos os direitos e preferências do Estado são eternamente indisponíveis e devem possuir vantagem sobre quaisquer outras prerrogativas.

Já Machado (2007 *apud* MENDONÇA, 2013) entende deve haver uma regulamentação das transações tributárias, visando contribuir para o combate à corrupção, por intermédio de um controle de conveniência e dos benefícios que o acordo trará para os cofres públicos.

Por estes motivos, os métodos alternativos de soluções de conflitos tiveram que passar por diversas fases legais ao longo dos anos, desde a Lei nº 9.469/1997, a qual em seu art. 1º já autoriza ao Advogado Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais a realizarem acordos em juízo, a fim de solucionar definitivamente litígios de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

O parágrafo primeiro do mesmo artigo afirma que, para os valores acima deste limite do *caput*, a conciliação dependerá de prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República.

Relevante a pontar a Lei nº 11.941/2009, a qual elevou o valor limite para R\$ 500.000,00, e acrescentou também a autorização do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República ou do Ministério Público da União.

Acredita-se que a Lei nº 10.259/2001, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, iniciou o processo de criação de uma cultura conciliadora por parte dos magistrados, tendo em

vista que ela inseriu, por meio do parágrafo único do seu art. 10, que autoriza sem restrições a conciliação pelos representantes judiciais da União nos processos de competência dos juizados especiais federais.

Por fim, a Lei nº 12.153/2009, que instituiu os Juizados Especiais Estaduais e Municipais, em seu art. 8º, da mesma forma, veio para permitir a conciliação na seara destes entes, deste que autorizada por leis na sua própria competência.

O próprio Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/1966, em seu art. 156, III c/c art. 171, caput e parágrafo único já autoriza a transação para solucionar o conflito entre contribuinte e Fazenda Pública. Embora limite-se a trazer o termo genérico “transação”, acredita-se que a intenção do legislador foi a de referir-se também aos demais métodos alternativos.

Há que se modificar o entendimento da absoluta indisponibilidade do interesse público para questões tributárias tendo em vista que, conforme foi verificado nos dados do CNJ, o volume processual brasileiro somente cresce, enquanto sociedade e Estado perdem oportunidades de ver seus conflitos solucionados de forma mais célere.

Acredita-se que tal indisponibilidade deva ser relativizada tendo em vista que, muitas vezes, os custos de um processo judicial superam o valor da dívida questionada pelo Fisco, fato este que, quando resulta o processo em uma decisão favorável ao contribuinte, acaba por prejudicar ainda mais o erário.

Considerando, também, o crédito tributário como um bem público, este estará mais bem garantido se forem utilizados estes métodos alternativos, já que a celeridade na resolução dos processos aumenta a sua liquidez.

Por fim, aconselha-se que, com o objetivo de evitar erros de discricionariedade nas decisões advindas destes métodos alternativos de soluções de conflitos, sejam editadas normativas que detalhem como e em quais situações eles serão permitidos, respeitando, assim, a legalidade dos atos administrativos.

Como se pode perceber, a utilização destes mecanismos pelos entes públicos ainda está sendo bastante trabalhada e aprimorada. Cabe discutir se, dos métodos apresentados anteriormente, quais podem e devem ser realizados na esfera tributária, visando a redução no número destes processos no Poder Judiciário e também a resolução mais célere dos que já se encontram tramitando.

#### **4.1 Conciliação e mediação tributária judicial**

O vigente CPC atual introduziu a conciliação e mediação no processo judiciário, estimulando a autocomposição, mesmo que na presença de um juiz. O art. 334 do referido diploma traz que se a petição inicial preencher todos os requisitos essenciais e não for o caso de indeferimento, o magistrado designará audiência de conciliação ou mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, havendo a citação do réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Portanto, a audiência ocorre antes mesmo do oferecimento da defesa pelo réu, evitando, assim, desde o primeiro momento, o clima de disputa, o que oferece mais chances de uma autocomposição positiva.

Entretanto, nota-se que o vigente CPC não dispõe de um prazo máximo para o agendamento da audiência de mediação/conciliação, o que pode acarretar atrasos e, por consequência, prejudicar o objetivo destes institutos alternativos.

Para a realização desta nova fase processual, alguns requisitos devem ser seguidos e, dentre eles, os mais relevantes a este trabalho são: I) ambas as partes devem demonstrar

interesse de conciliar (v. art. 334, §4º, I); e II) o objeto do litígio deve admitir autocomposição (v. art. 334, §4º, II, NCPC). No caso do autor, essa manifestação de desinteresse deve estar presente logo na petição inicial.

Conforme o exposto, no caso do processo tributário, é necessário que tanto o representante do Fisco, quanto o contribuinte concordem na realização da audiência. Porém, em alguns casos, os agentes públicos, mesmo com autorização legal para tanto, ainda demonstram os receios já citados, impossibilitando a dupla concordância. Corrobora-se com o entendimento de Pieroni (2017) de que a realização desta fase só deve ser impedida quando plenamente demonstrado que a sua realização prejudicará o processo.

Já a questão da possibilidade de autocomposição de assuntos que envolvem a Fazenda Pública, particularmente os tributários, há uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial.

Alguns autores como Madureira (2016) acreditam que os agentes estatais podem se posicionar tanto pela admissibilidade, devendo desde logo apresentar a sua proposta nos autos, quando inadmissibilidade do acordo. Já Ramalho (2011) afirma que apenas pode haver a conciliação se a legislação estadual ou municipal autorizarem.

Acredita-se que, embora os agentes públicos não possam, por vontade própria, dispor de assuntos de interesse público, como é o caso da matéria tributária, a pessoa jurídica de direito público interno poderá fazê-lo, com a devida autorização legislativa. Para exemplificar, traz-se trecho da Lei Complementar nº 88/96 do estado do Espírito Santo (alterada pela LC nº 666/2012), a qual autoriza a composição de conflitos de matéria pública:

*Art.6º-São atribuições, responsabilidades e prerrogativas do Procurador Geral do Estado:*

*XIV-autorizar, por solicitação do Procurador do Estado vinculado ao feito, referendada pelo Procurador-Chefe, e ouvido o Conselho da Procuradoria Geral do Estado, caso entenda necessário, quando o proveito econômico não justifique a lide, ou quando do exame da prova, da situação jurídica ou da jurisprudência predominante evidenciar-se a improbabilidade de resultado favorável:*

- a) a não propositura ou a desistência de ações ou medidas judiciais, inclusive de defesa;*
- b) a dispensa da interposição de recursos judiciais, assim como a desistência dos recursos já interpostos;*
- c) a realização de acordo em processos administrativos ou judiciais; (destacou-se).*

Portanto, se eles estiverem na condição de representantes do poder público e também houver uma norma que conceda a possibilidade de conciliar, nada impede que a indisponibilidade do interesse público seja relevada. Conforme dispõe o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 470, DJ 01/07/2002, no qual se verificou que a Advocacia Pública enquanto instituição, e não o advogado individual, é quem detém autonomia para dispor em juízo dos interesses da Fazenda Pública.

Os magistrados brasileiros já vêm reconhecendo a importância da realização das audiências conciliadoras no âmbito do processo judicial em matéria tributária, conforme se demonstra no acordão a seguir:

**APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - ESTADO DE MINAS GERAIS - ISENÇÃO - CRÉDITO CONSUBSTANCIADO EM PRECATÓRIO - ACORDO - CENTRAL DE CONCILIAÇÃO - LEI N.º 7.713/1988 - CARDIOPATIA GRAVE - LAUDO PERICIAL OFICIAL - PROVA - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. 1. Havendo prova de que**

o autor é portador de cardiopatia grave, restam preenchidos os requisitos previstos na Lei n.º 7.713/88 para outorga de isenção do imposto de renda, pelo que lhe deve ser deferido o benefício. 2. Não há falar na incidência do Imposto de Renda em razão de o *crédito pago ao autor ser derivado de precatório pago mediante acordo celebrado na Central de Conciliação de Precatórios* deste Tribunal de Justiça. 3. Recurso não provido. (TJ-MG - AC: 10024121027080001 MG, Relator: Edgard Penna Amorim, Data de Julgamento: 29/05/2014, Câmaras Cíveis/8ª Câmara Cível, Data de Publicação: 09/06/2014) (grifou-se).

Dessa forma, conclui-se que estes métodos alternativos em matéria tributária já são realidade na legislação e no cotidiano do Poder Judiciário, o que contribui a cada dia para o fortalecimento do pensamento conciliador na sociedade brasileira. Contudo, tais mecanismos podem ser utilizados ainda na seara administrativa, fazendo com que menos processos judiciais sejam iniciados e garantindo uma solução mais rápida dos conflitos.

#### **4.2 Conciliação e Mediação tributária extrajudicial**

Marco inicial para a solução administrativa de solução de conflitos, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), foi criada por meio do Ato Regimento nº 5 de 27.09.2007, e da Portaria 1.281, de 27.09.2007, da Advocacia Geral da União, objetivando resolver controvérsias jurídicas na seara administrativa entre órgãos e entidades da Administração Federal. Entretanto, apesar de ser importante na cultura da resolução alternativa de conflitos na via administrativa, esta entidade apenas atua em acordos entre entes federados.

Quando se visualiza o cenário da utilização extrajudicial da mediação e da conciliação, depara-se com a questão da publicidade (v. art. 37, CF/88), fundamental nas ações do poder público, e do sigilo característico desses métodos. Entende-se que, de fato, a exigência da publicidade pode inibir as partes a chegarem num melhor consenso.

Dito isto, no mesmo pensamento de Peixoto (2016), na mediação e conciliação judicial, em que o próprio juiz do processo seria o mediador/conciliador, haveria mais garantia de proteção das informações dos interessados, tendo assim talvez uma maior chance de sucesso no acordo.

Apesar de supor que haveria este receio inicial das partes, com o desenvolvimento da cultura conciliativa, ele tenderia a ser mitigado, em detrimento dos benefícios que os acordos podem trazer, como a possibilidade de resolver o conflito ainda na fase administrativa, em necessitar mover os recursos financeiros necessários ao processo judicial.

Nessa situação, a Lei da Mediação veio reforçar a possibilidade dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos com a criação de novas câmaras de conciliação/mediação que tenham competência para resolver administrativamente as divergências entre Fisco e contribuinte. De acordo com o art. 32 da referida norma:

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

- I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
- II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;
- III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o

caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial. [...]

Tem-se que, apesar de algumas posições contrárias, esta norma claramente inclui no rol de assuntos que podem ser resolvidos pelas câmaras administrativas a serem criadas pelos entes federais, a matéria tributária, fato este que se comprova pela leitura do art. 34, §2º, conforme abaixo se ressalta:

Art. 34. A instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública suspende a prescrição.  
§ 1º Considera-se instaurado o procedimento quando o órgão ou entidade pública emitir juízo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito.  
§ 2º Em se tratando de *matéria tributária*, a suspensão da prescrição deverá observar o disposto na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional. (grifou-se).

A título de observação, nota-se que o dispositivo do parágrafo segundo do art. 32 da Lei de Mediação pode apresentar um possível vício formal, o que, por consequência, poderá gerar potenciais discussões tributárias na seara judicial por se tratar de prescrição tributária em lei ordinária, desrespeitando o preceito constitucional (v. art. 146, inciso III, alínea “b”, CF/88) de que o tema deve ser tratado em lei complementar.

Para concluir, afirma-se que o art. 174 do CPC atual também incentiva à criação destas câmaras administrativas para dirimir os conflitos na Administração Pública, reproduzindo o texto a Lei de Mediação e reforçando esta permissão legal concedida à União, Estados e Municípios.

### **4.3 Arbitragem tributária**

As técnicas de arbitragem em matéria tributária vêm sendo mais utilizadas no plano internacional. Ribas (2005) já destaca a “autoliquidação” interna bem sucedida de conflitos entre contribuinte e Fazenda na França, Itália, Estados Unidos, México, Chile, dentre outros.

Já em questões diplomáticas, ela objetiva tentar diminuir a bitributação por parte dos Estados, nas empresas transnacionais, as quais realizam essa espécie de planejamento migrando para países com leis mais favoráveis às suas atividades. Consequentemente, os próprios países podem escolher tanto a criação de normas internas, quando acordos internacionais para evitar essa dupla tributação.

Percebe-se que a arbitragem tributária pode assumir tanto a forma de resolução de conflitos, quando ocorrer internamente entre Fisco e contribuinte, quanto a de planejamento tributário internacional, feita por meio de acordos entre países.

Oliveira (2009) destaca três tipos de arbitragem tributária internacional, sendo eles o arrendamento mercantil internacional, as empresas com dupla residência e as entidades híbridas. O arrendamento mercantil internacional, *double-dip leasing*, ocorre quando dois Estados firmam acordo sobre um contrato de arrendamento mercantil de uma propriedade em jurisdição internacional, com cláusulas que demonstram quem é o arrendador e o arrendatário do bem.

Deve haver, nesses casos, uma legislação em ambos os países que disponha a redução

ou o creditamento de tributos de uma nação em relação à outra. Assim, de acordo com Bedani (2015, p. 2): “[...] os contribuintes poderão ser beneficiados com a depreciação acelerada do bem quanto às deduções ou com a obtenção de créditos referentes ao investimento e tais fatores viabilizaram a dedução do montante do imposto de renda devido. [...]”

A *dual resident companies* (empresas com dupla residência) fundamenta-se nas residências de grupos empresariais em determinados países. No caso de uma empresa desejar adquirir outra que esteja em outro país, ela deverá criar uma subsidiária naquele com dupla residência para financiar a aquisição. Se ambos os países tiverem uma legislação que permita a conversão do gasto com aquisição de uma empresa em compensação de impostos, haverá uma redução no imposto de renda pago tanto pela subsidiária quanto pela original ou uma dupla dedução (*double-dip*).

Já as entidades híbridas referem-se a diferentes classificações de uma mesma empresa em países distintos. Toma-se como exemplo quando um Estado entende que determinada empresa não possui personalidade jurídica para fins fiscais, sendo tributados apenas os seus sócios, enquanto em outro Estado seria tributada a própria entidade.

Referente ao método da arbitragem para a solução de conflitos internos entre contribuinte e Fisco, no Brasil ela ainda não se encontra presente. Contudo, com o avanço nas técnicas alternativas de solução de conflitos, mais se tem cogitado esta possibilidade. Já existe jurisprudência que afirma a possibilidade arbitral para entidades públicas, conforme segue:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. 1. A sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado na mesma cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93. 2. A decisão judicial que confere eficácia à cláusula compromissória e julga extinto o processo pelo “compromisso arbitral”, se desrespeitada pela edição de Portaria que eclipsa a medida afastada pelo ato jurisdicional, caracteriza a figura do “atentado” (art. 880 do CPC). [...] 5. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis. 6. A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, in litteris: “Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração.” Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. [...] Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público.” (in “Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória”, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, esclarece às páginas 398/399). (STJ - MS: 11308 DF 2005/0212763-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/04/2008, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 19.05.2008 p.1)

Discutindo-se a viabilidade da utilização de arbitragem tributária, tem-se que dois cenários são possíveis, já que é um terceiro imparcial que, atuando como juiz, decidirá o vencedor da causa, sendo eles o de derrota ou de vitória para o contribuinte.

No caso de resultado positivo para o contribuinte, o mais comum é que tenha o seu débito extinto, entretanto, o questionamento persiste no sentido de se a sentença arbitral poderia ou não garantir um crédito a ele, reconhecendo o indébito tributário.

Mendonça (2013) entende que a sentença arbitral gera os mesmos efeitos de um título executivo judicial, sendo dotada, portanto, da mesma força coercitiva de uma sentença judicial para exigir o seu cumprimento, devendo haver uma reforma no texto do CTN para vedar o locupletamento ilícito fazendário.

Conclui-se que o método arbitral já é plenamente utilizado na seara internacional, restando consolidá-lo na legislação interna do Brasil, fase esta que enfrenta dificuldades da mesma forma que as demais soluções alternativas, mesmo possuindo as características necessárias para garantir o cumprimento da decisão.

## 5 CONCLUSÃO

A utilização do direito de ação de forma excessiva pela população brasileira faz com que a quantidade de litígios no Poder Judiciário aumente e se prolongue sem uma decisão definitiva por mais tempo.

De acordo com análise dos dados contidos no relatório Justiça em Números do CNJ, nos exercícios de 2015 e 2016, comprovou-se que um dos assuntos mais recorrentes nos processos judiciais era relacionado às demandas tributárias. A lide se torna ainda mais complexa com a demora em se chegar a uma solução definitiva, tendo em vista que o valor questionado em dívidas antigas se torna cada vez mais difícil de ser liquidado.

A mediação, conciliação e arbitragem, como métodos alternativos de solução de conflitos, propõem resolver as questões, tanto do excedente de processos, quanto da morosidade em se chegar a uma decisão definitiva que seja condizente com o devido processo legal.

Desta pesquisa, concluiu-se que a conciliação e a mediação podem ser utilizadas tanto na via judicial, quanto na via administrativa tributária, por meio das audiências iniciais e das câmaras de conciliação nos Estados e nos Municípios. A arbitragem, que já era utilizada no plano internacional, passa a ser discutida atualmente como método alternativo também no direito tributário do País, tendo em vista que a decisão arbitral possui também elementos da coercibilidade, de forma a garantir o seu pleno cumprimento.

O princípio da legalidade e o receio na realização de auditorias que possam detectar erros nas decisões emitidas pelos funcionários estatais foram apontados como limitadores à utilização destes métodos alternativos na área tributária. No entanto, se eles forem autorizados por lei e com a devida fiscalização, acredita-se que podem e devem ser efetivados nos conflitos contra o Fisco, garantindo o interesse público com resultados mais imediatos e menos custosos.

Acredita-se que os benefícios já citados referentes à utilização destes métodos são suficientes para justificar a relativização da indisponibilidade do interesse público, considerando os casos em que o Fisco tenha que pagar as vultuosas custas dos processos perdidos e a situação de maior liquidez do crédito tributário garantido na celeridade de um acordo.

Portanto, opina-se neste trabalho pela adequabilidade, com os devidos ajustes dada a peculiaridade do bem público crédito tributário, dos critérios dos métodos alternativos de solução de conflitos à lide fiscal, sob o respaldo interpretativo e contemporâneo do próprio Código Tributário Nacional, no qual está prevista a transação como causa de extinção do próprio crédito fazendário.

Tais métodos, apesar de possuírem suas limitações e dificuldades, vêm aumentando

em utilização e ganhando mais importância no direito tributário brasileiro, o que fortalece a cultura conciliadora no Brasil, e a pacificação social, obtendo-se decisões que favorecem tanto aos cofres públicos, quanto ao contribuinte.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A conciliação e a Fazenda Pública no direito brasileiro. *Revista de Processo*, v. 35, n.187, p.84-98, set. 2010.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BEDANI, Rebeca Soraia Gaspar. Técnicas de Planejamento Tributário e a Arbitragem Tributária Internacional. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 139, ago. 2015. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16294&revista\\_caderno=26](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16294&revista_caderno=26)>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. Ato Regimental da Advocacia Geral da União nº 5, de 27 de setembro de 2007. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2007. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/82296](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/82296)>. Acesso em: 18 fev. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números. 2016. *Publicação Eletrônica*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números. 2017. *Publicação Eletrônica*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 18 fev 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei Complementar do Estado do Espírito Santo nº 666, de 27 de dezembro de 2012. Modifica a Lei Complementar nº 88, de 26.12.1996, e alterações posteriores, reestrutura a Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo e dá outras providências. *Diário Oficial Estadual*. Espírito Santo, 2012. Disponível em: <[http://www.al.es.gov.br/antigo\\_portal\\_ales/images/leis/html/LC%20n%C2%BA%20666.html](http://www.al.es.gov.br/antigo_portal_ales/images/leis/html/LC%20n%C2%BA%20666.html)>. Acesso em: 18 fev 2018.

BRASIL. Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L5172.htm)>. Acesso em: 18 fev 2018.

BRASIL. Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm)>. Acesso em: 18 fev 2018.

BRASIL. Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm)>. Acesso em: 18 fev 2018.

BRASIL. Lei Federal nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9469.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm)>. Acesso em: 18 fev 2018.



BRASIL. Lei Federal nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10259.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm)>. Acesso em: 18 fev 2018.

BRASIL. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 18 fev 2018.

BRASIL. Lei Federal nº 11.941, de 27 de maio de 2009. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/11941.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11941.htm)>. Acesso em: 18 fev 2018.

BRASIL. Lei Federal nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm)>. Acesso em: 18 fev 2018.

BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 18 fev 2018.

BRASIL. Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm)>. Acesso em: 18 fev 2018.

BRASIL. Portaria da Advocacia Geral da União nº 1.281, de 27 de setembro de 2007. Dispõe sobre o deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/24515>>. Acesso em: 18 fev 2018.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 108/2015. Acrescenta inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para estabelecer o emprego de meios extrajudiciais de solução de conflitos como um direito fundamental. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122592?o=t>>. Acesso em: 18 fev 2018.

BRASIL. Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 125/2010, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 18 fev 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 11.308/DF, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 09/04/2008, Primeira Seção, Data de Publicação: DJ 19.05.2008. p. 1.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Cível nº 10024121027080001/MG, Relator: Des. Amorim Siqueira, Data de Julgamento: 29/05/2014, Câmaras Cíveis/8ª Câmara Cível, Data de Publicação: 09/06/2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito tributário. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 5, n. 28, jul. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29434>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. O código de processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública. In: ZANETTI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça*

*Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos.* Salvador: Juspodivm, 2016, v. 1, p. 169-214.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. *Transação e arbitragem nas controvérsias tributárias.* 2013. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<https://www.transparencia.org.br/docs/desanti.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

OLIVEIRA, Luciana Gualda e. *O Controle das Práticas de Arbitragem Tributária Internacional: medida imperativa de justiça fiscal ou mero paliativo diante da crescente globalização?* 2009. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Brasília, Brasília. Disponível em: <<https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/123456789/422>> Acesso em. 18 fev 2018.

PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo poder público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. *Revista de Processo*, v. 261, p. 467-497, 2016.

PIERONI, Fabrício de Lima. Audiência de conciliação ou de mediação no CPC/2015. *Revista Magister de direito civil e processual civil*, v. 14, n. 80, set./out., p.58-78, 2017.

RAMALHO, Lívio Oliveira. A Conciliação nos juizados da Fazenda Pública. *Fórum administrativo: direito público*. v. 11, n 128, p.42-53, out. 2011.

RIBAS, Antonio Souza. Arbitragem como meio alternativo na solução de controvérsias tributárias. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. v. 60, jan./fev., p.223-247, 2005.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

---

**Recebido em:** 30/06/2018

**Aprovado em:** 30/01/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

LIMA, Elisberg Francisco Bessa; RODRIGUES, Juliana Silva. *Soluções alternativas de conflitos tributários como ferramentas de redução e de celeridade processual.* Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, n. 37, p.25-42, jan./abr. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/05/DIR37-02.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE A IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO

## CRITICAL NOTES ABOUT THE PRELIMINARY IMPROCEDENCE JUDGMENT

Vinicius Lott Thibau<sup>1</sup>

**RESUMO:** O texto produzido examina o julgamento liminar pela improcedência, abordando a sua previsão normativa tanto no Código de Processo Civil de 1973 quanto no Código de Processo Civil de 2015. O artigo objetiva testar a hipótese de que, embora o Código de Processo Civil de 2015 tenha proporcionado o afastamento de diversas críticas atribuídas à previsão normativa inicial do julgamento liminar pela improcedência (art. 285-A do CPC/73), não foi capaz de afastar todas aquelas já formalizadas antes da sua entrada em vigor, dando origem, ainda, a novos e relevantes questionamentos acerca de seu alinhamento com a constitucionalidade democrática. Quanto à abordagem do problema, a pesquisa é qualitativa e, além disso, descritiva, explicativa, bibliográfica e documental. Adotando os métodos comparativo e hipotético-dedutivo, a pesquisa elege a análise de conteúdo como instrumento para a coleta de dados e a proposição neoinstitucionalista do processo como marco teórico. Ao final, a hipótese apresentada foi corroborada.

**Palavras-chave:** julgamento liminar pela improcedência; Código de Processo Civil de 1973; Código de Processo Civil de 2015; processualidade democrática.

**ABSTRACT:** The text produced examines the preliminary improcedence judgment, addressing its normative prediction both in the Code of Civil Procedure of 1973 and in the Code of Civil Procedure of 2015. The article tests the hypothesis that, although the Code of Civil Procedure of 2015 provided the removal of several criticisms attributed to the initial normative prediction of the preliminary improcedence judgment (art. 285-A of CPC/73), was not able to remove all those already formalized before its entry into force, giving rise to new and relevant questions about its alignment with democratic constitutionality. Regarding the problem approach, the research is qualitative and, in addition, descriptive, explanatory, bibliographical and documentary. Adopting the comparative and hypothetical-deductive methods, the research elects content analysis as an instrument for data collection and neoinstitutionalist theory of process as a theoretical background. In the end, the hypothesis presented was corroborated.

**Keywords:** preliminary improcedence judgment; Brazilian Code of Civil Procedure 1973; Brazilian Code of Civil Procedure 2015; Democratic Process.

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara, nas modalidades integral e convencional. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Advocacia Cível da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Membro do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Advogado.

## 1 INTRODUÇÃO

Em 16 de março de 2015, foi publicada a Lei nº 13.105, que instituiu o Código de Processo Civil brasileiro. Segundo se lê em sua Exposição de Motivos, que estranhamente reproduz a que foi apresentada pela comissão de juristas notáveis nomeada à elaboração de um Anteprojeto de Código de Processo Civil, por via do provimento legislativo, “criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência”. (BRASIL, 2016, p. 31).

O Código de Processo Civil de 2015 pode ser adjetivado como novo, logo, porque recentemente vigente. Não se trata de uma codificação que possa ser caracterizada como absolutamente inovadora em termos proposicionais. Buscando implementar cinco objetivos, que consistem no estabelecimento de compatibilidade das normas infraconstitucionais codificadas com as disposições que lhe são supraordenadas; na geração de possibilidades para que o julgador profira decisões mais aproximadas da realidade fática adstrita à causa; na simplificação dos expedientes destinados à aplicação fático-normativa; na implementação da instrumentalidade das formas e da primazia do julgamento de mérito; e, por fim, na atribuição de maior organicidade e coesão ao sistema estabelecido pelo Código (BRASIL, 2016), o que se pretendeu com a edição do Código foi produzir um:

[...] saudável equilíbrio entre conservação e inovação, sem que tenha havido drástica ruptura com o presente e com o passado. [...]

O Novo CPC é fruto de reflexões da Comissão que o elaborou, que culminaram em escolhas racionais de caminhos considerados adequados, à luz dos cinco critérios acima referidos, à obtenção de uma sentença que resolva o conflito, com respeito aos direitos fundamentais e no menor tempo possível, realizando o interesse público da atuação da lei material. (BRASIL, 2016, p. 53).

É, nesse sentido, que, por uma teorização equivocada de matriz bülowiana, a Exposição de Motivos do CPC de 2015 explicitou que, em um Estado Democrático de Direito, o accertamento de direitos e a satisfação de direitos já reconhecidos pressupõem a compreensão de que o processo erija-se como um instrumento idôneo (BRASIL, 2016),<sup>2</sup> isto é, como um “processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo” (BRASIL, 2016, p. 32), que se impõe como um método de solução judicial de conflitos.

É possível registrar, em outros termos, que, mesmo com o advento do rotulado NCPC, o processo permanece conceituado como meio destinado à atuação do direito material e esse, por sua vez, conserva-se compreendido como o direito que a jurisdição diz existir por intermédio do processo.<sup>3</sup> Tal qual se extraía das variadas reformas impostas ao CPC de 1973,

2 A concepção ideológica que situa o processo como instrumento para o exercício da jurisdição é advinda da teoria do processo como relação jurídica, que foi apresentada à comunidade acadêmica por Oskar von Bülow, em 1868. Para o jurista alemão, que é habitualmente apontado como o criador da ciência processual, o processo erige-se como uma relação jurídica de direito público que se desenvolve entre juiz (tribunal), autor e réu, que se estrutura por vínculos de subordinação que ligam as partes ao magistrado, o qual é a autoridade responsável por dizer o direito aplicável à situação sub judice. Por isso, é possível afirmar que, com o advento da denominada ciência do processo, estabelece-se, também, o protagonismo judicial e o solipsismo decisório, que são realçados por escritos bülowianos posteriores e que estão presentes, ainda de modo marcante, no Código de Processo Civil de 2015. Sobre a temática, confira, especialmente, os escritos de Oskar von Bülow (2003, 1964) e de André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau (2018a, 2018b, 2015a).

3 Sobre as correlações teóricas entre o direito material e o processo, bem como a sua imprestabilidade para o direito democrático, acesse, principalmente, as obras intituladas A distribuição dinâmica do ônus da prova trabalhista e o privilégio do juiz na fixação do sentido normativo (LEAL; THIBAU, 2018a) e O devido processo legal e a excepcionalidade normativo-ambiental (LEAL; THIBAU, 2015b).

no Código de Processo Civil de 2015, acolhe-se a premissa de que, se é ineficiente “o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade” (BRASIL, 2016, p. 29), motivo pelo qual a recepção de técnicas destinadas à operacionalização efetiva do denominado direito material pela codificação recém-publicada mostrou-se como indispensável à concretização dos objetivos traçados desde a atuação da comissão de juristas notáveis nomeada à elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil.<sup>4</sup>

Não foi por mero acaso, portanto, que o CPC de 2015 acolheu o julgamento liminar pela improcedência. É que, já a partir do momento de sua integração ao ordenamento jurídico brasileiro, que se deu pela Lei nº 11.277/2006, a improcedência liminar do pedido foi apontada pela literatura especializada, de modo majoritário, como essencial ao incremento da efetividade, cujo acatamento também é pretendido pelo Código publicado em 2015.

Não causa espanto, por isso, o fato de que o CPC de 2015 não tenha afastado a possibilidade de que o magistrado julgue improcedente o pedido formulado pela parte autora, independentemente da citação da parte ré. Em prol da tão almejada efetividade, o que se afe-re, por um exame detido das normas integrantes do Código de Processo Civil de 2015, é que essa codificação apenas atribuiu novos contornos ao julgamento liminar pela improcedência, promovendo, sobretudo, a alteração da taxionomia das decisões determinativas desse julga-mento e a ampliação das situações que autorizam a improcedência liminar do pedido.

Assim é que, ao contrário do que ocorria com base no CPC de 1973, em que o julga-mento liminar pela improcedência tinha cabimento sempre quando a matéria controvertida fosse unicamente de direito e, além disso, no juízo em que tramitasse o procedimento, já houvesse sido prolatada sentença de total improcedência do pedido em outros casos idên-ticos, no Código de Processo Civil de 2015, o julgamento liminar pela improcedência tornou-se obrigatório sempre que, nas causas que dispensem a inauguração da fase instrutória, a parte autora formule um pedido que contrarie um precedente previsto pelo intitulado NCCPC ou um enunciado de súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça ou por Tribunal de Justiça, sendo que, na última dessas hipóteses, apenas quando o enunciado sumular refira-se ao direito local.

Com o novo regramento, ademais, o julgamento liminar pela improcedência é facultativo quando, antes mesmo da citação da parte ré, o julgador verificar a ocorrência da decadência ou da prescrição. É que, com o advento do CPC de 2015, prescrição e decadência deixaram de ser apontadas como hipóteses impositivas do indeferimento da petição inicial (art. 295, IV, do CPC de 1973) e passaram a ser indicadas como autorizativas da improcedência liminar do pedido – uma alteração que tornou factível a afirmação de que, no Código de Processo Civil vigente, todas as hipóteses de indeferimento da petição inicial dizem respeito à existência de um vício procedimental insanável, diversamente do que ocorria quando vigorante o CPC de 1973.

Com efeito, pelo art. 332 do Código de Processo Civil de 2015, não foi excluída a oportunidade de proferimento de uma decisão solipsista por um juiz que assume o *status* de protagonista no espaço procedimental de aplicação do direito. Apesar da Exposição de Motivos da codificação recentemente publicada ter prometido um alinhamento das normas

4 A comissão de juristas notáveis responsável pela produção do Anteprojeto de Código de Processo Civil foi instituída, no Senado Federal, pelo Ato do Presidente nº 379/2009. Ao longo de sua atuação, a assembleia de especialistas contou com a participação de Luiz Fux (presidente), Tereza Arruda Alvim Wambier (relatora-geral), Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Elpídio Donizetti Nunes e Benedito Cerezo Pereira Filho. (BRASIL, 2010).

do CPC/15 à Constituição brasileira, o que se extrai do atual Código de Processo de Civil é que esse não somente deixou de sopesar que, desde a sua versão inicial (art. 285-A do CPC/73), o julgamento liminar pela improcedência é frequentemente apontado como violador de direitos e garantias fundamentais, como, também, que, com as alterações de conteúdo estampadas nas normas hauridas do art. 332 do CPC/15, acentua-se o caráter antidemocrático da improcedência liminar do pedido.

Diante de tudo isso, na pesquisa formalizada neste artigo, objetiva-se testar a hipótese de que, embora o Código de Processo Civil de 2015 tenha proporcionado o afastamento de diversas críticas que foram atribuídas à previsão normativa inicial do julgamento liminar pela improcedência, não foi capaz de afastar todas as objeções que foram oferecidas antes da entrada em vigor da Lei nº 13.105/15, a qual, ademais, pelos contornos que ofertou à improcedência liminar do pedido, deu origem a novos e relevantes questionamentos acerca de sua compatibilidade com as normas constitucionais brasileiras.

Quanto à abordagem do problema, portanto, a pesquisa apresentada é qualitativa, descritiva, explicativa, bibliográfica e documental. Adotando os métodos comparativo e hipotético-dedutivo (POPPER, 2009, 2004, 1999), elege a análise de conteúdo como instrumento para a coleta de dados e a proposição neoinstitucionalista do processo como marco teórico.

## **2 IMPROPRIEDADES TEÓRICAS RELATIVAS AO JULGAMENTO LIMINAR PELA IMPROCEDÊNCIA E A AFIRMAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS CONSTANTES NO ART. 285-A DO CPC/73**

Em 19 de novembro de 2004, o então Ministro da Justiça, Marcio Thomaz Bastos, submeteu ao Presidente da República Projeto de Lei que foi assim apresentado:

[...] Submeto à consideração de Vossa Excelência o anexo projeto de lei que “Acréscce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativo à racionalização do julgamento de processos repetitivo (*sic*)”.

2. Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa.

3. De há muito surgem propostas e sugestões, nos mais variados âmbitos e setores, de reforma do processo civil. Manifestações de entidades representativas, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juizes (*sic*) Federais do Brasil, de órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do próprio Poder Executivo são acordes em afirmar a necessidade de alteração de dispositivos do Código de Processo Civil e da lei de juizados especiais, para conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade que atualmente caracteriza a atividade em questão.

4. A proposta vai nesse sentido ao criar mecanismo que permite ao juiz, nos casos de processos repetitivos, em que a matéria controvertida for unicamente de direito, e no juízo já houver sentença de total improcedência, dispensar a citação e proferir decisão reproduzindo a anteriormente prolatada.

5. A sugestão encontra-se acorde com os preceitos que orientam a política legislativa de reforma infra-constitucional do processo, ressaltando que a proposta resguarda o direito do autor apelar da decisão, possibilitando, ainda, a cassação da mesma pelo juiz, e o prosseguimento da demanda em primeira instância.

6. Estas, Senhor Presidente, as razões que me levam a submeter a anexa proposta ao elevado descortino de Vossa Excelência, acreditando que, se aceita, estará contribuindo para a efetivação das medidas que se fazem necessárias para conferir celeridade aos ritos do processo civil. (BRASIL, 2004a).

A proposta foi acolhida por Luiz Inácio Lula da Silva, tendo sido o Projeto de Lei enviado à Câmara dos Deputados em 27 de dezembro de 2004. Após submetida aos trâmites regimentais, a proposição recebeu votação favorável, precedida por parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, que, em 10 de agosto de 2005, “opinou pela aprovação, com substitutivo, do Projeto de Lei nº 4.728/2004 e da Emenda apresentada nesta Comissão, nos termos do Parecer do Relator, Deputado João Almeida. O Deputado Darci Coelho apresentou voto em separado.” (BRASIL, 2004b).<sup>5</sup>

Uma vez aprovada a redação final do Projeto de Lei pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, esse foi remetido ao Senado Federal pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, através do Ofício PS-GSE/503/05. Com nova numeração, tendo em vista ter sido aprovado, na Câmara dos Deputados, substitutivo ao Projeto de Lei originário, assim que distribuído no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 101/2005 foi encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, onde recebeu a relatoria do Senador Aloizio Mercadante, que, em 17 de janeiro de 2006, votou pela aprovação da proposta examinada, ofertando parecer que, no dia seguinte, passou a constituir o parecer da própria CCJC do Senado Federal.

O parecer favorável à inclusão do art. 285-A no Código de Processo Civil de 1973 explicitou-se nos seguintes termos:

Quanto à constitucionalidade, a proposta não apresenta qualquer vício, uma vez que é de competência privativa da União legislar sobre direito processual civil, legítima a iniciativa e adequada a elaboração de lei ordinária (arts. 22, I, 48 e 61, *caput*, da Constituição Federal).

Não há tampouco qualquer obstáculo no que tange à juridicidade do Projeto, restando observados os princípios do nosso ordenamento jurídico. Por sua vez, a técnica legislativa empregada no Projeto de Lei em exame encontra-se adequada aos ditames da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998.

No mérito, a proposta tem o condão de racionalizar a atividade jurisdicional, pois confere aos magistrados poderes necessários para decidir de forma rápida e definitiva os conflitos repetitivos, desde que os mesmos envolvam matéria exclusivamente de direito, sobre a qual já exista entendimento consolidado no mesmo juízo. Dessa forma, o Projeto desonerará as partes injustamente demandadas e também a estrutura do próprio Poder Judiciário. A alteração proposta não prejudica as garantias processuais das partes

5 Na Câmara dos Deputados, o projeto de lei originário somente recebeu um substitutivo, que foi ofertado pelo Relator, Deputado João Almeida. Para o congressista, o Projeto de Lei nº 4.728/04 encontrava-se a merecer retificação quanto à técnica legislativa, tendo em vista a “ausência de um artigo inaugural que enuncie o seu objeto e ao emprego da expressão (NR), cuja inserção deve ser feita após a redação do dispositivo e entre as aspas.” (BRASIL, 2004b). Além disso, para o Deputado João Almeida, mostrava-se “conveniente ainda substituir a palavra ‘cassar’ encontrada no § 1º do artigo que se quer acrescentar ao Código, bastante repudiada por seu cunho autoritário, pela expressão ‘não manter’.” (BRASIL, 2004b). Registre, ainda, por oportuno, que o Deputado Darci Coelho já destacava, naquela oportunidade, que o Projeto de Lei apreciado padecia de vícios insanáveis quanto à constitucionalidade e à juridicidade. Para o deputado, pelo acréscimo do art. 285-A ao CPC de 1973, o que se pretendia era “[...] estabelecer em seu texto um mecanismo semelhante ao da tão prolapada súmula vinculante, com a diferença, porém, de já se a prever para aplicação pelo juiz competente para o exercício da jurisdição em primeiro grau. A sua adoção feriria gravemente o princípio geral de direito processual da garantia do duplo grau de jurisdição, eis que estabeleceria a possibilidade de se suprimir o primeiro grau da jurisdição, à medida em que se autoriza o juiz a proferir sentença apenas reproduzindo o teor de outra anteriormente prolatada no juízo. Além disso, vislumbra-se, no conteúdo da proposição em comento, ofensa também aos princípios e normas gerais que regem a coisa julgada formal, tendo em vista que se pretende permitir ao juiz do primeiro grau de jurisdição a prolação de sentença terminativa em duas oportunidades, quais sejam, no momento anterior à citação da parte contrária e posteriormente à prática de tal ato, se então houver apelação e se decidir não a manter e dar prosseguimento normal ao feito. Há afronta ainda aos princípios constitucionais da garantia da ampla defesa e do contraditório, no âmbito do mencionado projeto de lei. Isto porque se facultaria ao juiz dispensar a citação da parte contrária e, como se deve saber, tal ato constitui, na sistemática adotada pelo nosso direito processual, requisito essencial e indispensável para a regular defesa do réu.” (BRASIL, 2004b).

envolvidas, uma vez que apenas antecipa o momento de prolação da sentença, tendo em vista a possibilidade do magistrado antever, com elevado grau de certeza, o desfecho da demanda e evitar a prática de uma série de atos processuais, os quais mostram-se desnecessários frente à total improcedência da matéria veiculada na ação.

A demanda fundada em controvérsia exclusivamente de direito é baseada apenas em dispositivos normativos ou jurisprudenciais, não exigindo o desenvolvimento de instrução probatória para sua solução. Assim, este tipo de demanda, cuja improcedência seja manifesta e pacificada no Tribunal, não depende de qualquer ato processual prévio para ser julgada, sendo possível decidi-la logo após a distribuição.

Assim, os casos tratados pelo projeto prescindem da manifestação do réu para ser decidida, uma vez que os elementos contidos na petição inicial, por si só, já são suficientes para fundamentar o julgamento definitivo da lide. Com isso, além de deixar de ser citado desnecessariamente, o réu deixará de arcar com os ônus da defesa judicial em demanda manifestamente improcedente.

Nesse sentido, a proposta insere em nosso ordenamento mecanismos que permitem aos magistrados realizarem o julgamento das referidas ações sem a necessidade de citação do réu, o que não prejudicará o autor – pois será apenas uma antecipação do resultado que seria obtido ao final da demanda e este não perde os direitos recursais que possui – e também não prejudicará o réu – pois a sentença de improcedência não terá efeitos na sua esfera jurídica – demonstrando a compatibilidade da proposta com as garantias processuais previstas em nosso ordenamento. (BRASIL, 2005).

Registre-se, por oportuno, que o referido Projeto de Lei recebeu apenas uma emenda na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania do Senado Federal, que determinou a supressão da expressão “por”, que constou na redação do parágrafo primeiro do art. 285-A ofertada pela Câmara dos Deputados. O Projeto de Lei nº 101/2005 teve a sua redação final aprovada pela Comissão Diretora do Senado Federal no dia 18 de janeiro de 2006, sendo imediatamente enviado à Presidência da República para a sanção, que ocorreu, sem vetos, no dia 7 de fevereiro de 2006.

A Lei nº 11.277 foi publicada no dia 8 de fevereiro de 2006 e acresceu ao CPC de 1973 o art. 285-A, que determinava:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§1º. Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§2º. Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso. (BRASIL, 2006).

Até a entrada em vigor do intitulado novo CPC, portanto, a possibilidade do julgamento liminar pela improcedência baseava-se no preenchimento da hipótese disposta no art. 285-A do Código de Processo Civil de 1973, que, a despeito de prestigiado pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal e pela Presidência da República, foi bastante criticado no âmbito acadêmico. Assim que publicada, a Lei nº 11.277/06 recebeu atenção especial de estudiosos do direito processual, os quais, por seus escritos, explicitavam que, como normatizada, a improcedência liminar do pedido apresentava-se extremamente tormentosa.

Paulo Roberto de Gouvêa Medina (2006), Eduardo Cambi (2006), Rosemiro Pereira Leal (2007), Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2007), Nelson Nery Junior e Rosa



Maria de Andrade Nery (2007), Antônio da Costa Machado (2008), Humberto Theodoro Júnior (2009), Elpídio Donizette Nunes (2009), Cassio Scarpinella Bueno (2011), Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Carlos Henrique Soares (2011) formalizaram vários questionamentos a respeito do art. 285-A do CPC/73, sustentando, em síntese e principalmente, que: a) a partir da redação do dispositivo legal, a expressão casos idênticos mereceria esclarecimento, uma vez que, se compreendida como sinônimo de causas idênticas, a situação alcançada pelo julgamento liminar pela improcedência estaria a exigir a prolação de uma sentença terminativa fundada em litispendência ou em coisa julgada e não uma sentença definitiva que abarcasse o *meritum causae*; b) a norma disposta no art. 285-A do CPC/73 deixava de considerar que a matéria somente poderia ser taxada como incontroversa após identificada a inércia da parte ré em ofertar resistência ao pedido formulado pela parte autora – o que sequer seria permitido no âmbito do julgamento liminar pela improcedência, já que a parte ré somente seria citada para a oferta de contrarrazões ao recurso de apelação eventualmente interposto pela parte autora; c) a legislação não indicava quantas seriam as decisões proferidas pelo juízo que autorizariam a realização do julgamento liminar pela improcedência, embora deixasse entrever a necessidade de que mais de uma sentença já se tivesse prolatado; d) o dispositivo legal desconsiderava que, no recinto procedimental, não há matéria unicamente de direito a ser analisada, porque a aplicação da normatividade pressupõe a existência de fatos, que podem ser constitutivos, extintivos, impeditivos e modificativos do direito da parte autora; e) o art. 285-A do CPC/73 não explicitava qual deveria ser o conteúdo das contrarrazões oferecidas pela parte ré ao recurso de apelação eventualmente interposto, isto é, não apontava, de modo nítido, se, nas contrarrazões apresentadas, a parte ré deveria se pronunciar sobre toda a causa de pedir declinada na petição inicial e, por consequência, a respeito de todos os pedidos constantes nessa petição, ou se, de modo mais restrito, deveria apenas se manifestar acerca do preenchimento de hipótese autorizativa da improcedência liminar do pedido; f) a lei não apontava como deveria ser reproduzida a sentença anterior, ou seja, não anunciava se a juntada aos autos do documento em que formalizada a decisão proferida bastaria ao cumprimento do disposto no art. 285-A do CPC/73 ou, se muito além disso, deveria o juízo proferir uma nova decisão que se aproveitasse dos elementos essenciais da sentença anterior e que indicasse, de forma inequívoca, a identidade dos casos examinados; g) a norma haurida do dispositivo acrescido ao Código de Processo Civil de 1973 não considerava que, diante do grande número de unidades judiciais existentes no Brasil, da quantidade de magistrados que proferem decisões em um mesmo juízo, bem como da grande divergência dos juízes acerca de questões jurídicas que lhe são submetidas, seria possível que casos tidos como idênticos fossem abordados de maneira distinta pela magistratura, gerando, assim, a oportunidade de oferta de um tratamento não isonômico aos cidadãos; h) o art. 285-A do Código de Processo Civil de 1973 não elucidava se seria possível a ocorrência do julgamento liminar pela improcedência quando realizada uma cumulação de pedidos e nem todos os pleitos mostrassem-se abarcados por hipótese de seu cabimento; i) a legislação causaria transtornos à segurança jurídica, já que a parte autora não teria como saber, ao instaurar o procedimento, se esse teria tramitação completa ou abreviada, uma vez que, em face de uma publicidade restrita que, muitas vezes, era atribuída às sentenças proferidas no Brasil, nem sempre a parte autora teria prévio conhecimento da existência de decisões de improcedência proferidas a respeito de pedidos como o que formulou; j) o julgamento previsto no art. 285-A do CPC/73 violaria o direito de ação, pois a parte autora tem direito ao incremento da citação da parte ré, a qual, por sua vez, poderia optar por reconhecer a procedência do pedido,

independentemente da existência de sentenças anteriores prolatadas na unidade judicial em que tramita o procedimento; k) a permissão legal para o proferimento de uma sentença de improcedência do pedido sem a prévia instalação da oportunidade de manifestação das partes seria contrária ao princípio do contraditório, que, na contemporaneidade, encamparia o direito de participação das partes na construção das decisões cujos efeitos serão por elas suportados, de modo a assegurar que se reconheçam como coautoras da decisão produzida; l) a norma examinada desconsiderava que a ausência de oportunidade de pronunciamento da parte autora sobre o conteúdo da possível sentença de improcedência liminar do pedido afastaria a possibilidade de indicação de peculiaridades que tornariam a situação *sub judice* diversa daquela que foi examinada por decisões anteriormente proferidas; m) a admissão legal da prolação de uma sentença de improcedência do pedido sem a prévia citação da parte ré provocaria a violação do contraditório e, além disso, da ampla defesa, porque impossibilitaria à parte ré formular defesas ou pretensões que, uma vez acolhidas, poderiam lhe gerar uma decisão mais favorável do que a constante na sentença que é reproduzida em juízo; n) a norma prevista no art. 285-A do CPC/73 não explicitava se, uma vez interposto o recurso de apelação pela parte autora, poderia o juízo *ad quem* deferir o pedido estampado na petição inicial ou se teria apenas a faculdade de se pronunciar sobre o preenchimento ou não da hipótese de cabimento do julgamento liminar pela improcedência.

Por aderir a alguns desses apontamentos, aliás, é que a Ordem dos Advogados do Brasil pretendeu fosse declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 11.277/06. Por via do seu Conselho Federal, a OAB instaurou ação direta de inconstitucionalidade e pleiteou a suspensão liminar e integral de referida Lei, que, no entanto, não foi deferida pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, ademais, mediante decisão monocrática datada de 12 de maio de 2017, deu fim à discussão inaugurada pela ADI nº 3695-DF, ao argumento de que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015 e, de conseguinte, com a revogação do art. 285-A do CPC/73, a ação proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil teria perdido o seu objeto.

Isso porque, de acordo com o Ministro Alexandre de Moraes, que substituiu o Ministro Teori Zavascki na relatoria da ADI nº 3695-DF:

Com a promulgação da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que concebeu o novo Código de Processo Civil, os atos normativos impugnados nesta causa foram expressamente revogados (art. 1.046, *caput*, do CPC/2015). A jurisdição constitucional abstrata brasileira não admite o ajuizamento ou a continuidade de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia já tenha se exaurido, independentemente do fato de terem produzido efeitos concretos residuais (ADI 709, Rel. Min. PAULO BROSSARD, DJ de 20/6/1994, ADI 3885, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJe de 28/6/2013; ADI 2971 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 13/2/2015; ADI 5159, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> CARMEN LÚCIA, DJe de 16/2/2016; e ADI 3408 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 15/2/2017), sob pena de transformação da jurisdição constitucional em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concretas (ADI 649-5/RN, Pleno, Rel. Min. PAULO BROSSARD, DJ de 23/9/1994; ADI 870/DF – QO, Pleno, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 20/8/1993). Nas hipóteses de revogação do ato impugnado, antes do julgamento final da ação, ocorrerá a prejudicialidade desta, por perda do objeto, (ADI QO 748-3/RS, Pleno, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 15/10/2006). Verificada a revogação, caberia ao requerente o ônus de apresentar eventual pedido de aditamento, na hipótese de entender subsistentes, no

ato normativo revogador, as inconstitucionalidades alegadas originalmente. Ocorre, porém, que, mesmo com a notoriedade conferida à promulgação do CPC/2015 e do considerável lapso de tempo transcorrido desde sua entrada em vigor, não houve registro de qualquer providência nesse sentido. Ante o exposto, JULGO EXTINTO o processo sem resolução de mérito, com base nos arts. 21, IX, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e 485, VI, do Código de Processo Civil de 2015. (BRASIL, 2017).

O que daí se extrai, logo, é que, embora a improcedência liminar do pedido esteja prevista na legislação brasileira atual, bem como permaneça provocando inúmeros debates acerca de sua fragilidade na literatura especializada – muitos desses a reproduzirem os que foram instalados quando estava em vigor o art. 285-A do CPC/73 –, a pretensão de fiscalidade normativa exercida na ADI nº 3695-DF não será sequer analisada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em controle concentrado, qualquer pronunciamento judicial a respeito dos vícios de inconstitucionalidade atinentes ao julgamento liminar pela improcedência depende da propositura de nova ADI, desta feita relativa ao art. 332 da Lei nº 13.105/15.

### **3 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO DAS CRÍTICAS OFERTADAS À IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO**

O art. 332 do CPC/15 regula o julgamento liminar pela improcedência da seguinte forma:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recursos repetitivos;

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§1º. O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§2º. Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§3º. Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§4º. Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias. (BRASIL, 2015).

Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2010), Trícia Navarro Xavier Cabral (2016) e Guilherme Rizzo Amaral (2015), a previsão da improcedência liminar do pedido estampada no Código de Processo Civil brasileiro atual representa um avanço teórico, uma vez que aprimora o regramento disposto no art. 285-A do Código de Processo Civil de 1973.

É o que se lê, ainda, nos escritos de Cassio Scarpinella Bueno (2015, p. 269), para quem a regra disposta no art. 332 do CPC/15 encampa a orientação no sentido de que “a rejeição liminar do pedido pressupunha consolidação jurisprudencial acerca do assunto, sendo inviável – e verdadeiramente antiproducente – que a existência de mera sentença em sentido contrário à pretensão autoral pudesse justificar sua rejeição liminar”.

Conforme leciona José Eduardo Arruda Alvim Netto (2017, p.759-760), ao se pronunciar sobre a norma constante no art. 285-A do CPC/73:

Dentre muitas divergências que surgiram a partir da promulgação deste dispositivo, a principal delas dizia respeito à falta de técnica na sua redação, pois a mera existência de uma sentença anterior em caso idêntico não seria suficiente para permitir o atropelamento do devido processo legal e o julgamento liminar de improcedência do pedido. Diante disso, a jurisprudência acabou se posicionando no sentido de que a aplicação do art. 285-A, com a consequente improcedência liminar do pedido, só seria possível quando o entendimento do juiz singular estivesse em conformidade, tanto com a posição do Tribunal local (Estadual ou Regional Federal), quanto do tribunal Superior (Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal). A isso, a doutrina deu o nome de exigência de dupla conformidade. Se a orientação do magistrado colidisse com o posicionamento dos órgãos hierarquicamente superiores, o artigo não deveria ser aplicado.

Considerando que as reformas do sistema jurídico-processual demonstraram evidente preferência pelos entendimentos sumulados ou, até mesmo, manifestados por jurisprudência dominante (cf., por exemplo, art. 518, §1º, e art. 557, ambos do CPC/73), e seguindo a linha mestra do CPC/2015 de imprimir mais segurança jurídica a partir do respeito às decisões dos tribunais superiores, o art. 332 do CPC/2015 dá um passo adiante do art. 285-A do CPC/73, e estabelece outras hipóteses nas quais, quando não for necessária a fase instrutória, o pedido poderá ser julgado liminarmente improcedente.

Georges Abboud e José Carlos van Cleef de Almeida Santos (2015, p. 857) também entendem que o art. 332 do Código de Processo Civil de 2015 “regrou a matéria com mais precisão técnica e coerência”. Para os autores, tal se afirma porque:

Retirou-se do *caput* do art. 332 do CPC/2015 as polêmicas expressões “matéria controvertida” e “unicamente de direito” para estabelecer que o juiz decretará a improcedência liminar do pedido “nas causas que dispensem a fase instrutória”.

Aparentemente, o juiz deve enfrentar desde logo o pedido do autor apenas nos casos que prescindir de outras provas além das constantes do processo (i.e. pré-constituídas), fato que deve estar devidamente justificado e fundamentado na sentença.

De outra banda, eliminou-se a possibilidade do juiz utilizar os seus próprios precedentes para justificar o julgamento de improcedência *prima facie*, na esteira do que já indicava ser o mais correto tanto a doutrina quanto a jurisprudência (ver: STJ, Resp 1109398/MS, 4ª T., rel. Min. Felipe Salomão). Para tanto, foram criadas cinco hipóteses de aplicação da técnica em comento, incidentes quando i) o pedido contrariar *enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça*; ii) o pedido contrariar *acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos*; iii) o pedido contrariar *entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência*; iv) o pedido contrariar *enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local*; e v) o juiz verificar, desde logo, a ocorrência de *decadência ou de prescrição*.

Com exceção da última hipótese, todas as demais revelam a preocupação do legislador em prestigiar a orientação dos Tribunais Superiores e dos tribunais locais em detrimento da opinião do juiz de primeiro grau.

A disposição do reconhecimento da decadência e da prescrição como causas de julgamento liminar do pedido foi acertada, justamente por tratar-se de institutos ligados ao *meritum causae* e, não, propriamente à forma da demanda. (ABBOUD; SANTOS, 2015, p. 857-858).

O avanço teórico aludido por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, Trícia Navarro Xavier Cabral, Guilherme Rizzo Amaral, Cassio Scarpinella Bueno, José Eduardo

Arruda Alvim Netto, Georges Abboud e José Carlos van Cleef de Almeida Santos, entretanto, não foi suficiente para o afastamento de todas as críticas que o julgamento liminar pela improcedência recebeu quando ainda vigorava o art. 285-A do CPC/73. É que, embora com o advento do Código de Processo Civil de 2015, vários questionamentos relativos à improcedência liminar do pedido tenham perdido relevância, muitos continuam a merecer pronto enfrentamento, desta feita em conjunto com interrogações que ganharam importância após a publicação da Lei nº 13.105/15.

Em termos mais precisos, é possível afirmar que, a partir da vigência das normas previstas no CPC/15, não mais se sustentam as críticas indicadas no capítulo segundo deste artigo, sob os rótulos a), b), c), d), f), g), h) e i). Ainda hoje, porém, com as adaptações pertinentes de conteúdo, encontram-se a requerer respostas consistentes os problemas que foram anunciados no mesmo capítulo segundo deste escrito, sob os dísticos e), j), k), l), m) e n), e, além desses, dois outros que advieram da previsão normativa do julgamento liminar pela improcedência que substituiu a que foi traçada pela Lei nº 11.277/2006.

A primeira dessas interrogações relaciona-se com a possibilidade de julgamento liminar pela improcedência do pedido quando for verificada, antes mesmo da citação da parte ré, a ocorrência da prescrição. A segunda, por sua vez, é alusiva à obrigatoriedade de acatamento, pelo juízo, das decisões e dos enunciados de súmulas referidos nos incisos I a IV, do art. 332 do CPC/15. De um lado, um questionamento acerca da violação do contraditório que é assegurado às partes, bem como do direito à autonomia privada que é deferido à parte ré. De outro, uma conjectura alusiva ao caráter vinculante das decisões judiciais e dos enunciados de súmulas produzidos no Brasil.

Sobre a primeira das cogitações, pronunciou-se, em parte, Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 761), ao aduzir que o Código de Processo Civil de 2015 incorre em equívoco ao permitir que o magistrado reconheça a prescrição sem que, antes, as partes tenham a possibilidade de se manifestar a seu respeito. É que, de acordo com o processualista mineiro:

Malgrado o Código dispense a manifestação prévia dos litigantes na hipótese em análise, nenhum juiz tem, na prática, condições de, pela simples leitura da inicial, reconhecer ou rejeitar uma prescrição. Não se trata de uma questão apenas de direito, como é a decadência, que se afere por meio de um simples cálculo do tempo ocorrido após o nascimento do direito potestativo de duração predeterminada. A prescrição não opera *ipso iure*; envolve necessariamente fatos verificáveis no exterior da relação jurídica, cuja presença ou ausência são decisivas para a configuração da causa extintiva da pretensão do credor insatisfeito. Sem dúvida, as questões de fato e de direito se entrelaçam profundamente, de sorte que não se pode tratar a prescrição como uma simples questão de direito que o juiz possa, *ex officio*, levantar e resolver liminarmente, sem o contraditório entre os litigantes. A prescrição envolve, sobretudo, questões de fato, que, por versar sobre eventos não conhecidos pelo juiz, o inibem de pronunciamentos prematuros e alheios às alegações e conveniências dos titulares dos interesses em confronto.

Se é difícil para o juiz decretar *ex officio* e liminarmente a prescrição objetiva do Código Civil (arts. 189, 205 e a maioria dos incisos do art. 206), impossível será fazê-lo nos casos de prescrição subjetiva, como a do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor e alguns incisos do art. 206 do Código Civil. É que nesses casos, além da interferência dos impedimentos, interrupções e suspensões, há a imprecisão do termo inicial da prescrição que se relaciona com um dado pessoal e subjetivo: a data do “conhecimento do dano e de sua autoria”.

Outras leis que autorizam decretação de prescrição no terreno tributário,

sem provocação da parte devedora, não o fazem, todavia, sem condicionar a decisão a uma prévia audiência da Fazenda credora (Lei 6.830/1980, art. 40, § 4º), cautela que, com a devida vênia, não poderia ter sido omitida pelo novo Código de Processo Civil a pretexto de rejeição liminar do pedido.

Além desses aspectos, contudo, há outro que também não pode ser desconsiderado no estudo atinente à admissão legislativa da decretação da prescrição, *ex officio*, pelo julgador. O art. 191 do Código Civil brasileiro autoriza a renúncia da prescrição pela parte que dela se aproveita, caso o objeto da pretensão seja disponível. De conseguinte, “se o juiz, antes ainda de citar o réu, constata que a pretensão está prescrita e julga desde logo improcedente o pedido, o réu não terá sido ouvido previamente para indicar se desejaria renunciar à prescrição” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 118) – o que não apenas importa na violação do direito da parte ré participar da construção da decisão cujos efeitos sofrerá, como, também, na negativa de acolhimento do seu direito à autonomia privada.

Registre-se, sobre o assunto, que a norma haurida do art. 487, parágrafo único, do CPC/15, dispõe que a prescrição não será reconhecida sem que às partes seja ofertada a oportunidade de manifestação. É de se notar, no entanto, que a norma referida ressalva que, na hipótese da improcedência liminar do pedido, essa determinação não se aplica, de modo que, se a prescrição é identificada pelo magistrado antes mesmo da citação da parte ré, o juiz está autorizado a julgar, de logo, improcedente o pedido, negando-se à parte ré o direito de renunciar à prescrição no espaço procedimental preparatório do provimento.<sup>6</sup>

Assim, se exercida a faculdade disposta no art. 332, §1º, do CPC/15, estará vedado à parte ré o exercício do direito de produzir, em coautoria, uma decisão que poderia apresentar conteúdo integralmente diverso da improcedência do pedido. Realizada a renúncia da prescrição, o *decisum* assumiria o *status* de provimento resolutivo de mérito favorável à parte que instaurou o procedimento e não de uma decisão definitiva que lhe seja desfavorável.

Daí, é possível afirmar que a decretação judiciário-solipsista da prescrição apresenta-se danosa à processualidade democrática.<sup>7</sup> Afinal, se, com o advento do Estado Democrático de Direito, a “dicotomia público/privado e a racionalidade do ordenamento jurídico” (CASTRO, 2010, p. 223) sofreram uma ressemantização, é de se considerar que, a partir da superação dos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social, nenhum ganho relevante é gerado quando, em prol da efetividade, são violados direitos e garantias fundamentais no recinto procedimental de aplicação normativa.

É pela ausência de aderência da legislação infraconstitucional aos perfis assumidos pelo ordenamento jurídico brasileiro desde 1988, aliás, que emerge a segunda das críticas ofertadas a partir da previsão normativa atual da improcedência liminar do pedido. Consoante afirmam Georges Abboud e José Carlos van Cleef de Almeida Santos (2015, p. 859), o art. 332 do CPC/15 é acometido por vício que enseja a declaração de sua inconstitucionalidade, uma vez que, no Brasil, a vinculação decisória ou sumular:

[...] deve estar sempre prevista *expressamente* na CF, sob pena de violação à garantia constitucional da *independência funcional* dos magistrados e à *separação funcional de poderes*. Vale lembrar que até mesmo os enunciados editados ou as decisões proferidas em sede de controle de

6 Sobre as correlações teórico-democráticas entre o procedimento e o provimento, veja, sobretudo, a obra de Rosemiro Pereira Leal (2016a).

7 A respeito da processualidade democrática, confira, especialmente, os escritos de Rosemiro Pereira Leal (2017, 2016a, 2016b, 2013), Roberta Maia Gresta (2014), André Cordeiro Leal (2008, 2002), Francisco Rabelo Dourado de Andrade (2017) e Vinícius Lott Thibau (2018).

constitucionalidade abstrato pela mais alta corte do país (i. e. o STF) precisaram de previsão constitucional expressa que lhes atribuísse efeito vinculante. Dessa forma, mais necessário ainda é o permissivo constitucional que confira efeito vinculante às decisões/enunciados do STJ e dos demais tribunais da Federação.

Em nosso sistema constitucional, não se pode perder de vista que a jurisdição e os poderes do STJ e do STF somente podem ser aumentados ou diminuídos via emenda constitucional. Nessa perspectiva, torna-se evidente a inconstitucionalidade do art. 332 uma vez que praticamente elimina a distinção entre súmulas simples e vinculantes.

É desarrazoada e desproporcional a mudança legislativa. Isso porque o art. 103-A da CF determina diversos requisitos para o STF proferir uma súmula vinculante, em contrapartida, o NCPC – lei federal – transforma em vinculantes todas as súmulas simples do STF, do STJ e dos demais tribunais sem que para tanto, precisem estar preenchidos os mesmos requisitos elencados no art. 103-A da CF.

Em suma, no afã de privilegiar a celeridade, conquanto a redação do art. 332 do CPC/2015 tenha evoluído tecnicamente, o seu conteúdo revela diversos pontos contrários à ordem constitucional. A inconstitucionalidade é tão flagrante que ela prejudica a um só tempo, autor e réu da demanda, bem como o próprio magistrado da causa.

A atribuição de caráter vinculante às decisões judiciais e aos enunciados sumulares referidos pelo art. 332 do CPC/15 também foi tematizada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p. 909). Segundo anotam, o julgamento liminar pela improcedência não se compatibiliza com o *devido processo* institucionalizado na Constituição brasileira, porque:

[...] o sistema constitucional não autoriza a existência de ‘súmula vinculante’ do STJ nem dos TJs ou TRF-s, menos ainda do juízo de primeiro grau, impositiva da discussão do mérito de acordo com o *due process*.

A ofensa à garantia constitucional da legalidade é, ainda, mais gritante quando examina-se o texto normativo ora comentado que estatui ser imperativo o comando: “o juiz julgará improcedente”. Como pode o juiz julgar improcedente o pedido do autor, com base em “entendimento” jurisprudencial, coarctando o exercício legítimo da garantia constitucional fundamental de ação sem a observância do *due process*? O receio de todos é a instalação da ditadura da jurisprudência, notadamente dos tribunais superiores, como mecanismo de diminuição do acervo de autos de processo que se encontram nos escaninhos do Poder Judiciário. Não se pode violar garantia constitucional para diminuir acervo de autos.

Com efeito, pelas conjecturas apresentadas, afere-se que as normas hauridas do art. 332 do chamado NCPC não se apresentam compatíveis com as normas que lhe são supraordenadas. Pela normatização da improcedência liminar do pedido, a Constituição é ostensivamente violada por um Código que, embora tenha sido publicado em 2015, não acolheu – como deveria – o projeto democrático normativamente estabelecido, no Brasil, em 1988.

#### **4 CONCLUSÃO**

Com base no articulado, vê-se que, diante do conteúdo das normas dispostas no art. 332 do Código de Processo Civil de 2015, continuam a merecer enfrentamento muitas das críticas que foram ofertadas ao julgamento liminar pela improcedência, quando ainda se encontrava vigente o art. 285-A do Código de Processo Civil de 1973. Além disso, com o advento da Lei nº 13.105/15, dois novos e relevantes questionamentos foram apresentados a

respeito da incompatibilidade da improcedência liminar do pedido com a constitucionalidade democrática, estando esses a merecer, igualmente, respostas consistentes.

Diante da previsão normativa atual do julgamento liminar pela improcedência, conclui-se que, embora a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015 tenha prometido um alinhamento das normas integrantes do denominado NCPC à constitucionalidade brasileira, deixa de acatar o compromisso assumido. As normas dispostas no art. 332 do CPC/15 violam direitos e garantias fundamentais e, a pretexto de uma tão almejada efetividade, asseguram o protagonismo judicial e o solipsismo decisório, que são absolutamente incompatíveis com a pretensão de democraticidade jurídica estabelecida pela CB/88.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; SANTOS, José Carlos van Cleef de. Da improcedência liminar do pedido no CPC/2015. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. *Tutela da evidência, teoria da cognição e processualidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Eduardo. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 4.728, 2004b*. Acresce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=274442>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Lei n. 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 6 jan. 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). *Lei n. 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm)>. Acesso em: 6 jan. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15). In: BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; SOARES, Carlos Henrique (Org.). *Novo Código de Processo Civil 2017: Lei n. 13.105/15 com as alterações da Lei 13.256/2016*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BRASIL. *Lei n. 11.277*, de 7 de fevereiro de 2006. Acresce o art. 285-A à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11277.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11277.htm)>. Acesso em: 6 jan. 2019.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Projeto de Lei [s.n.]*, de 19 de novembro de 2004a. Acresce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, relativo à racionalização do julgamento de processos repetitivo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/MJ/2004/186.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MJ/2004/186.htm)>. Acesso em: 28 dez. 2018.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil: comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.



BRASIL. SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei da Câmara n. 101*, de 2005. Acresce o art. 285-A à Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4753715&disposition=inline>>. Acesso em: 29 dez. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3695-DF. Relator Ministro Alexandre de Moraes. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 18 maio 2017. Disponível em: <[file:///C:/Users/vilth\\_000/Downloads/texto\\_311799757.pdf](file:///C:/Users/vilth_000/Downloads/texto_311799757.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Manual elementar de processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: volume único. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*: procedimento comum – procedimento ordinário e sumário. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2, t. I.

BÜLOW, Oskar von. Gesetz und richtertamt. In: BÜLOW, Oskar von. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003. v. 10.

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A improcedencia liminar do pedido e o saneamento do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 252, p. 147-163, fev. 2016.

CAMBI, Eduardo. Julgamento *prima facie* [imediato] pela técnica do art. 285-A do CPC. *Argumenta Journal of Law*: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi. Jacarezinho, v. 6, p. 153-178, 2006.

CASTRO, Bernardo Vassalle de. A participação social no processo legislativo e o desenvolvimento sustentável. In: *Veredas do Direito*: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, Belo Horizonte, volume especial 7, n. 13 e 14, p. 213-239, jan./dez. 2010.

COSTA MACHADO, Antônio da. *Código de Processo Civil interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 2. ed. Barueri: Manole, 2008.

GRESTA, Roberta Maia. *Introdução aos fundamentos da processualidade democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. (Coleção Estudos da Escola Mineira de Processo, v. 1).

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A distribuição dinâmica do ônus da prova trabalhista e o privilégio do juiz na fixação do sentido normativo. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*. Belo Horizonte, n. 35, p. 13-25, maio/ago. 2018a.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A estrutura fundamental do direito processual dogmático e suas repercussões no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor (Coord.). *Teoria crítica do processo*: contributos da escola mineira de processo para o constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018b. (Coleção Teoria Crítica do Direito, v. 6).

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 13-29, out./dez. 2015a.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. O devido processo legal e a excepcionalidade normativo-

ambiental. In: CARVALHO, Newton Teixeira; REIS, Émilien Vilas Boas; RIOS, Mariza. *Estado de exceção ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015b, p. 47-64.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 13. ed., rev., atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2016a.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016b. (Coleção Direito e Justiça).

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, v. 7).

LEAL, Rosemiro Pereira. A judicialização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro. In: BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 253-270.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Sentença emprestada: uma nova figura processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 135, p. 152-160, maio 2006.

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

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Elpídio Donizette. *Curso didático de direito processual civil*. 11. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

POPPER, Karl Raimund. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Tradução de Joaquim Alberto Ferreira Gomes. Lisboa: Edições 70, 2009.

POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

THIBAU, Vinícius Lott. *Garantismo e processualidade democrática*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. (Coleção Direito e Justiça).

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

---

**Recebido em:** 12/03/2019

**Aprovado em:** 03/04/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

THIBAU, Vinícius Lott. Apontamentos críticos sobre a improcedência liminar do pedido. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 37, p.43-59, jan./abr. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/06/DIR37-03.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 42 À LUZ DA HERMENÊUTICA JURÍDICA: POR QUE NÃO SE TRATA DE UMA CRISE APENAS AMBIENTAL?

## AN ANALYSIS OF THE JUDGMENT OF THE DECLARATORY ACTION OF CONSTITUTIONALITY 42 IN THE LIGHT OF LEGAL HERMENEUTICS: WHY IS IT NOT ONLY AN ENVIRONMENTAL CRISIS?

Carolina Mérida<sup>1</sup>  
Dimas Pereira Duarte Junior<sup>2</sup>  
Rejaine Silva Guimarães<sup>3</sup>

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é analisar o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade 42, cujo objeto era a defesa da constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei Federal nº 12.651/2012 (denominada “Novo Código Florestal”), a partir da construção teórica de ampliação do modelo dworkiniano, desenvolvida por Streck à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Em que medida a ausência de legitimidade democrática resultante da sistemática falta de coerência e integridade na interpretação-aplicação do Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal na mencionada decisão afastou-se do texto constitucional que consagrou o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, deixando de fundar-se nos princípios constitucionais da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. A pesquisa é descritiva com abordagem de natureza qualitativa através dos procedimentos de análise de documentos e referências bibliográficas. Concluímos que, por valer-se de razões políticas e econômicas externas ao Direito, a decisão proferida pelo STF que declarou constitucional a maioria dos dispositivos legais questionados nas ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937 carece de legitimidade democrática e de adequação constitucional.

**Palavras-chave:** adc 42; novo código florestal; supremo tribunal federal; hermenêutica do direito.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze the judgment rendered by the Federal Supreme Court in the Declaratory Action of Constitutionality 42, whose object was the defense of the constitutionality of several provisions of Federal Law n. 12.651 / 2012 (denominated “New Forest Code”), based on the theoretical construction of the Dworkinian model developed by Streck in the light of the Hermeneutic Criticism of Law. The absence of democratic legitimacy resulting from the systematic lack of consistency and integrity in the interpretation and application of the Judiciary branch, in particular by the Federal Supreme Court in the aforementioned decision departed from the constitutional text moved away from enshrined the ecologically balanced environment as a fundamental right, ceasing to be based on the constitutional principles of solidarity and the dignity of the human person. The research is descriptive with an approach of qualitative nature through the procedures of analysis of documents and bibliographical references. We conclude that, due to political and economic reasons outside of the law, the decision pronounced by STF that declared constitutional most of the legal devices questioned in the ADIs 4901, 4902, 4903 and 4937 requires democratic legitimacy and constitutional adequacy.

**Keywords:** adc 42; new forest code; federal supreme court; hermeneutics of law.

1 Doutoranda em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC/GO. Pesquisadora bolsista e Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde/GO (UniRV).

2 Doutor em Ciências Sociais: Relações Internacionais pela PUC/SP. Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes (UNIT/SE).

3 Doutora em Ciências Sociais pela PUC-GO. Mestre em Direito pela UFG-GO. Professora Titular da Faculdade de Direito.

## 1 INTRODUÇÃO

A crise do meio ambiente, desvelada no século XX, bem como a complexidade e a universalidade dos problemas ecológicos emergentes, inaugurou um processo global de instituição de normas jurídicas (regras e princípios) de proteção ambiental (BELCHIOR, 2011).

Na esteira desse movimento em âmbito global, a Constituição Brasileira de 1988 tornou-se um marco histórico na proteção constitucional ambiental no país, dedicando um capítulo próprio à proteção do meio ambiente e atribuindo à propriedade privada uma função socioambiental (MERIDA; SILVA, 2018).

O direito a um meio ambiente saudável e equilibrado, apto a abrigar de maneira sustentável as gerações presentes e futuras, é assegurado pelo disposto no art. 225 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), além de estar consagrado em diversos tratados internacionais ratificados pelo Brasil; dentre os quais merece destaque a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972, por seu pioneirismo (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013).

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (United Nations Conference on the Human Environment - UNCHE), realizada na Suécia, na cidade de Estocolmo, em 1972, é considerada um marco na tutela internacional do meio ambiente por alçar o direito ao meio ambiente equilibrado ao patamar de direito humano fundamental e, ainda, introduzir o princípio da responsabilidade ambiental intergeracional, ao assegurá-lo às futuras gerações (AMARAL JUNIOR, 2011).

No âmbito brasileiro, em que pese a Constituição de 1988 ter garantido proteção ampla e sistemática ao meio ambiente, sucedendo-se por um alargamento da tutela ambiental também em sede infraconstitucional, a exemplo da Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98), da Política Nacional de Educação Ambiental (Lei n.º 9.795/99), da Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (Lei n.º 9.985/00), da Lei de Gestão de Florestas (Lei n.º 11.284/06), da Lei do Bioma Mata Atlântica (Lei n.º 11.428/06) e da Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei n.º 12.187/09), mas a estas não se limitando, a promulgação da Lei Federal n.º 12.651, em 25 de maio de 2012 (BRASIL, 2012), denominado de “Novo Código Florestal”, significou inegável recuo na tendência normativa observada a partir do texto constituinte.

O citado diploma legal, que dispõe sobre a (des)proteção da vegetação nativa, para além de significar um mero retrocesso legislativo, nasceu inconstitucional ao trazer em seu bojo uma série de situações que autorizam a redução dos parâmetros de proteção ambiental e a anistia aos degradadores contumazes de áreas ambientalmente protegidas, revogando o Código Florestal de 1965 e deixando de guardar a mínima coerência com o texto constitucional.

A falta de integridade da Lei Federal 12.651/2012 com o sistema jurídico brasileiro é tão flagrante que nada menos que quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937) foram propostas – as três primeiras de autoria da Procuradoria-Geral da República e a última apresentada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), todas requerendo a inconstitucionalidade do “Novo Código Florestal” por alegações diversas, em especial atinentes à redução da reserva, prevista em seu artigo 12, §§ 4º e 5º, à dispensa de constituição de reserva legal por empreendimentos de abastecimento público de água, tratamento de esgoto, exploração de energia elétrica e implantação ou ampliação de ferrovias e rodovias, prevista nos §§ 6º, 7º e 8º também do artigo 12 da referida lei, e à anistia aos produtores rurais que desmataram áreas de reserva legal e de preservação permanente antes de 22 de julho de 2008.

O referido marco temporal fora escolhido pelo fato de, em 22 de julho de 2008, ter

sido publicado o Decreto Executivo nº 6.514, que dispôs sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabeleceu o processo administrativo federal para apuração destas infrações. Ocorre que a Lei Federal n.º 12.651/2012 considerou como áreas rurais consolidadas aquelas com ocupação antrópica anterior a 22 de julho de 2008 e, na prática, impediu que os produtores rurais que aderissem ao Programa de Recuperação Ambiental (PRA) fossem multados e punidos criminalmente por terem desmatado reserva legal e área de preservação permanente antes da aludida data.

Já a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 42, ajuizada pelo Partido Progressista (PP), cuja decisão é objeto de análise mais detida por este estudo, ao contrário das ADIs mencionadas anteriormente, defende a constitucionalidade da aludida lei sob o argumento de que o “Novo Código Florestal” não agride o meio ambiente, tampouco viola dispositivos constitucionais, mas apenas consolida a interpretação dos artigos 186 (que trata da função social da propriedade rural) e 225 da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, o presente artigo se justifica diante da incoerência observada na interpretação-aplicação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pelo Supremo Tribunal Federal, que ao julgar as supracitadas ações afastou-se do texto constitucional.

A partir de tais considerações, este artigo tem por objetivo analisar o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade 42, cujo objeto era a defesa da constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei Federal nº 12.651/2012 (denominada “Novo Código Florestal”), a partir da construção teórica de ampliação do modelo dworkiniano, desenvolvida por Streck à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.

Em primeiro plano, a pesquisa se dedica a examinar o alcance da proteção constitucional do meio ambiente no Brasil, destacando a importância dos princípios no processo de interpretação da legislação ambiental, bem como a sua condição de direito fundamental. Na sequência, traça-se um breve histórico do processo de aprovação do Código Florestal de 2012 e debate-se o problema da falta de validade das normas incompatíveis com o texto constitucional. Em continuidade, analisa-se o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 42 à luz hermenêutica jurídica. Ao final, relatam-se as conclusões e indicam-se as referências.

Para tanto, adotou-se a metodologia descritiva, com abordagem de natureza qualitativa, por meio de procedimentos de análise documental e bibliográfica.

## **2 O MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: UM CAMINHO NECESSÁRIO À PRÉ-COMPREENSÃO E À PROJEÇÃO DE SENTIDO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL**

Segundo o filósofo alemão Hans-Georg Gadamer (1993), só é possível interpretar aquilo que se compreende e só é dado ao intérprete compreender baseado em pré-compreensões, as quais são reveladas pela facticidade e historicidade ou, em outras palavras, “pela condição-de-ser-no-mundo do intérprete”.

Desse modo, faz-se necessária uma breve incursão sobre o processo de evolução do tratamento atribuído ao meio ambiente nas constituições brasileiras.

A esse respeito, é cediço que o período Imperial brasileiro (de 1822 a 1889) foi de pouco relevo do ponto de vista da regulação ambiental, não merecendo maiores considerações para os fins da presente pesquisa (MILARÉ, 2011).

Já no período Republicano (a partir do ano 1889), notadamente sob a égide da Constituição Federal de 1934, elaborada numa conjuntura de intervencionismo estatal nas ordens

econômica e social, percebe-se o surgimento de normas infraconstitucionais protetivas do meio ambiente sob o enfoque da conservação de recursos econômicos, a exemplo do Código de Águas de 1934 (MILARÉ, 2011).

Do cotejo dos diversos textos constitucionais produzidos no período Republicano, Milaré (2011, p. 184) constata algumas similitudes, a saber:

- a) desde a Constituição de 1934, todas cuidaram da proteção do patrimônio histórico, cultural e paisagístico do País;
- b) houve constante indicação no texto constitucional da *função social da propriedade* (1946, arts. 147 e 148; 1967, art. 157, III; 1969, art. 160, III), solução que não tinha em mira – ou era insuficiente – para proteger efetivamente o patrimônio ambiental;
- c) jamais se preocupou o legislador constitucional em proteger o meio ambiente de forma específica e global, mas, sim, dele cuidou de maneira diluída e mesmo casual, referindo-se separadamente a alguns de seus elementos integrantes (água, florestas, minérios, caça, pesca), ou então disciplinando matérias com ele indiretamente relacionadas (mortalidade infantil, saúde, propriedade).

Nesse sentido, Antunes (2013, p. 62-63) enfatiza que “o meio ambiente não existia como um conceito merecedor de tutela autônoma, coisa que só veio a ocorrer após a edição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, em 1981”.

Em verdade, a partir da década de 1980 constata-se um salto qualitativo na proteção jurídica dispensada ao meio ambiente, ao se associar a preservação ambiental à qualidade de vida.

Nesse passo, Leite e Ayala (2011, p. 88) salientam que:

[...] o patamar inicial desta transformação jurídica, relacionada com o meio ambiente e a qualidade de vida, surgiu, como interesse internacional e como preocupação de cada Estado, a partir da Declaração do Meio Ambiente, adotada pela Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, em junho de 1972. A evidência desta transformação pode ser demonstrada pelo Princípio I da referida Declaração, que elevou o meio ambiente de qualidade ao nível de direito fundamental do ser humano.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, influenciada pelas discussões no âmbito internacional, é considerada um marco histórico na tutela constitucional ambiental no Brasil; uma vez que dedicou um capítulo próprio (o Capítulo VI - Do Meio Ambiente, inserido no Título VIII - Da Ordem Social) para sua proteção, diversamente dos textos constitucionais anteriores, que jamais se ocuparam da tutela específica ao meio ambiente (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013).

Da análise da Lei Fundamental de 1988, cumpre destacar a inovação promovida pelo artigo 225, ao atribuir uma “nova dimensão ao conceito de ‘meio ambiente’ como bem de uso comum do povo” (MACHADO, 2012, p.155), alçando-o à condição de direito fundamental, como examinaremos adiante.

O *caput* do referido dispositivo constitucional, afinado com a abordagem integrada e intergeracional do meio ambiente constante da Conferência de Estocolmo de 1972 (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013), concebe o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de todos e pressuposto essencial à sadia qualidade de vida, ao incumbir o Poder Público e a sociedade civil, solidariamente, do dever de preservá-lo para as gerações presente e futuras.

Ademais, oportuno registrar que a Constituição de 1988, ao visar uma proteção ampla

e sistemática do meio ambiente, não se limitou ao disposto no Capítulo VI, prevendo diversas regras protetivas distribuídas em seu texto.

De acordo com Horta (1994), as inúmeras regras previstas na Carta Magna de 1988 com escopo de proteger o meio ambiente podem ser divididas em quatro grandes grupos. A saber: as regras de garantia, as regras de competência, as regras gerais e regras específicas.

Para ele, as regras de garantia são aquelas pelas quais qualquer cidadão é parte legítima para a propositura da ação popular, visando à anulação de ato lesivo ao meio ambiente (CF, art. 5º, LXXIII); as regras de competência são aquelas pelas quais a Constituição Federal determina ser de competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF, art. 23) proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (inciso III), bem como proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI); preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII). Além disso, existe a previsão de competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (CF, art. 24) para proteção das florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (inciso VI); proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inciso VII); responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso VIII). Igualmente, o Ministério Público tem como função institucional promover o inquérito civil e a ação civil pública, inclusive para a proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III); as regras gerais são aquelas pelas quais a Constituição estabelece difusamente diversas regras relacionadas à preservação do meio ambiente (CF, arts. 170, VI; 173, § 5º; 174, § 3º; 186, II; 200, VIII; 216, V; 231, § 1º); e as regras específicas são aquelas que se encontram no capítulo da Constituição Federal destinado ao meio ambiente (HORTA, 1994, p. 24).

### **2.1. A importância dos Princípios da Prevenção, da Prevenção e da Vedação ao Retrocesso Ambiental no processo de interpretação da legislação ambiental**

Em adição aos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, assim como das regras constitucionais que tutelam o meio ambiente, cabe mencionar a existência dos princípios implícitos da Prevenção, da Prevenção e da Vedação ao Retrocesso Ambiental<sup>4</sup>, de fundamental relevância para assegurar a proteção integral ao meio ambiente.

O princípio da prevenção se aplica aos impactos ambientais já conhecidos e, portanto, com relação aos quais é possível estabelecer medidas de prevenção e/ou mitigação de danos ao meio ambiente (CARVALHO, 2017).

De acordo com Milaré (2011), o princípio da precaução, com origem no Direito Alemão, determina que devem ser evitados riscos ao meio ambiente nos casos em que haja incerteza científica quanto ao potencial de degradação de determina conduta ou atividade econômica. Visa prevenir o meio ambiente de um risco futuro.

No que se refere aos princípios da prevenção e da precaução, Carvalho (2017, p. 179) destaca a importância dos graus de incerteza como critério de diferenciação. Para o citado autor:

4 O princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental permite a impugnação de todo e qualquer ato que venha a reduzir ou até mesmo eliminar os níveis de proteção ao meio ambiente (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013).



[...] são as intensidades da incerteza que delimitam o âmbito de incidência e a abrangência dos Princípios da Prevenção e da Precaução. Enquanto o risco, com probabilidades passíveis de uma métrica quantificável e efeitos bem conhecidos, está atrelado a uma ordem preventiva, mais linear e objetiva, as demais dimensões da incerteza tendem a se submeter ao padrão precaucional, orientando dimensões diversas de intensidade acautelatória.

No que tange à vedação ao retrocesso em matéria ambiental, cabe frisar que:

[...] significa em primeira linha que toda medida que diminua a proteção do ambiente deva ser presumida (relativamente) inconstitucional, salvo preenchidos um conjunto de critérios e que, sempre analisados à luz das circunstâncias do caso, ensejam um juízo de inconstitucionalidade acompanhado da correspondente sanção.

Assim, antes de adentrar os demais critérios, eventual medida restritiva do direito fundamental à proteção do ambiente deverá encontrar sempre respaldo na própria ordem constitucional, ou seja, justificar-se pela necessidade de proteção de outros direitos fundamentais (SARLET, 2016).

Ainda de acordo com Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 266), o princípio de vedação ao retrocesso proíbe “atuação legislativa e erosiva” no que diz respeito às áreas de preservação permanente e de reserva legal, justamente institutos cuja proteção fora reduzida por meio da aprovação da Lei 12.651/2012.

A esta altura, conforme acentua Streck, (2017, p. 47) é de se salientar que, no plano hermenêutico, “a pré-compreensão, enquanto condição de possibilidade, fragiliza a distinção semântico-estrutural entre regras e princípios” uma vez que ambos são normas jurídicas (ou, ainda, parâmetros interpretativos).

Ainda de acordo com Streck (2017, p. 47), para quem regras e princípios não podem ser cindidos:

[...] as regras são resultado da leitura de textos normativos, de modo que compartilham da porosidade e ambiguidade inerentes aos signos linguísticos, ao passo que os princípios consubstanciam a institucionalização do mundo prático do Direito. É possível dizer que o princípio institui a regra, no sentido de que regras e princípios possuem caráter deontológico, porém, isoladamente, não se prestam para a adequada resolução das controvérsias jurídicas surgidas no tecido social.

Desse modo, a melhor interpretação de uma norma será sempre aquela que “articule coerentemente todos os seus elementos (regras, princípios, precedentes, etc.), a fim de que a decisão particular se ajuste ao valor que é a sua razão de ser” (STRECK, 2017, p. 33), sendo certo que o texto jurídico somente possuirá sentido válido se estiver de acordo com a Constituição (STRECK, 2011).

## **2.2 O Meio Ambiente como direito fundamental**

O processo de constitucionalização do direito ao meio ambiente no Brasil resultou no estabelecimento de um dever genérico de não degradar. O referido dever é considerado como a base do regime constitucional de exploração limitada e condicionada dos recursos naturais, intimamente relacionado à sustentabilidade, que se contrapõe ao direito de propriedade, previsto no art. 5º, XXII, da Constituição Federal; na legitimação constitucional da função estatal

reguladora; na segurança normativa e na proteção ambiental como direito fundamental, haja vista ser imprescindível à dignidade da pessoa humana (BENJAMIN, 2012, p.83-156).

Com efeito, a partir da Conferência de Estocolmo (1972), o Direito Ambiental e os Direitos Humanos passaram a estar em consonância, o que se notou pela observância de normas de proteção ao meio ambiente em diversos tratados internacionais sobre direitos humanos, a exemplo do Protocolo de San Salvador (adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969), que dispõe em seu artigo 11, sobre o direito a um meio ambiente sadio, que toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), que destaca a figura dos deveres humanos, entre os quais inclui-se a preservação do meio ambiente, e da Declaração da ONU sobre Direito ao Desenvolvimento (1986) (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013).

Nesse contexto, para além de a Constituição Federal de 1988 ter consagrado no caput do artigo 5º a importância da preservação ambiental para a permanência e perpetuidade da vida na Terra em todas as suas formas, é proeminente a valorização da vida humana, haja vista ser a “inviolabilidade do direito à vida” cláusula pétrea de nossa Lei Maior.

Assim, ao se considerar a dependência da vida humana com relação ao meio ambiente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF), apesar de sua recente constitucionalização e de não estar inserido no Título dos Direitos e Deveres Individuais, indiscutivelmente encontra-se no patamar máximo de proteção atribuído pelo ordenamento pátrio, o de direito humano fundamental, e como tal, trata-se de norma cuja aplicabilidade é imediata<sup>1</sup> (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013).

Desse modo, não se pode interpretar o *caput* do artigo 225 isoladamente, de maneira dissociada dos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, assim como da própria Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei 6.938/81, com relação a esta última, mormente no que tange ao conceito legal de meio ambiente.

Nesse sentido, de acordo com Moraes (2013, p. 866), Ministro do Supremo Tribunal Federal que participou do julgamento da ADC 42:

[...] o art. 225 deve ser interpretado em consonância com o art. 1º, III, que consagra como fundamento da República o princípio da dignidade da pessoa humana; o art. 3º, II, que prevê como objetivo fundamental da República o desenvolvimento nacional; e o art. 4º, IX, que estipula que o Brasil deve reger-se em suas relações internacionais pelos princípios da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, de maneira a permitir maior efetividade na proteção ao meio ambiente.

Sarlet e Fensterseifer (2017) ressaltam que, ao ser consagrado como princípio fundamental do Estado de Direito brasileiro pela Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana assume a condição de matriz axiológica do ordenamento brasileiro, apresentando, inclusive, uma dimensão ecológica. Acerca da dimensão ecológica do princípio da dignidade da pessoa humana, os aludidos autores (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 63-64), esclarecem que:

No contexto constitucional contemporâneo, consolida-se a formatação de uma *dimensão ecológica da dignidade humana*, que abrange a idéia em torno de um *bem-estar ambiental* (assim como de um *bem-estar individual*

---

5 Art. 5º, §1 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

e social) indispensável a uma vida digna, saudável e segura. Dessa compreensão, pode-se conceber a indispensabilidade de um patamar mínimo de qualidade (e segurança) ambiental para a concretização da vida humana em níveis dignos.

Por oportuno, vale trazer ao debate trecho do voto do Ministro Celso de Mello, que também participou do julgamento da ADC 42, no mandado de segurança n. 22165<sup>6</sup>, proferido em decisão paradigmática da Suprema Corte em 1995 (STF, 1995), por meio da qual reconheceu-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito humano de terceira geração:

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. [...] os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.<sup>7</sup>

De fato, o princípio da solidariedade guarda nexos com a noção de desenvolvimento sustentável e com a natureza difusa do bem ambiental, que é compartilhado entre todos. Nesse sentido, consoante Sarlet e Fensterseifer (2017, p.93), o comando constitucional contido no art. 225, *caput*:

[...] tem especial relevância para essa compreensão, pois traz justamente a idéia de responsabilidades e encargos ambientais compartilhados entre Estado e sociedade, quando subscreve que se impõe 'ao Poder Público e à coletividade o *dever*' de defender e proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, destacando que os *deveres de solidariedade* na tutela ambiental, para além do Estado, são atribuídos agora também aos particulares.

É de relevo destacar, sob o prisma da hermenêutica, que a decisão em apreço leva em consideração não apenas as suas repercussões socioambientais, mas, sobretudo, a função social do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, projetando sentido ao texto do art. 225 da Constituição Federal a partir da intersubjetividade (ou seja, da inserção dos julgadores no mundo; do ser-aí), e não por meio “de um processo interpretativo-objetivante” (STRECK, 2011, p.289), tampouco de forma discricionária.

Outrossim, foram reputados no voto do Ministro Celso de Mello “os efeitos da história que percorrem a distinção entre texto e norma” (STRECK, 2011, p.292), tornando mais densa a normatividade do texto constitucional através do princípio da solidariedade.

Nesse particular, Streck (2017, p.48) defende que os princípios constitucionais devem ser compreendidos e interpretados a partir do que ela denomina de “tese de descontinuidade”, haja vista que “eles instituem o mundo prático no Direito, possibilitando, a partir de sua normatividade, o fechamento interpretativo no Direito”.

6 O Ministro Celso de Mello também participou do julgamento da ADC 42.

7 O STF repetiu o mesmo entendimento 10 anos depois, na ADIMC 3.540-1/DF (STF, 2005).

Seguindo o mesmo parâmetro (princípio da solidariedade), Leite e Ayala (2011, p. 93) projetam, a partir da leitura do texto do art. 225 da Carta Constituinte de 1988, sentido à definição de meio ambiente contida no artigo 3º da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente<sup>8</sup>, nos seguintes termos:

a) a lei brasileira adotou um conceito amplo de meio ambiente, que envolve a vida em todas as suas formas. O meio ambiente envolve os elementos naturais, artificiais e culturais; b) o meio ambiente, ecologicamente equilibrado, é um macrobem unitário e integrado. Considerando-o como macrobem, tem-se que em bem incorpóreo e imaterial, com uma configuração também de microbem; c) o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, trata-se de um bem jurídico autônomo de interesse público; e d) o meio ambiente é um direito fundamental do homem, [...] necessitando, para sua consecução, da participação e responsabilidade partilhada do Estado e da coletividade. Trata-se, de fato, de um direito fundamental intergeracional, intercomunitário, incluindo a adoção de uma política de solidariedade.

Desse modo, a complexidade do meio ambiente enquanto bem jurídico revela-o como um direito humano fundamental subjetivo (BELCHIOR, 2011), mas também de titularidade coletiva, que pode ser oponível *erga omnes*, sendo o seu exercício assegurado efetivamente por meio da ação popular ambiental, com previsão no artigo 5º, LXXIII, CF, de iniciativa de qualquer cidadão, e da ação civil pública ambiental, nos termos do artigo 129, III, também da Constituição Federal, para a qual o Ministério Público é legitimado (MACHADO, 2012).

Aqui novamente se revela a importância do papel estratégico desempenhado pelo Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito brasileiro, razão pela qual é imprescindível que não apenas se questione a motivação das decisões judiciais, mas, sobretudo, que se pense e sejam debatidos elementos hermenêuticos que atribuam maior legitimidade a elas (STRECK, 2011).

### **3 O “NOVO CÓDIGO FLORESTAL” COMO LEI ‘DE OCASIÃO’ E O PROBLEMA DA VALIDADE DA NORMA**

De acordo com Gasparido (2014), o projeto de lei que culminou no Código Florestal de 2012 (Projeto de Lei no 1.876/99), de autoria do Deputado Federal Sérgio Carvalho (PSDB/MG), tramitou por diferentes comissões parlamentares, sem que obtivesse consenso para votação em Plenário, até ser aprovado com emendas pela Câmara dos Deputados em 24 de maio de 2011.

Segundo destaca Lelis (2011), os parlamentares dos partidos PT, PMDB, PSB, PTB, PCdoB, PR, PRB, PTdoB, PRTB, PRP, PHS, PTC, PSL, PSDB, DEM, PP, PSC, PDT, PMN, Minoria e Governo, foram orientados a votar “Sim” ao projeto (favorecendo os interesses dos ruralistas); ao passo que os deputados do PV e PSOL, foram orientados por seus partidos a votar “Não”, assumindo posição inclinada a maior proteção ambiental.

Em dezembro do mesmo ano, o Senado Federal aprovou o Projeto Substitutivo de autoria dos Senadores Luiz Henrique (PMDB/SC) e Tião Viana (PT/AC), contendo 26 (vinte e seis) emendas acatadas pelo relator (GASPARIDO, 2014).

Ao retornar para a Câmara dos Deputados, em 25 de abril de 2012, após nova votação

<sup>8</sup> “Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;” (BRASIL, 1981)

em Plenário, ocasião em que os Deputados optaram pelo projeto apresentado pelo Deputado Paulo Piau (PMDB/MG), com vinte e uma alterações em relação ao texto do Senado, e que contemplava mais aos interesses dos ruralistas, em detrimento do projeto que havia sido aprovado no Senado (que atendia parte da demanda dos ambientalistas), tendo sido sancionado pela Presidente Dilma Rousseff em maio de 2012 com 12 (doze) vetos (GASPARDO, 2014).

Desde a sua concepção, a Lei Federal n.º 12.651/2012 fora ampla e fundamentadamente criticada por violar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, significando inegável retrocesso às regras protetivas em matéria ambiental e quebra do dever genérico de não degradar (GARCIA *et al*, 2016; GASPARDO, 2014; SBPC, 2011), representado exemplificativamente pela vedação de qualquer utilização do espaço territorial especialmente protegido que comprometesse a integridade dos atributos que justificam a sua proteção; do dever de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, do dever de proteger a diversidade e a integridade do patrimônio genético e do dever de proteger a fauna e a flora.

Em outras palavras, para fazer uso da expressão cunhada por Streck (2012), trata-se de uma lei “de ocasião”, aprovada para atender a interesses de uma diminuta parcela da população com grande poder econômico e político – a denominada “bancada ruralista” (PEREIRA; BOTELHO; FERREIRA, 2015).

Ocorre que apesar do discurso dos parlamentares da bancada ruralista ter se sustentado nas dificuldades enfrentadas pelos agricultores familiares para cumprimento da legislação ambiental então vigente, associando o referido argumento ao da importância das *commodities* agrícolas para a balança comercial do país, após a entrada da Lei Federal n.º 12.651/2012 em vigor, são constatadas piora da qualidade ambiental e completa ausência de políticas públicas destinadas ao pequeno produtor (PEREIRA; BOTELHO; FERREIRA, 2015).

Como resultado, o “Novo Código Florestal”, a exemplo de tantas outras leis emanadas do Poder Legislativo, contempla diversos dispositivos contrários a normas constitucionais (regras e princípios enumerados anteriormente), a exemplo dos parágrafos 4º, 5º, 6º, 7º e 8º de seu artigo 12, que se referem à redução da reserva; à dispensa de constituição de reserva legal por empreendimentos de abastecimento público de água, tratamento de esgoto, exploração de energia elétrica e implantação ou ampliação de ferrovias e rodovias; e à anistia aos produtores rurais que desmataram áreas de reserva legal e de preservação permanente antes de 22 de julho de 2008 (art. 59, caput e parágrafos 2º, 4º e 5º; e art. 60).

Nesse contexto, consoante defende a Crítica Hermenêutica do Direito (STRECK, 2014), sendo o direito um conceito interpretativo, é papel do Poder Judiciário, por meio da hermenêutica, desvencilhar-se de pressões políticas e econômicas (fatores externos ao Direito) e despir-se de pré-compreensões ilegítimas, realizando perguntas para o estabelecimento de critérios que o conduzam na busca de uma resposta adequada constitucionalmente frente ao caso concreto<sup>9</sup>.

Portanto, conforme assevera Streck (2017, p. 257):

[...] o intérprete não vai diretamente ao “texto”, a partir da opinião prévia e instalada nele. Ao contrário, expressamente coloca à prova essa opinião a fim de comprovar sua legitimidade, aquilo que significa, a sua origem e a sua validade.

9 Em verdade, consoante já discriminado, foram propostas quatro ADIs e uma ADC acerca da (in)constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei Federal n.º 12.651/2012.

De acordo com Bobbio (2016, p.47), para se decidir sobre a validade de uma norma, ou seja, se ela pertence (ou não) a um determinado sistema jurídico, além de averiguar acerca da legitimidade da autoridade que a emanou (1), o intérprete deve, ainda:

2) averiguar se ela não foi *ab-rogada*, uma vez que uma norma pode *ter sido* válida, no sentido de que foi emanada de um poder autorizado para isso, mas não quer dizer *que ainda o seja*, o acontece quando uma outra norma sucessiva no tempo a tenha expressamente ab-rogado ou tenha regulado a mesma matéria;

3) averiguar se não é *incompatível* com outras normas do sistema (o que também se chama *ab-rogação implícita*), particularmente com uma norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária em uma Constituição rígida) ou com uma norma posterior, visto que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas (assim como em um sistema científico duas proposições contraditórias não podem ser ambas verdadeiras).

Sob outro viés, a partir da teoria de Alexy (2011), a colisão entre normas-regra também se resolve por meio da exclusão de uma delas do sistema jurídico. Assim, no caso em debate, os dispositivos do “Novo Código Florestal” incompatíveis com o texto constitucional deveriam ter sido extirpados do ordenamento jurídico brasileiro por meio de decisão do STF reconhecendo a sua inconstitucionalidade.

A seguir, retomaremos o conceito de ‘resposta constitucionalmente adequada’ proposto pela Crítica Hermenêutica do Direito (em ampliação à tese de Ronald Dworkin (2002) de que para cada caso controverso existiria apenas uma única resposta correta), que parte das premissas de que “o Direito não pode ser o campo das incertezas (dos relativismos), e que nele (e em toda a nossa experiência) há sempre algo anterior que nos vincula” (STRECK, 2017, p.35), devendo as decisões judiciais observar padrões de coerência com as decisões anteriores e de integridade com o sistema jurídico (regras, princípios, jurisprudência, doutrina) em seu conjunto.

#### **4 A FALTA DE COERÊNCIA E INTEGRIDADE NA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 42**

O jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, ao reconhecer o Direito como um conceito interpretativo, desenvolveu a tese de que deve haver coerência e integridade na aplicação do Direito pelo Poder Judiciário quando da análise dos casos concretos.

No Brasil, por meio dos incentivos da Crítica Hermenêutica do Direito (STRECK, 2016), a exigência de coerência e integridade das decisões judiciais fora introduzida textualmente no Código de Processo Civil de 2015, em lugar do livre convencimento do juiz.

Segundo elucida Streck (2017, p. 34) acerca da teoria jurídica de Dworkin:

a) coerência liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si. Trata-se de um ajuste que as circunstâncias fáticas do caso deve guardar com os elementos normativos que o Direito impõe ao seu desdobramento; e b) integridade é a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância. A integridade traz em si um aspecto mais valorativo/moral enquanto a coerência seria um *modus operandi*, a forma de alcançá-la. De algum modo, a integridade refere-se a um freio ao

estabelecimento de dois pesos e duas medidas nas decisões judiciais [...].

Logo, a dimensão interpretativa do Direito é a responsável por implicar “o dever de atribuir às práticas jurídicas o melhor sentido possível para o direito de uma comunidade política. A integridade e a coerência devem garantir o DNA do direito nesse novo paradigma.” (STRECK, 2015)

Dito isto, da análise da decisão proferida pelo STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade 42 é possível constatar que a grande maioria dos dispositivos da Lei Federal n.º 12.651/2012 objeto de questionamento foi considerada constitucional pela Corte Suprema<sup>10</sup>, exceção feita ao trecho do “Novo Código Florestal” que estabelecia a proteção apenas das áreas de preservação permanente no entorno de nascentes perenes, ou seja, aquelas nascentes que não secam durante parte do ano. A esse respeito, os ministros excluíram a expressão “perene” do texto, o que permite a proteção também das nascentes intermitentes, aquelas que secam em determinadas estações (STF, 2018).

Outrossim, o Supremo considerou inconstitucional o trecho da mencionada lei que permitia o desmatamento de área de preservação permanente para obras de infraestrutura destinadas à gestão de resíduos e a instalações para competições esportivas. Segundo o entendimento adotado pelo Supremo, a autorização para o desmatamento dessas áreas ambientalmente protegidas somente poderia ocorrer por interesse social, utilidade pública ou, ainda, na ausência de alternativa técnica e locacional (STF, 2018).

Contudo, um dos pilares do “Novo Código Florestal” e objeto de acirrados debates no Congresso Nacional, o Programa de Regularização Ambiental (PRA) foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal por 6 (seis) votos a 5 (cinco)<sup>11</sup>.

O PRA impede que produtores rurais que aderiram ao programa, mediante a celebração de termo de compromisso para adoção de medidas compensatórias, sejam multados por desmatar reserva legal e área de preservação permanente antes de 22 de julho de 2008, suspendendo sanções por infrações anteriores ao referido marco temporal e afastando penalidades administrativas e punibilidade por crimes ambientais (BRASIL, 2012). Segundo o entendimento externado pela Corte, uma vez que os proprietários continuam sujeitos a punição na hipótese de descumprimento dos termos de compromisso, não haveria anistia (STF, 2018).

A esse respeito, de acordo com o voto proferido pelo Ministro Relator, vencido em relação ao PRA, a Lei n.º 12.651/2012 confere uma espécie de anistia condicional aos infratores, sinalizando, com o perdão a infrações administrativas e crimes ambientais previstos na Lei n.º 9.605/98, o descaso do Estado para com o meio ambiente, e afastando-se do comando constitucional insculpido no art. 225 do texto constitucional.

Muito embora cada decisão judicial tenha a obrigação de manter consistência com os princípios constitutivos da comunidade, o que para Dworkin se dá através da coerência e integridade normativas, a atuação do STF no julgamento da ADC 42, segundo o próprio ministro Edson Fachin ao se manifestar sobre pontos divergentes em relação ao voto do relator (ministro Luiz Fux), notadamente quanto ao disposto no art. 12, §§ 4º e 5º, afronta a vedação contida na norma do artigo 225, parágrafo 3º, da Constituição Federal (STF, 2018).

Ora, conforme apropriadamente salientou o Ministro Fachin, da leitura adequada

---

10 Ao todo, dos 84 artigos que compõem o referido diploma legal, 58 foram objeto de questionamento na ADC 42 e nas quatro ADIs, tendo a Corte Suprema declarado a maior parte dos dispositivos constitucional.

11 Votaram a favor da constitucionalidade os ministros Rosa Weber, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Alexandre Moraes, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Além do Ministro Fux (Relator), votaram contra os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

da Carta Constituinte, é forçoso concluir (leia-se, em atenção aos padrões de coerência e integridade) estar vedada a todos os Poderes qualquer utilização das áreas especialmente protegidas que comprometa a integridade dos atributos ecológicos que justificam a sua proteção (STF, 2018).

A própria reconstrução histórica do fenômeno, que se desvela pelo avanço da tutela ambiental constitucional, não admite interpretação diversa, seja por um fundamento pré-dado objetivamente (“a degradação estava consolidada” ou “o município situado no bioma Amazônico já possui mais de 50% de terra indígena e unidade de conservação dentro de seus limites”<sup>12</sup>, exemplificativamente), seja com amparo em uma construção subjetiva (uma vez que os proprietários continuam sujeitos a punição na hipótese de descumprimento dos termos de compromisso, não há anistia), mas o situa num contexto intersubjetivo de fundamentação (STRECK, 2017).

Portanto, conforme afirmado pelo Ministro Fux na ocasião do julgamento da ADC 42, uma atividade decisória responsável, o que é (ou seria) de se esperar num Estado Democrático de Direito, implica que as políticas públicas atinentes ao desenvolvimento econômico e a proteção ambiental respeitem os limites instituídos pelas normas constitucionais.

Em outras palavras, é o Direito (e não a consciência do juiz) que deve estabelecer uma conexão real entre a Constituição e a realidade social, já que não é qualquer realidade social que se integra na Constituição, pois esta é a construção normativa de um projeto político-social.

Por isso, uma teoria jurídica democraticamente adequada da decisão, para que seja legítima, deve, a um só tempo: “ser produto de um procedimento constitucionalmente adequado, que garanta aos interessados aquilo que Dworkin chama de participação moral (dimensão substantiva)”, assim como “ser fundamentada em uma interpretação que, dirigida à integridade, honre a responsabilidade enquanto virtude”, ao que Motta (2017, p. 258) deu o nome de “dupla dimensão da resposta correta”.

No caso em exame, a Constituição, remédio contramajoritário na concepção de Estado Democrático de Direito, foi utilizada para defender os interesses de uma minoria de grandes produtores rurais, numa espécie de “hermenêutica de resultados” (STRECK, 2012), no modelo primeiro decido e depois busco o fundamento, sendo representativo da crise que atravessa a hermenêutica jurídica em terras brasileiras.

Com efeito, malgrado o Direito possua fortes cargas morais e políticas, depois que está posto não pode ser “interpretado” ou “corrigido” de forma discricionária, deslocando-se o discurso de validade do Direito para o Judiciário, sob pena de padecer completamente de legitimidade democrática (STRECK, 2012).

Nesse sentido, a Crítica Hermenêutica do Direito confronta o positivismo jurídico, que ao admitir a discricionariedade – e com ela a possibilidade de o juiz “escolher” os mais diversos argumentos de moralidade, finda por validar, na prática judiciária, posturas solipsistas do juiz (antidemocráticas), remontando à filosofia da consciência.

Por outro, conforme leciona Streck (2017, p.253), “em um modelo hermenêutico (Crítica Hermenêutica do Direito) ou integrativo (dworkiniano), sentenças e acórdãos são atos de decisão e não de escolha”, e acrescenta que escolhas “construídas fora do contraditório, da fundamentação, da coerência e integridade com as normas e princípios constitucionais e

---

12 Outro ponto equivocadamente declarado constitucional pelo STF foi a autorização para o poder público reduzir área de 80% para 50% a reserva legal em municípios no bioma Amazônico com mais de 50% de terra indígena e unidade de conservação dentro de seus limites.



com a jurisprudência, tendem a voltar como novos problemas” (STRECK, 2017, p.285).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da década de 1970, diante da crescente degradação ambiental e do iminente esgotamento de recursos naturais vitais, o Brasil, na esteira de diversos países, assumiu compromissos em declarações e documentos internacionais para tutela do meio ambiente, reconhecendo o direito a um meio ambiente equilibrado como direito humano fundamental (de terceira geração).

O referido movimento em âmbito global deflagrou o processo de constitucionalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil, o que culminou no estabelecimento de um dever genérico de não degradar, bem como na imposição de limites constitucionais intransponíveis quando da formulação de políticas públicas relativas ao desenvolvimento econômico e à proteção ambiental pelo Estado.

Nesse passo, cumpre assinalar que a hermenêutica requer que a interpretação da norma jurídica tenha um sentido fundado em pré-juízos legítimos devidamente explicitados através da linguagem, portanto de caráter intersubjetivo, uma vez que a linguagem pública filtra a linguagem privada.

Ademais, conforme explicitado, o sentido atribuído à norma deve observar a história institucional do Direito e estar contextualizado ante os fatos que definem o caso concreto.

Isto porque o Direito não está à disposição do julgador. A autonomia do Direito requer que os casos levados ao Poder Judiciário sejam julgados a partir de princípios, e não baseados em política ou quaisquer outros critérios externos ao sentido contemplado na norma a partir de uma compreensão intersubjetiva.

Assim, seja em um modelo hermenêutico (Crítica Hermenêutica do Direito), ou mesmo integrativo (dworkiniano), as decisões judiciais não podem ser encaradas como um escolha arbitrária entre diversas respostas possíveis, mas devem consistir num agir com responsabilidade na construção da melhor resposta possível extraída a partir do sistema jurídico (leis, precedentes judiciais, princípios constitucionais, etc).

Portanto, é preciso advertir que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade 42 afastou-se do texto constitucional que consagrou o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, deixando de fundar-se nos princípios constitucionais da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, assim como de guardar coerência, inclusive, com interpretação exarada em seus próprios precedentes (MS 22.164/SP; ADIMC 3.540-1/DF).

Conclui-se, ainda, que por valer-se de razões políticas e econômicas externas ao Direito, a decisão proferida pelo STF que declarou constitucional a maioria dos dispositivos legais questionados nas ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937 findou por desrespeitar a autonomia do Direito, configurando atitude arbitrária, antidemocrática e carente de coerência e integridade com o sistema jurídico brasileiro, desnudando uma dúvida acerca do que seria mais severo nos dias atuais, a crise hermenêutica deflagrada pelo Poder Judiciário brasileiro ou a crise ambiental .

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Comércio internacional e a proteção ao meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Hermenêutica jurídica ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BENJAMIM, Antônio Herman. Constitucionalização do meio ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 83-156.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: EDIPRO, 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.
- BRASIL. Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l6938.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2018.
- BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. *Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996; e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2018.
- CARVALHO, Délton Winter de. *Gestão jurídica ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1993.
- GARCIA, Letícia Couto [et al]. *Análise científica das mudanças no Código Florestal, a recente Lei de Proteção da Vegetação Nativa*. Rio de Janeiro: ABECO: Ed. UFMS, 2016.
- GASPARDO, Murilo. Influência do poder econômico na atuação dos partidos brasileiros: uma análise a partir do caso do Código Florestal. *Revista Jurídica da Presidência*. v. 16, n. 109. Brasília, Jun./Set. 2014, p. 373-396.
- HORTA, Raul Machado. O meio ambiente na legislação ordinária e no direito constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília ano n.31, n.22, maio/jun. de 1994. Disponível em: <[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176204/meio\\_ambiente.pdf?sequence=10](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176204/meio_ambiente.pdf?sequence=10)>. Acesso em: 30/04/2018.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LELIS, Davi Augusto Santana de. *Entre o discurso e a norma: Uma análise sobre o procedimento legiferante em torno do Novo Código Florestal*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Viçosa, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MÉRIDA, Carolina; SILVA, Arício Vieira da. Pagamento por Serviços Ambientais à Luz do Paradigma Constitucional da Sustentabilidade: a utilização de mecanismos de incentivo para consecução do direito fundamental à água potável. In: LARA MARTINS, Rafael; COELHO, Saulo Pinto. *Direito e sustentabilidade nos 30 anos da constituição: experiências e desafios no âmbito do direito ambiental, urbanístico, mineral e agrário*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 121-140.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2017.

PEREIRA, Marlene de Paula; BOTELHO, Maria Izabel Vieira; FERREIRA, Sebastião Cezar. Novo código florestal: uma análise para além dos interesses contrapostos. *Revista Impulso*. v. 25, n. 63. Piracicaba, maio-ago. 2015, p. 145-157.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A proibição de retrocesso na proteção e promoção de um meio ambiente saudável*. Revista Consultor Jurídico, 25 de março de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-25/direitos-fundamentais-proibicao-retrocesso-protacao-meio-ambiente-saudavel>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA. Academia Brasileira de Ciências. *O Código Florestal e a Ciência: Contribuições para o Diálogo*. São Paulo: SBPC, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O passado, o presente e o futuro do STF em três atos. *Revista Consultor Jurídico*, 15 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: a exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil*. In: STRECK, Lenio Luiz; ARRUDA ALVIM, Eduardo; SALOMÃO, George Leite. *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADC 42. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico>>.

jsf?seqobjetoincidente=4961436>. Acesso em: 9 mar. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *MS 22.164/SP*. Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça, 30-10-1995.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADIMC 3.540-1/DF*. Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça, 1º-9-2005.

---

**Recebido em:** 12/03/2019

**Aprovado em:** 03/04/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

MÉRIDA, Carolina; DUARTE JUNIOR, Dimas Pereira; GUIMARÃES, Rejainé Silva. Uma análise do julgamento da ação declaratória de constitucionalidade 42 à luz da hermenêutica jurídica: por que não se trata de uma crise apenas ambiental? *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 37, p.59-75, jan./abr. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/05/DIR37-04.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# A VULNERABILIDADE SOCIAL DOS SUJEITOS HIV POSITIVO: A ALTERIDADE COMO FUNDAMENTO PARA A MITIGAÇÃO DO ESTIGMA

## THE SOCIAL VULNERABILITY OF HIV POSITIVE INDIVIDUALS: THE ALTERITY AS A BASIS FOR THE STIGMA'S MITIGATION

Ana Thereza Meireles Araújo<sup>1</sup>  
Livia Alegria<sup>2</sup>

**RESUMO:** O trabalho busca analisar a vulnerabilidade dos portadores de HIV sob diferentes óticas, especialmente no tocante à estigmatização dos indivíduos face ao apego social a determinados valores e ao “tabu” da sexualidade. Embora a Medicina tenha evoluído e encontrado formas de combate à doença, permitindo aos portadores, em muitos casos, a mesma qualidade de vida e longevidade de indivíduos soronegativos, o preconceito permanece sendo um grande obstáculo à concretização da autonomia e dos direitos fundamentais dessa parcela da sociedade. Defende-se a aplicação da alteridade enquanto ferramenta e, ao mesmo tempo, enquanto objetivo de uma educação que promova a conscientização e o rompimento com valores sociais e morais pré-estabelecidos no tocante à essa condição. Usa-se o método dedutivo, mantendo-se a pesquisa do tipo bibliográfica.

**Palavras-chave:** vírus hiv; vulnerabilidade; autonomia; alteridade.

**ABSTRACT:** The study aims to analyze the different ways of vulnerability that affect HIV-positive people, specially in regards of their stigmatization due to some social values and to the “taboo” of sexuality. Although Medicine has evolved and found ways of fighting the disease, allowing the carriers to have, in so many times, the same longevity as seronegative people do, the prejudice remains as a huge obstacle for the concretization of the seropositives' autonomy and fundamental rights. Alterity must be applied as a basis and as an objective of an education that promotes the awareness and the rupture with social and moral values that are widespread about the condition. The deductive method is used, maintaining the research of the bibliographical type.

**Keywords:** hiv virus; vulnerability; autonomy; alterity.

---

1 Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela UFBA. Mestra em Direito Privado e Econômico pela UFBA. Professora do Mestrado em Direitos Fundamentais e Alteridade da Universidade Católica do Salvador. Professora da Universidade do Estado da Bahia e da Faculdade Baiana de Direito.

2 Mestranda em Direito pela UFBA. Graduada em Direito pela Faculdade Baiana de Direito.

## 1 INTRODUÇÃO

O vírus HIV afeta grande parcela da população mundial, a qual se vê diante da necessidade de aprender a viver com essa condição permeando as suas relações inter e intrapessoais. Contudo, a vivência dos indivíduos soropositivos é dificultada não apenas em razão dos efeitos físicos decorrentes do vírus, como principalmente em razão dos efeitos sociais e psicológicos que vêm atrelados a ele. A sociedade moderna, pautada na busca por “padrões” e no estranhamento para com o diferente – ou para com o que não conhece e/ou compreende –, construiu, ao longo do tempo, a visão dos sujeitos HIV positivos como indivíduos “inferiores”, estigma esse que prevalece mesmo nos dias atuais.

A presente pesquisa justifica-se a partir da necessidade de questionar esses estigmas associados ao HIV e de evidenciar as consequências que a discriminação representa para a vida dos sujeitos portadores. Dessa forma, aponta-se como objetivo principal analisar como o preconceito impacta na autonomia desses indivíduos e demonstrar que, em verdade, apenas uma educação pautada na alteridade será capaz de desconstruir os símbolos criados e internalizados no imaginário social acerca do HIV e garantir a verdadeira afirmação da dignidade dos indivíduos soropositivos.

Pretende-se perpassar, ao longo do estudo, pelos aspectos clínicos relativos ao HIV; pela diferenciação entre as vulnerabilidades físicas e sociais que afetam os sujeitos soropositivos; pela discussão acerca da autonomia dos portadores e da sua mitigação frente à vulneração que os aflige; pela relevância da adoção de uma educação “adequada” e direcionada a todos os setores da sociedade; pela necessidade de que se produza uma conscientização baseada na alteridade e no respeito pelas diferenças.

Para construção da pesquisa, adotou-se o caminho metodológico hipotético-dedutivo, considerando a natureza teórica do estudo. Esta pesquisa é essencialmente bibliográfica e documental, tendo em vista a análise de livros e artigos das áreas da Medicina, da Bioética e do Direito, além de documentos elaborados pelo Ministério da Saúde.

## 2 O DELINEAMENTO DA EPIDEMIA DO HIV

Tendo o seu surgimento datado de aproximadamente 40 anos atrás, com um constante crescimento nos anos subsequentes, atualmente o HIV permanece com *status* de epidemia. A Organização das Nações Unidas estipulou, em 2016, um objetivo ambicioso no tocante à redução do vírus: em 2030 a doença deixará de ser epidêmica, o que significa uma redução em 90% da taxa de mortalidade e de novos infectados pelo vírus (UNAIDS, 2018b, p. 24).

Porém, o HIV permanece como uma das principais causas de mortalidade em âmbito global. Isso porque, embora a taxa de mortalidade já tenha reduzido significativamente nos últimos anos, o número de novas infecções continua aumentando, segundo levantamento realizado pelo Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS (UNAIDS, 2018b, p.24).

O HIV (Vírus da Imunodeficiência Humana) é um vírus que atua sobre o sistema imunológico humano, fragilizando-o e tornando-o mais vulnerável a infecções e outras doenças (UNICEF, 1998, p. 2). A AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), em verdade, é a etapa mais avançada de infecção pelo HIV, o que significa que é possível que um indivíduo portador da doença viva anos sem apresentar os sintomas da AIDS. De acordo com a UNICEF, as pessoas acometidas pelo HIV podem apresentar alguns sintomas, como alergias, ansiedade, depressão, dores intensas, febre, entre outros (1998, p. 11). Porém, tais sintomas, por si sós

e na grande maioria dos casos, não são suficientes para ocasionar a morte do portador; outras doenças infecciosas são as principais causas de morte, tendo em vista que o sistema imunológico do indivíduo se encontra debilitado (UNICEF, 1998, p. 2).

Uma das grandes questões envolvendo a doença, ainda hoje, é a falta de conhecimento da sociedade a seu respeito, o que leva ao surgimento de inúmeros “mitos”, especialmente quanto à forma de transmissão. O HIV pode ser transmitido através do sêmen, do sangue, do leite materno e dos fluidos vaginais. Dessa forma, embora seja tratado frequentemente como uma doença sexualmente transmissível, essa não é a sua única forma de transmissão. Logo, a despeito de a conscientização coletiva sobre a necessidade de a utilização de preservativos ser uma das formas mais eficientes de prevenção, ela deve ser utilizada em conjunto com outras, a exemplo da realização de acompanhamentos pré-natais e, especialmente, do incentivo à realização de exames diagnósticos (UNICEF, 1998, p. 3). Quanto antes for detectado o vírus, menores as chances de haver transmissão – seja pelo aleitamento materno, por transfusões sanguíneas ou por relações sexuais desprotegidas.

O HIV não possui cura, mas pode ser tratado através de uma terapia com antirretrovirais – combinação de três substâncias que auxiliam na contenção da doença. Esse tratamento vem sendo adotado como forma de interromper a evolução do vírus e também como forma de prevenção para aqueles grupos que se mostrem mais vulneráveis à sua infecção (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2015). Se utilizados em conjunto com um diagnóstico precoce podem não apenas controlar, mas até mesmo reverter a doença a um quadro em que a sobrevivência do portador se assemelhe à de um indivíduo soronegativo (MARINS, 2010, p. 78). Inclusive a utilização de antirretrovirais pode reduzir o vírus no organismo a ponto de ele se tornar indetectável, ou seja, intransmissível (UNAIDS, 2018a).

No Brasil, conforme divulgado pelo Ministério da Saúde, registrou-se queda de 16% nos casos de óbitos de AIDS no país, motivados pela ampliação do acesso à testagem e redução do tempo entre o diagnóstico e o início do tratamento. No Relatório de Monitoramento Clínico do ano de 2017, “estimava-se 866 mil pessoas vivendo com HIV no Brasil, desse total 84% (731 mil) já estavam diagnosticadas; 75% (548 mil) estavam em tratamento e 92% (503 mil) atingiram a carga viral indetectável”. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018, p.1). A redução do número de mortes no Brasil ou mesmo em qualquer outra parte do mundo não ressignifica a alarmante quantidade de pessoas infectadas, tampouco o preconceito que ainda reside nas relações sociais que as envolvem.

### **3 VULNERABILIDADE DOS PORTADORES: HIV E ESTIGMATIZAÇÃO**

Maria do Céu Patrão Neves (2006, p. 158) afirma que a vulnerabilidade, no sentido mais literal do termo, significa a “susceptibilidade de se ser ferido”. Todavia, de acordo com a autora, a vulnerabilidade não pode ser analisada apenas sob essa ótica reducionista. Em verdade, a vulnerabilidade é analisada enquanto condição, característica e princípio. Em relação ao primeiro sentido, têm-se que a vulnerabilidade é uma condição inerente ao próprio ser humano – e aos demais seres vivos –, já que, enquanto ser finito e mortal, o seu perecimento configura uma possibilidade (e certeza). Consequentemente, enquanto condição, a vulnerabilidade é irreduzível (NEVES, 2006, p. 165-166).

A vulnerabilidade enquanto característica implica no reconhecimento de que certos indivíduos serão especialmente vulneráveis, o que significa que terão a sua vulnerabilidade inerente agravada por diversas circunstâncias (NEVES, 2006, p.167), sejam elas externas

(sociais, econômicas, políticas) ou mesmo internas, como a existência de alguma deficiência que afete o seu discernimento. Ressalte-se que todas essas circunstâncias podem, inclusive, incidir simultaneamente. Nesse sentido, é o que defende Florencia Luna (2008, p.7-8) ao afirmar que:

[...] la vulnerabilidad debería ser pensada mediante la idea de capas. La metáfora de las capas nos da la idea de algo más “flexible”, algo que puede ser múltiple y diferente, y que puede ser removido de uno en uno, capa por capa. No hay una “sólida y única vulnerabilidad” que agote la categoría, pueden haber diferentes vulnerabilidades, diferentes capas operando. Estas capas pueden superponerse y algunas pueden estar relacionadas con problemas del consentimiento informado, mientras que otras lo estarán con las circunstancias sociales.<sup>3</sup>

Por fim, a vulnerabilidade como princípio impõe não apenas o reconhecimento dos sentidos anteriores, como também o reconhecimento de que a proteção a essa vulnerabilidade configura uma obrigação moral. Ou seja, traz consigo o dever de agir positivamente frente a essa fragilidade, adotando as medidas adequadas à mitigação e ao respeito em cada caso e, ainda, o dever de agir negativamente, se abstendo de ocasionar “feridas” ao próximo (NEVES, 2006, p.169). O princípio da vulnerabilidade, dessa forma, conforme entendimento de Mônica Aguiar (2016, p.355), “indica que os indivíduos e grupos particularmente vulneráveis devem ser protegidos.”

A vulnerabilidade pois não pode ser reduzida a um conceito uníssono. É necessária a apropriação de diversas informações que se apresentam a partir também de múltiplos contextos. Tal demanda acentua a dificuldade em admitir a vulnerabilidade como um pressuposto aferível para o Direito. Identificá-la é considerar os elementos subjetivos de difícil absorção pelos comandos normativos. Isso, no entanto, não justifica a defesa de que não é possível contemplar a vulnerabilidade como um pressuposto a ser considerado no desenvolvimento das relações jurídicas e no deslinde dos possíveis conflitos. A vulnerabilidade passa então a ser uma realidade constante nas relações humanas e passa a ser absorvida pelos estudos científicos como uma premissa para a garantia de proteção aos direitos da pessoa.

O HIV está intimamente relacionado à vulnerabilidade. À primeira vista mostra-se evidente o fato de que o indivíduo HIV positivo é, de fato, vulnerável sob a ótica física. O vírus atua no organismo humano e no sistema imunológico, tornando o seu portador mais propenso à contração de doenças externas, além da própria fragilidade decorrente da doença e dos seus sintomas, concretizando o sentido mais literal do termo. A vulnerabilidade física é a consequência diretamente relacionada à doença e tem sido mitigada, ao longo dos anos, através da constante busca por formas de tratamento e de prevenção – através da utilização de antirretrovirais, de exames diagnósticos mais céleres, entre outros. A vulnerabilidade como característica do indivíduo soropositivo, porém, não decorre apenas da debilidade física a ela associada.

---

3 “[...] a vulnerabilidade deveria ser pensada através da ideia de capas. A metáfora das capas nos dá a ideia de algo mais “flexível”, algo que pode ser múltiplo e que pode ser removido um a um, capa por capa. Não há uma ‘única e sólida vulnerabilidade’ que esgote toda a categoria, podem existir diferentes formas de vulnerabilidade, diferentes camadas operando. Essas camadas podem se sobrepor e algumas podem estar relacionadas com problemas de consentimento informado, enquanto outras estarão atreladas as circunstâncias sociais” (tradução livre).



Atualmente, a principal e mais difícil forma de vulneração dos indivíduos HIV positivo é a vulnerabilidade social, resultado da estigmatização – para essa “capa de vulnerabilidade” não há tratamento passível de aplicação pela Medicina. O processo de estigmatização, para Erving Goffman (1988, p. 6), ocorre quando, na relação com o outro, o indivíduo percebe a existência de atributos que o tornam diferente, passando a entendê-lo como um sujeito inferior, indigno ou mesmo perigoso. O estigma construído acerca de determinados indivíduos baseia a sua discriminação e, invariavelmente, passa a afetar a sua vida (GOFFMAN, 1988, p. 8).

Embora o Brasil possua uma política avançada sob a ótica do combate e da prevenção ao HIV e ao preconceito, a exemplo da garantia de fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde<sup>4</sup> ou mesmo da Lei 12984/14<sup>5</sup>, tais fatores ainda não se mostram suficientes para garantir a igualdade e o respeito nas relações dos indivíduos soropositivos com a comunidade. Tampouco são aptos, por si sós, a afastar a estigmatização que recai sobre esses indivíduos, como se pretende demonstrar a seguir.

Os primeiros casos de HIV foram diagnosticados principalmente em indivíduos homossexuais, hemofílicos e usuários de drogas (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012, p. 8). Nesse contexto, quando das primeiras discussões acerca da doença, começou-se a falar em grupos de risco e na “peste dos cinco H” – homossexuais, haitianos, profissionais do sexo, hemofílicos e usuários de heroína –, o que acabou incentivando o preconceito pela sociedade em relação à esses indivíduos e, conseqüentemente, a sua segregação (CREMESP, 2017, p. 45). Embora atualmente continuem existindo certas parcelas da população que sejam mais vulneráveis à contração da doença, a exemplo dos hemofílicos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012, p. 9), não mais se fala em “grupos de risco”, de modo a evitar a estigmatização que o termo traz consigo.

Ainda assim, porém, o preconceito e a ignorância no tocante à doença continuam latentes na sociedade, seja por motivos morais e religiosos ou mesmo pelo desconhecimento geral acerca do HIV, que permanece fortemente atrelado à certas crenças populares (como a de que o vírus se transmite através da saliva). Diante da ignorância frente ao tema, grande parcela da sociedade acaba por rejeitar aqueles que se encontram em tal condição, por receio de que possam, de alguma maneira desconhecida, transmiti-la. A moral coletiva, contudo, ainda influenciada por preceitos religiosos e pela intolerância para com o diferente, mostra-se a principal causa de discriminação.

Nesse sentido, afirma Marcio Fabri dos Anjos (2006, p. 182):

É importante ter presente que, atualmente, em nossa cultura entusiástica do poder, tem-se certo medo da vulnerabilidade e se procura ocultá-la. Há o medo das imperfeições estéticas e lidamos, com certa dificuldade, com a tolerância às imperfeições funcionais. [...] É certo que nossa participação nesta cultura de poder e de medos é variável. Mas há que se ter em conta que a cultura é um grande ambiente que nos possibilita a afirmação de significados e, em grande parte, também nos condiciona.

Percebe-se, pois, que a constante exigência da sociedade pelo preenchimento de certos padrões que impliquem em demonstrações de poder acarreta na tendência da uniformização e da intolerância sociais. Há uma grande dificuldade, nos dias atuais, de reconhecimento e de respeito às diferenças, o que se materializa na segregação e na discriminação de todos

4 A garantia do fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde possui previsão legal na Lei 9313/96.

5 A Lei define como crime a conduta que importe em discriminação do portador do vírus HIV em razão dessa condição.

aqueles que, como os indivíduos soropositivos, não se enquadrem no estereótipo do “normal”.

De acordo com Erving Goffman (1988, p.80-81), uma das principais técnicas utilizadas por aqueles que têm algum “defeito secreto” para encobrir a sua condição é a tentativa de esconder ou eliminar determinadas características que sejam tidas como símbolos do estigma. Nesse sentido, o fato de que o HIV pode vir frequentemente associada a certos sintomas (como magreza excessiva e manchas no corpo) impele os portadores a se preocuparem com a sua aparência externa – e não necessariamente com a sua saúde –, de modo a “mascarar” a sua condição. Isso significa que, muitas vezes, o indivíduo busca formas de esconder o seu verdadeiro “eu”, de modo a se enquadrar em um “eu” que se adeque às expectativas sociais.

Pesquisa realizada com indivíduos soropositivos no Rio Grande do Sul reafirma essa situação, tendo-se concluído que (SILVA, 2012, p. 137):

É nesse corpo, ao mesmo tempo lugar e operador dessas diferenças, que os jovens+ tentam torná-las o máximo possível imperceptíveis, lançando mão de cuidados prescritos pelas equipes de saúde com as quais fazem (ou deveriam fazer) acompanhamento periódico. É preciso não ter os efeitos da lipodistrofia, não emagrecer em excesso, não parecer esquelético/a e fraco. É preciso também se adequar cada vez mais à norma [...] e esconder/adiar/tornar imperceptíveis marcas corporais que possam ser associadas ao HIV/aids. Aproximar-se o quanto possível da norma é a única possibilidade de tornar-se invisível em seu interior [...].

Em verdade, o corpo atua como uma representação social do indivíduo, “se presta a ser fonte de sociabilidades ou de rejeições, se presta a ser fonte de autoconfiança e de prazer ou, pelo contrário, de baixa autoestima e de sofrimento” (BARBOSA; FERNANDES, 2016, p.72). O corpo de cada um não mais diz respeito apenas à própria individualidade do sujeito, como também emite uma “mensagem” sobre a posição que ele ocupa na sociedade e sobre a forma através da qual se relaciona com ela, vez que as diversas corporalidades adquirem sentidos e significados diversos a depender dos contextos culturais e sociais nos quais se inserem (BARBOSA; COSTA; MATOS, 2011, p. 32). Defende Joana de Vilhena Novaes (2006, p. 10) que, em uma época na qual se acredita que “uma imagem vale mais do que mil palavras”, é evidente que a aparência dos indivíduos passa a ocupar papel de destaque nas relações, de modo que o sujeito deixa de ser considerado no conjunto das suas subjetividades e tem a sua identidade intrinsecamente relacionada à sua imagem corporal.

Luís Fernandes e Raquel Barbosa (2016, p. 71-72) afirmam que o corpo, considerado na intersubjetividade e na relação entre o “eu” e o “outro”, também está sujeito a uma normatividade. Dessa forma, fala-se em uma “ordem corporal” na qual os padrões sociais ocupam a “centralidade corpórea” – a exemplo dos corpos exibidos nas passarelas e nos concursos de beleza – e todas aquelas outras corporalidades que não se enquadrem na “normalidade” passam a ser tratadas como “corpos periféricos”. No caso dos indivíduos soropositivos, têm-se que a sua imagem corporal ocupa papel periférico em relação às demais e demonstra, para a sociedade, que aquele sujeito não se enquadra no conceito de “normal”.

Acrescenta-se, ainda, o fato de que o HIV, assim como muitas outras doenças sexualmente transmissíveis, resvala em um ponto sensível para a coletividade: o “tabu” da sexualidade. Reconhecer um indivíduo como portador de HIV pressupõe, em grande parte dos casos, o reconhecimento da sua liberdade sexual. Ainda que a transmissão não tenha ocorrido através de relações sexuais, o portador será visto como um indivíduo “pecaminoso” e “sujo”. Essa foi a constatação a que se chegou um estudo realizado com portadores de HIV

pelo Hospital Universitário de Brasília (BANDEIRA; GARRAFA; GONÇALVES, 2011, p.166-169).

De acordo com as entrevistas realizadas com os participantes, constatou-se que a doença seria vista como uma forma de responsabilizar ou mesmo disciplinar o indivíduo pela transgressão da linha moral do que é aceitável socialmente. Logo, “As doenças ligadas ao comportamento sexual são moralmente repreendidas e registradas culturalmente como enfermidades procuradas e merecidas”, tendo em vista o comportamento desviante e “vergonhoso” do indivíduo associados à ideia de sexo em demasia (BANDEIRA; GARRAFA; GONÇALVES, 2011, p. 168-170).

Ressalte-se que essa é uma percepção que não recai apenas da sociedade sobre o indivíduo, mas também do portador em relação a si mesmo. O indivíduo se encontra tão imerso nos valores e nas moralidades da comunidade, que ele próprio passa a se enxergar como alguém inferior e “poluído” (BANDEIRA; GARRAFA; GONÇALVES, 2011, p. 166). Ou seja, os seus sentimentos acerca de si mesmo tendem a refletir os sentimentos e os estigmas da sociedade em que se insere (GOFFMAN, 1988, p. 9). A isso Adriana Nunan dá o nome de “estressores internos”, o que ocorre quando os estereótipos sociais são tão fortes que acabam por ser incorporados pelo indivíduo à sua autoimagem, a qual passa a ser vista de forma negativa por ele próprio (2010, p. 248).

A partir do momento em que aqueles que se relacionam com o indivíduo tomam conhecimento da sua condição, eis que surge sua segregação nas mais variadas esferas da vida, seja em âmbito profissional, familiar ou sexual. A vulnerabilidade social, pois, se revela a partir da concretização desse estigma.

#### **4 A AUTONOMIA DOS SOROPOSITIVOS FACE À DOENÇA**

O estudo da autonomia é significativamente complexo, tendo em vista agregar abordagens plúrimas e construções originadas de segmentos científicos variados.

Juridicamente, a autonomia, antes denominada autonomia da vontade, representava a expressão da intenção humana desassociada de limites jurídicos bem delineados, ou seja, focada numa abordagem liberalista. O conceito de autonomia como foco central das especulações teóricas imputou à perspectiva kantiana uma concepção a partir de uma reflexão filosófica, o que culminou no seu deslocamento para o discurso jurídico. Por meio do imperativo categórico de Kant, em que se observou a relevância do reconhecimento do ser humano como fim em si mesmo, passou-se a admitir a autonomia como um pressuposto indispensável à orientação das relações sociais (MEIRELES; AGUIAR, 2017, p.722).

Pode-se pensar que a autonomia promove o alcance da razão humana comum com o objetivo de se identificar o que é um dever consistente e um dever inconsistente, buscando alcançar qual caminho é o melhor na tomada de todo processo decisório (SCHNEEWIND, 2005, p.560). Para Kant, autonomia e liberdade estão essencialmente vinculadas, de modo que “ser autônomo é ser livre no sentido moralmente relevante, e a liberdade moral se expressa ou se torna evidente na ação autônoma” (SCHNEEWIND, 2013, p.1).

A autonomia, ao contrário da capacidade, não é um conceito estanque e rígido, mas sim dinâmico (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p.155). Na perspectiva bioética de Tom Beauchamp e James Childress (2002, p. 138), a autonomia seria a possibilidade de o indivíduo se autorreger de acordo com o que considera melhor para si, livre de interferências controladoras por parte de terceiros e mesmo de circunstâncias internas que afetem a sua liberdade de escolha, a exemplo da compreensão deficiente acerca de determinado tema. Os indivíduos institucionalizados seriam exemplos de agentes com autonomia reduzida,

tendo em vista que a sua liberdade de decisão está subordinada a vontade de uma autoridade superior a quem ele se vincula.

Ao tratar a autonomia enquanto instituto flexível, quer-se dizer que a liberdade de autogoverno do indivíduo pode sofrer restrições em razão de diversos fatores, os quais não necessariamente implicariam em uma redução da sua capacidade. Nesse sentido, afirma Mônica Aguiar (2016, p. 350) que mesmo indivíduos capazes podem ter a sua autonomia reduzida em razão da incidência de certas vulnerabilidades, como a falta de higiene física.

Tom Beauchamp e James Childress (2002, p. 141) defendem que a autonomia completa é uma utopia, porquanto o ser humano, enquanto ser social que se encontra inserido em uma coletividade, está constantemente exercendo influência sobre os demais, assim como sendo influenciado por eles. Isso não implica, porém, no necessário reconhecimento de uma autonomia reduzida, pois, se assim fosse, todos os indivíduos seriam inseridos nesse grupo. Na verdade, a isso corresponde o que eles denominam de “autonomia substancial” – não é necessário que o indivíduo exerça a sua capacidade de autogoverno de forma completamente independente, mas sim que o faça sem influências controladoras externas.

No tocante aos portadores de HIV, têm-se que os fatores diretamente decorrentes da doença (a exemplo das dores e dos riscos de infecção por outros vírus) associados ao preconceito social ao qual estão submetidos são circunstâncias que influirão na sua liberdade de escolha, afetando diretamente a forma como manifestam a sua vontade. Isso porque as decisões que os indivíduos passam a tomar, a partir do momento em que são diagnosticados, relacionam-se (quase) sempre à preocupação com a sua saúde e à maneiras de minimizar a doença, o que implica na aceitação de inúmeros deveres e necessidades – como o acompanhamento clínico, a utilização de preservativos nas relações sexuais, a adoção de alimentação balanceada, entre outros (FÉLIX; MEYER, 2014, p. 197). O indivíduo assume um dever de cuidado não apenas para consigo, mas para com outros também.

Uma das principais consequências da doença é a afetação da autonomia do indivíduo no tocante às suas relações interpessoais, ou seja, a influência na sua liberdade para se relacionar com a comunidade na qual se insere. A doença implica na restrição da sua liberdade sexual, seja por receio de transmissão do vírus ou mesmo por intolerância daqueles com quem se relaciona. Por outro lado, as suas alternativas profissionais tornam-se igualmente escassas – ainda que o indivíduo esteja em condições físicas de exercer o trabalho, frequentemente será impedido em razão de discriminação por seus colegas ou mesmo por superiores (BANDEIRA; GARRAFA; GONÇALVES, 2011, p.167). Não apenas é constante a demissão após o diagnóstico da doença, como também a exigência do teste de HIV enquanto requisito para a admissão profissional (ALMEIDA; MUÑOZ, 1993).

A discriminação é ainda mais comum entre indivíduos LGBTI (lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e pessoas intersex)<sup>6</sup>, tendo em vista a desigualdade e a segregação baseada em questões de orientação sexual e de gênero, que acaba por ser agravada nos casos em que esses grupos são os portadores do vírus (UNAIDS, 2018b, p.126-129). Esses sujeitos, por não se enquadrarem nos padrões sociais dominantes – seja de heterossexualidade ou de binaridade de gênero –, são vítimas constantes de agressões e de maus-tratos físicos, psicológicos e culturais, o que significa que, por si sós, já se mostram como grupo especialmente vulneráveis (CUNHA; MANNES; SANCHES, 2018, p. 44).

---

6 Adota-se a nomenclatura LGBTI no presente trabalho por ser o termo empregado pela Organização das Nações Unidas.

De acordo com a UNAIDS, indivíduos LGBTI apresentam piores resultados educacionais, maiores índices de desemprego e frequentemente não têm acesso à moradia adequada em razão da violência e da discriminação (UNAIDS, 2018b, p. 129).

A condição da vulnerabilidade, porém, é agravada quando, além de desviarem do “padrão” da sexualidade e da identidade de gênero, também desviam da soronegatividade. Isso decorre do fato de que, de acordo com Michelle Rodrigues Cardoso e Luís Felipe Ferro (2012, p.554), “As questões culturais advindas do padrão heterossexual influenciam de modo subjetivo o atendimento dos profissionais da saúde a essa população”. Ressalte-se que a homofobia e o preconceito contra indivíduos LGBTI são difundidos, em grande parcela, pelos próprios veículos midiáticos, os quais reproduzem os discursos de poder e de “normalidade” associados à heterossexualidade (CARDOSO; FERRO, 2012, p. 556).

Por outro lado, as mulheres também representam um dos principais grupos vulneráveis no tocante à transmissão do HIV: o vírus cresce nove vezes mais entre as mulheres do que entre os homens (GRANGEIRO, 2018, p. 24). As mulheres em relações estáveis confiam na lealdade dos seus parceiros e acreditam que, havendo infidelidade, eles adotarão as medidas adequadas à sua proteção (BANDEIRA; GARRAFA; GONÇALVES, 2011, p. 170). Porém, é possível ainda, que, nesse contexto de desigualdade entre as relações de poder, à mulher seja negada a liberdade sexual e reprodutiva, operando-se situações de violência íntima e sexual (UNAIDS, 2018b, p. 127).

De acordo com a UNAIDS (2018b, p. 127), o preconceito provém também do próprio sistema de saúde, que nega tratamento, fornece tratamento de baixa qualidade, viola o dever de sigilo ou mesmo coage o indivíduo a aceitar certos serviços. Essa realidade de preconceito e estigmatização impede, em um grande número de casos, o acesso aos serviços e tratamentos que esses indivíduos necessitam para melhorar a sua condição de vida e a sua longevidade. Dessa forma, “Esse emaranhado de preconceito e temor pode resultar na falta de atendimento efetivo ao soropositivo ou em um serviço incompleto” (CARMO *et. al.*, 2009, p. 513).

No contexto do sistema de saúde, a relação médico-paciente também é de fundamental relevância para a concretização da autonomia do portador. Sobre o tema, Marcos de Almeida e Daniel Romero Muñoz (1993) defendem que:

[...] dois são os fatores que colaboram, fundamentalmente, para aumentar o desânimo entre as pessoas que poderiam cooperar em importantíssimos programas de saúde pública, tanto no que se refere ao tratamento de doenças sexualmente transmissíveis (DST), como nos casos de toxicomanias: o receio de que o segredo profissional não seja preservado e a conseqüente e inevitável discriminação posterior.

A falta de confiança do indivíduo no sigilo profissional e o desejo de evitar o estigma são fatores que influenciam diretamente na decisão do soropositivo – tanto para a realização do exame quanto para a realização do tratamento propriamente dito. O receio de que o seu diagnóstico seja conhecido pela comunidade impede, muitas vezes, que o portador de HIV faça a escolha que considera melhor para si e opte pelas alternativas que efetivamente concretizarão o seu direito à saúde e a sua autonomia.

Igualmente, essa realidade engloba a prática de atos discriminatórios diretamente pelos profissionais de saúde. Pesquisa realizada com portadores de HIV no Mato Grosso do Sul demonstrou que aproximadamente metade dos indivíduos entrevistados já havia sofrido algum tipo de preconceito por enfermeiros, médicos, atendentes e dentistas. A

estigmatização inclui, por exemplo, o isolamento físico dos indivíduos ou mesmo a realização de intervenções que não seriam indicadas a outros pacientes, como o aborto. Ainda, é comum a recusa do paciente pelo médico e a interrupção do tratamento pelo profissional sem justificção. A atitude dos próprios profissionais funda-se, muitas vezes, não em conhecimentos clínicos sobre a doença, mas sim em crenças arraigadas na sociedade, como se vê (CARMO, *et. al.*, 2009, p. 514-516):

Diversos estudos têm documentado que o comportamento e as atitudes dos profissionais de saúde permanecem fixados em mitos, crenças, emoções, bem como em discussões baseadas no senso comum sobre a doença, deixando de ser direcionados pelo conhecimento científico. Apoiados em tais mitos e crenças, os profissionais de saúde vêm manifestando dificuldade em lidar com o preconceito e evitar a discriminação.

Principalmente em relação ao estigma sofrido quando da busca pelo serviço de saúde, a restrição da autonomia do indivíduo em razão do preconceito é evidenciada. Os profissionais de saúde, que deveriam apoiar e buscar o melhor tratamento possível para esses sujeitos, auxiliando-os nas escolhas a serem tomadas em relação à sua saúde – e, conseqüentemente, atuando de forma positiva na mais importante forma de manifestação da sua autonomia –, são movidos por valores e crenças sociais, restringindo as opções dos portadores de HIV no tocante à sua condição clínica e à sua qualidade de vida. Em algumas hipóteses (como no caso da recusa do paciente pelo médico) o médico atua substituindo a vontade do paciente e retirando completamente a sua possibilidade de escolha – nesse caso, a escolha pela realização ou não de determinado tratamento. Não há que se falar em autonomia plena ou mesmo substancial se o indivíduo não possui alternativas de fato dentre as quais possa optar.

Depreende-se, pois, que o indivíduo não mais é respeitado enquanto sujeito autônomo, detentor de desejos e consciência sobre o que considera melhor para si, mas, ao contrário, passa a ser visto como mero vetor de transmissão da doença. Logo, a discriminação imposta a esses sujeitos implica em uma verdadeira violação e redução da sua autonomia, pois, de acordo com Ana Thereza Meireles e Mônica Aguiar (2018, p. 136), a autonomia “é uma forma de efetivação de escolhas simples ou escolhas complexas, é um atributo essencial ao desenvolvimento da existência plena do ser humano”.

Ainda, consoante entendimento de Beauchamp e Childress (2002, p. 143), reconhecer um indivíduo como autônomo implica na necessidade de que esse sujeito seja respeitado enquanto tal, de que as suas escolhas sejam respeitadas enquanto manifestação de sua vontade. Ou seja, “[...] o respeito pela autonomia implica tratar as pessoas de forma a capacitá-las a agir autonomamente, enquanto o desrespeito envolve atitudes e ações que ignoram, insultam ou degradam a autonomia dos outros [...]”. Portanto, a concretização da autonomia dos sujeitos soropositivos pressupõe a existência de escolhas a serem feitas e, ainda, o respeito às suas decisões.

## **5 ALTERIDADE ENQUANTO FUNDAMENTO ORIENTADOR DO COMPORTAMENTO SOCIAL**

O Brasil vem, ao longo dos anos, alargando as suas políticas públicas no sentido de promover um controle mais efetivo da doença, bem como de assegurar tratamento para aqueles que dele necessitem. Nesse sentido, são realizadas campanhas de conscientização acerca da importância da utilização de preservativos durante as relações sexuais, investimentos na pesquisa por vacinas que consigam efetivamente combater a doença, além da adoção de

ações específicas e adequadas para aqueles grupos que se mostrem mais vulneráveis – adolescentes, mulheres, indivíduos encarcerados, usuários de drogas, populações indígenas, entre outros (GRANGEIRO, 2018, p.1-20).

O mero investimento na eliminação e no controle do vírus, sob a ótica da Medicina, entretanto, não é suficiente para eliminar as vulnerabilidades dos indivíduos e promover, de forma efetiva, a redução da epidemia. A eliminação das desigualdades de gênero, da violência e da discriminação em relação a mulheres, indivíduos HIV positivo e populações vulneráveis é um dos principais obstáculos a serem enfrentados para que seja cumprido o objetivo estabelecido pela Organização das Nações Unidas (ONU) – o total controle da epidemia da AIDS até 2030 (UNAIDS, 2018b, p. 126).

O avanço no âmbito do quadro clínico da população soropositiva deve vir acompanhado de um avanço do ponto de vista da sua integração social, o que perpassa pela necessidade de um processo de educação e de conscientização acerca da doença, a ser desenvolvido não apenas pelo Poder Público, mas também pelos meios midiáticos. A ignorância da sociedade acerca dos aspectos primordiais relacionados ao HIV gera o medo e, conseqüentemente, a criação de inúmeros mitos que passam a se difundir no imaginário coletivo, dando origem à segregação dos portadores.

Ressalte-se que a falta de informação não afeta apenas os sujeitos leigos, mas inclusive os próprios profissionais de saúde designados para lidar com o HIV no seu cotidiano. Logo, é necessário que as informações acerca do HIV e da AIDS sejam difundidas de forma geral, que alcancem “profissionais e usuários dos serviços de saúde em toda e qualquer localidade do país” (CARMO *et. al.*, 2009, p. 517). Erli Helena, Gonçalves Lourdes Maria Bandeira e Volnei Garrafa (2011, p. 173) defendem que:

[...] os valores morais e as moralidades que facilitam e/ou impedem a compreensão social da doença precisam ser difundidos nas escolas, na mídia, no núcleo familiar, nas decisões governamentais, no intuito de provocar uma reavaliação da organização social vigente, alterando ou debatendo a categorização que circunda o portador do HIV/Aids, catalogação essa que pode ser usada como ferramenta de inclusão ou exclusão dentro da comunidade dominante.

Deve haver, portanto, uma atuação integrada entre os mais influentes e relevantes núcleos sociais, de modo a possibilitar uma educação verdadeira a respeito do tema. Não apenas é responsabilidade do Estado investir em campanhas de conscientização e em uma educação de base que englobe a discussão acerca do assunto, como também é dever dos núcleos religiosos e dos demais integrantes da sociedade civil incentivar, na comunidade, a aceitação do “diferente”. Nesse processo, a mídia, enquanto veiculadora de informações e influenciadora de opiniões, assume papel de destaque e não deve se abster de tratar sobre tais questões. Os veículos de comunicação devem buscar desconstruir as opiniões pré-concebidas da sociedade a respeito da doença, além de aproximar os indivíduos soropositivos do resto da sociedade, mostrando que, não obstante haver uma diferença clínica entre eles, essa diferença não é insuperável. É necessário, portanto, que se incentive uma aproximação para com esses indivíduos sob o ângulo da alteridade.

Enquanto teórico fundamental à construção de uma ideia em torno do conceito de alteridade, Lévinas crítica a posição da filosofia atual, que se eximiu de tratar a noção ocupando-se de outras abordagens. “A filosofia coloca-se como uma forma sob a qual se manifesta a recusa de engajamento no Outro, a expectativa preferida à ação, a indiferença em

relação aos outros.” (LÉVINAS, 2012, p.43). A alteridade então desperta contemporaneamente como um conceito ainda pouco conhecido, em especial para a área jurídica, pouco estudiosa da sua profunda dimensão.

Define Maria do Céu Patrão Neves (2017, p.71) a alteridade como “a característica de ser outro”, ou seja, o reconhecimento do outro enquanto outro. A alteridade, derivativa do latim *alter* (outro), constitui o terceiro marco na relação eu-outro. O primeiro marco designado pela autora é o do “ego”, que foca a reflexão no “eu” e na sua subjetividade. O segundo, correspondente ao que ela denomina de “*alter-ego*”, designa a relação na qual o “eu” passa a reconhecer o “outro” a partir do próprio “eu”, refletindo no “outro” o “eu” em uma perspectiva intersubjetiva – passa a haver um “outro-eu”. Já o “*alter*” autonomiza o “outro”, o que significa que o “eu” não mais se projeta no “outro”, mas, ao contrário, o reconhece enquanto “outro”, respeitando-o nas suas diferenças (NEVES, 2017).

Na alteridade não há que se pensar na perda da identidade do “eu” em face do “outro”, pois dessa forma haveria apenas mais uma forma de exteriorização do *alter-ego*. A alteridade pressupõe um relacionamento simétrico e recíproco entre o “eu” e o “outro”, no qual o “eu” não é absorvido pelo “outro” e tampouco o inverso. Maria do Céu Patrão Neves (2017, p. 81) esclarece, ainda, que a alteridade, tratada comumente como altruísmo, com esse não se confunde. O altruísmo, dirigido pela máxima de “colocar-se no lugar do outro”, não passa da projeção do “eu” no “outro”. Nesse caso, o “eu” se substitui ao “outro”, desconsiderando que, muitas vezes, o que é bom para ele não o será para o “outro” – embora a intenção seja boa.

Segundo Hans-Georg Flickinger (2018, p.139),

a percepção do outro como alter de mim mesmo – eis o sentido originário do termo latino – aborda pelo menos três aspectos: tenho aí o outro na medida em que ele vem ao meu encontro como outro de mim mesmo; esse seu vir ao meu encontro obriga-me a tomar posição frente a ele; e esta reação me leva a responder suas perguntas, a aceitar, portanto, uma determinada responsabilidade em relação a ele. Esta, aliás, é a relação propriamente dita de alteridade.

Para Mônica Aguiar e Ana Thereza Meirelles (2018, p. 143), a recepção prática do conceito de alteridade implica em “saber que o outro é outro e respeitá-lo como ele é”, considerando as suas crenças, a sua história e as suas singularidades. É, portanto, compreender que o outro é diferente de si e aceitá-lo dessa maneira, sem procurar compeli-lo a se tornar semelhante ou mesmo refletir nele as próprias opiniões e valores.

A alteridade, sob a ótica da redução do estigma dos indivíduos soropositivos, deve ser vislumbrada como fundamento e, simultaneamente, como objetivo. Apenas a partir do respeito e do reconhecimento dos sujeitos HIV positivo nas suas peculiaridades pode-se obter uma conscientização coletiva e uma educação social capazes de desconstruir preconceitos e crenças historicamente difundidas acerca da doença. Por outro lado, a finalidade última da educação deve ser a busca por uma atitude de alteridade dos indivíduos para com os seus diferentes, alteridade essa que garanta não apenas o respeito à sua condição, mas, principalmente, o respeito à sua autonomia.

A educação adequada é aquela que incentiva a aceitação das diferenças e, ainda, a garantia de que seja dada aos sujeitos soropositivos a liberdade de escolha acerca de como



desejam reger a sua vida. De acordo com as autoras citadas anteriormente, apenas com o respeito ao outro e com o reconhecimento do seu direito de manifestar a sua autonomia pode-se promover a sua dignidade (MEIRELES; AGUIAR, 2018, p. 140).

Sobre o tema, é o que afirmam Erli Helena Gonçalves, Lourdes Maria Bandeira e Volnei Garrafa (2011, p. 172), conforme se vê:

[...] os referenciais éticos defendidos pela bioética de intervenção, como alteridade, tolerância, responsabilidade e proteção, devem ser exaustivamente debatidos nas atividades preventivas programadas com relação ao HIV/Aids, no processo de acolhimento do doente, nas campanhas educativas à população em geral, direcionando a discussão para o campo das moralidades inseridas na síndrome e, ainda, esmiuçar o imaginário social que cerca o sujeito contaminado. Nesse caso, o valor da alteridade consiste justamente no sujeito reconhecer sua diversidade e procurar abstrair que não necessariamente é preciso estar puro para se aceitar e ser aceito. Para que isso aconteça, os valores morais e as moralidades que facilitam e/ou impedem a compreensão social da doença precisam ser difundidos nas escolas, na mídia, no núcleo familiar, nas decisões governamentais, no intuito de provocar uma reavaliação da organização social vigente, alterando ou debatendo a categorização que circunda o portador do HIV/Aids, catalogação essa que pode ser usada como ferramenta de inclusão ou exclusão dentro da comunidade dominante.

Analisando a ideia de que a alteridade deva ser um fundamento orientador da ressignificação das relações sociais estigmatizantes, não se pode deixar de reiterar o importante papel da educação nesse processo transformador. Compreender a proposta que emana da ideia de alteridade é um processo educativo voltando à desconstrução de valores que segregam e que estigmatizam seres humanos através de categorias ou rótulos.

A alteridade deve ser incentivada, portanto, entre os mais variados setores da sociedade e, principalmente, entre os próprios sujeitos portadores do vírus. É necessário que a sociedade adote um olhar de reconhecimento do indivíduo soropositivo e que, simultaneamente, o sujeito passe a se entender enquanto um ser humano “merecedor” de respeito e de aceitação. Logo, também é condição essencial para a superação do preconceito a aceitação, pelo indivíduo, de si mesmo.

Nas relações sociais, o que inclui a prática profissional, pode-se pensar num começo de despertar da humanidade no que tange à alteridade. A passagem do paciente à condição de pessoa autônoma, ignorando a permissa da medicina paternalista, comprova que o conteúdo da alteridade passa aos poucos a ser admitido e incorporado às relações sociais. O reconhecimento do paciente como um sujeito e, antes disso, do ser humano como uma pessoa singular, com suas diferenças e características, o que pode incluir doenças, é um passo necessário ao que possa chamar de conhecimento da ideia de alteridade.

Não obstante ser a busca científica por uma cura e por tratamentos mais eficazes um fator importante de garantia do direito à saúde, o avanço clínico, por si só, não é suficiente para promover uma vida realmente digna para os sujeitos soropositivos. Apenas com o olhar de entendimento do outro, do acolhimento das suas peculiaridades e de uma educação capaz de afastar os medos e os “tabus” relacionados a um tema que a sociedade pouco conhece, será possível pensar-se em uma concretização mais efetiva da autonomia desses indivíduos e da redução do estigma, com a consequente mitigação das suas vulnerabilidades.

## 6 CONCLUSÃO

O vírus HIV ainda hoje ocupa o *status* de epidemia, sendo uma das principais causas de mortalidade globais. Embora muito já tenha sido feito sob a ótica da Medicina e da Ciência, com o constante investimento na pesquisa acerca de tratamentos que garantam uma maior qualidade de vida e longevidade para os indivíduos soropositivos (com destaque para o tratamento com antirretrovirais), há muito mais que se deve fazer para que a epidemia seja de fato controlada. Nesse sentido, não se conseguirá reduzir a incidência do vírus enquanto não for desenvolvida uma consciência e promovida uma efetiva educação social acerca dessa condição.

O tratamento com antirretrovirais é capaz de garantir, em parte, a autonomia dos sujeitos HIV positivo, dando-lhes a possibilidade de escolher como conduzir as suas vidas e de obter uma vivência digna. Contudo, a autonomia dessa parcela da população não é mitigada apenas em razão da vulnerabilidade física atrelada à doença, mas principalmente em decorrência da estigmatização e da segregação social a que estão submetidos tais indivíduos – a qual optou-se por denominar, no presente trabalho, de vulnerabilidade social. Seja por motivos religiosos, morais ou mesmo pelo desconhecimento da sociedade acerca do HIV, fato é que os portadores dessa condição são julgados e associados a sujeitos “impuros”, “pecaminosos” e “inferiores”, colocando a sociedade frente a frente com o “tabu” da sexualidade.

A vulnerabilidade social é o maior obstáculo à concretização da autonomia e da dignidade dos portadores de HIV, pois evidencia a constante segregação a que estão submetidos tais sujeitos nos mais variados setores da vida, perpassando pela discriminação nas esferas profissional, pessoal, amorosa e assistencial. Nesse último caso o preconceito é ainda mais relevante, já que se observa que mesmo os profissionais da saúde são pautados em valores e estigmas que permeiam o imaginário coletivo. Dessa forma, os soropositivos, em muitos casos, deixam de buscar o tratamento e o acompanhamento adequados, não apenas por receio da discriminação que sofrerão por parte daqueles que conhecem, mas inclusive por parte do próprio sistema de saúde.

Diante desse quadro, a medida a ser adotada para a modificação do estigma social e para a criação de uma consciência coletiva acerca do HIV é a educação. A educação adequada, nesse caso, é aquela promovida não apenas pelo Estado, mas por todos os agentes que exercem controle e influência na sociedade, a exemplo das igrejas, das Organizações Não-Governamentais e, principalmente, dos veículos midiáticos. Ainda, tal educação deve alcançar todos os setores da sociedade, perpassando pelos próprios soropositivos (que têm sua autoimagem influenciada pelos valores externos) e pela comunidade da saúde.

A necessidade de que se altere o tratamento social conferido aos sujeitos HIV positivo, possibilitando-lhes a concretização do direito à saúde e o alcance de uma vida digna, tem como fundamento a alteridade. Na sociedade moderna, marcada por um forte individualismo e pela existência de “padrões” pré-constituídos, praticamente não há espaço para a alteridade, ou seja, para o respeito em relação ao próximo e para a aceitação de que, embora diferentes, o “eu” e o “outro” são igualmente valiosos. Apenas uma educação que promova a conscientização pautada na alteridade e no cuidado quando do trato com o “outro” conseguirá, de fato, modificar a realidade de discriminação e de vulnerabilidade social dos sujeitos soropositivos, permitindo uma maior realização da sua autonomia e, conseqüentemente, uma verdadeira alteração do quadro epidêmico da doença.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Daisy Maria Xavier de; CARNEIRO, Mariângela; FRANÇA, Elisabeth Barboza; GUIMARÃES, Mark Drew Crosland. Mortalidade por HIV/Aids no Brasil, 2000-2015: motivos para preocupação? *Revista Brasileira de Epidemiologia*. 2017, vol. 20, maio, 182-190. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbepid/v20s1/1980-5497-rbepid-20-s1-00182.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2018.

AGUIAR, Mônica. O paradoxo entre a autonomia e a beneficência nas questões de saúde: quando o poder encontra a vulnerabilidade. In: ALBUQUERQUE, Letícia; SILVA, Mônica Neves Aguiar da; Pozzett, Valmir César (Orgs.). *XXV Encontro Nacional do CONPEDI: Biodireito e Direitos dos Animais*. 2016, p. 347-363. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/tvu736t8/V23M4aJu4nz88o20.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

ALMEIDA, Marcos de; MUÑOZ, Daniel Romero. Relação Médico-Paciente e Paciente-Instituição na AIDS: o Direito à Informação e à Confidência; a Discriminação, o Abandono e a Coerção. *Revista Bioética*. 1993. v. 1, n. 1. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/477/294](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/477/294)>. Acesso em: 11 out. 2018.

ANJOS, Marcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. *Revista Brasileira de Bioética*. 2006, vol. 2, n. 2, p. 173-186. Disponível em: <<http://bioetica.catedraunesco.unb.br/wp-content/uploads/2016/09/RBB-2006-2.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BANDEIRA, Lourdes Maria; GARRAFA, Garrafa; GONÇALVES, Eri Helena. Ética e desconstrução do preconceito: doença e poluição no imaginário social sobre o HIV/Aids. *Revista Bioética*. 2011, vol. 19, n. 1, 159-178. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/613/630](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/613/630)>. Acesso em: 09 out. 2018.

BARBOSA, Maria Raquel; COSTA, Maria Emília; MATOS, Paula Mena. Um olhar sobre o corpo: o corpo ontem e hoje. *Psicologia & Sociedade*. 2011, v. 23, n. 1, p. 24-34. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v23n1/a04v23n1>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

BARBOSA, Raquel; FERNANDES, Luís. A construção social dos corpos periféricos. *Saúde Soc.* São Paulo, 2016, v. 25, n.1, p.70-82. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v25n1/1984-0470-sausoc-25-01-00070.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Traduzido por Luciana Pudenzi. Edições Loyola: São Paulo, 2002.

BRASIL. *Lei 12984/14*, de 2 de junho de 2014. Define o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de aids. Brasília, DF, 3 jun. 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12984.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12984.htm)>. Acesso em: 15 out. 2018.

CARDOSO, Michelle Rodrigues; FERRO, Luís Felipe. Saúde e População LGBT: Demandas e Especificidades em Questão. *Psicologia: ciência e profissão*. 2012, v. 32, n. 3, p. 552-563. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v32n3/v32n3a03.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

CARMO, Márcio Penha do; GARBIN, Cléa Adas Saliba; GARBIN, Artênio José Isper; MOIMAZ, Suzely Adas Saliba. Bioética e HIV/Aids: discriminação no atendimento aos portadores. *Revista Bioética*. 2009, v. 17, n. 3, p. 511-522. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/514/515](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/514/515)>. Acesso em: 15 out. 2018.

CREMESP. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Ética e HIV/Aids – Uma epidemia que se sustenta*. São Paulo, 2017. Disponível em: <[https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes&cod\\_publicacao=95](https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes&cod_publicacao=95)>. Acesso em: 09 out. 2018.

CUNHA, Thiago Rocha da; MANNES, Mariel; SANCHES, Mario Antônio Sanches. Vulnerabilidade moral: leitura das exclusões no contexto da bioética. *Revista Bioética*. 2018, v. 26, n. 1, p. 39-46. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/1352/1791](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1352/1791)>. Acesso em: 09 out. 2018.

em: 03 dez. 2018.

FÉLIX, Jean; MEYER, Dagmar. "Entre o ser e o querer ser...": jovens soropositivos(as), projetos de vida e educação. *Educação em Revista*. 2014. v.30, n.02, abr./jun., p.181-206. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-46982014000200009&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-46982014000200009&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 11 out. 2018.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas Sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*. Tradução por: Mathias Lambert. Editora LTC, 4. ed., 1988. Disponível em: <<http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201702/20170214-114707-001.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

GRANGEIRO, Alexandre. Aids, 20 anos depois: Os desafios do Brasil para a próxima década. Disponível em: <[http://www3.crt.saude.sp.gov.br/arquivos/pdf/publicacoes\\_dst\\_aids/AIDS\\_20\\_anos.pdf](http://www3.crt.saude.sp.gov.br/arquivos/pdf/publicacoes_dst_aids/AIDS_20_anos.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2018.

LÉVINAS, E. *Humanismo do Outro Homem*. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

LUNA, Florencia. Vulnerabilidad: la metáfora de las capas. *Jurisprudencia Argentina*. IV, n.1, 2008. Disponível em: <[http://www.saludcapital.gov.co/Capacitaciones%20Comit%20de%20tica%20para%20la%20Investigacin/6%20Sesi%C3%B3n%2016%20julio%202014/Luna\\_F%5B1%5D.\\_Vulnerabilidad\\_la\\_metafora\\_de\\_las\\_capas.pdf](http://www.saludcapital.gov.co/Capacitaciones%20Comit%20de%20tica%20para%20la%20Investigacin/6%20Sesi%C3%B3n%2016%20julio%202014/Luna_F%5B1%5D._Vulnerabilidad_la_metafora_de_las_capas.pdf)>. Acesso em: 17 mar. 2017.

MARINS, José Ricardo Pio. Acesso universal aos ARV hoje, uma prioridade mais do que nunca! *Revista Tempus Actas em Saúde Coletiva*. 2010, v. 4, n. 2, p. 75-88. Disponível em: <<http://www.tempus.unb.br/index.php/tempus/article/view/793/780>>. Acesso em: 08 out. 2018.

MEIRELES, Ana Thereza; AGUIAR, Mônica. Prática médica e diretivas antecipadas de vontade: uma análise ético-jurídica da conformação harmônica entre os pressupostos autonomia e alteridade. *Revista Jurídica Unicesumar*, v.17, n.3, 2017. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5686>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

MEIRELES, Ana Thereza; AGUIAR, Mônica. Autonomia e alteridade como fundamentos da construção do sentido de dignidade existencial diante do direito à vida. *Revista Brasileira de Direito Animal*. 2018, v. 13, n. 1, p. 123-147. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/26220/15867>>. Acesso em: 16 out. 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Aids no Brasil: epidemia concentrada e estabilizada em populações de maior vulnerabilidade*. 2012, n. 1, vol. 43. Disponível em: <<http://portal.arquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2014/julho/23/BE-2012-43--1--pag-8-a-10-Aids-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Queda de mortes por AIDS. Uma das conquistas de 2018*. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pt-br/noticias/queda-de-mortes-por-aids-uma-das-conquistas-de-2018>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Painel de indicadores do SUS nº 5: Prevenção de Violências e Cultura de Paz*. 2008, v. 3. Disponível em: <[http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/painel\\_indicadores\\_sus\\_n5\\_p1.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/painel_indicadores_sus_n5_p1.pdf)>. Acesso em: 03 dez. 2018.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista Brasileira de Bioética*. 2006, vol. 2, n. 2, p. 157-172. Disponível em: <<http://bioetica.catedraunesco.unb.br/wp-content/uploads/2016/09/RBB-2006-2.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Alteridade e deveres fundamentais: uma abordagem ética. *Revista Direitos Fundamentais e Alteridade*. 2017, v. 1, n. 1, jul./dez, p. 69 a 86. Disponível em: <<https://cadernosdoceas.uccsal.br/index.php/direitosfundamentaisealteridade/article/view/429/348>>. Acesso em: 16 out. 2018.

NOVAES, Joana de Vilhena. Ser mulher, ser feia, ser excluída. 2006. Disponível em: <<http://www>>.

- psicologia.pt/artigos/textos/A0237.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2018.
- NUNAN, Adriana. Preconceito internalizado e comportamento sexual de risco em homossexuais masculinos. *Psicologia Argumento*. 2010, jul./set., vol. 28, n. 62, 247-259. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/psicologiaargumento/article/view/19941/19237>>. Acesso em: 09 out. 2018.
- SCHNEEWIND, Jerome B. *A invenção da autonomia*. Tradução de Magda França Lopes. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- SCHNEEWIND, Jerome B. Kant e a moralidade como resultado de nossa autonomia. *Revista do Instituto Humanistas Unisinos*, São Leopoldo, v. 417, ano XIII, 2013.
- SILVA, Jeane Félix da. “Quer teclar?”: aprendizagens sobre juventudes e soropositividades através de bate-papos virtuais. 2012. Tese. Orientadora: Profa. Dagmar Elisabeth Estermann Meyer. (Doutorado em Educação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/56466/000860616.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 11 out. 2018.
- UNAIDS. PROGRAMA CONJUNTO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE HIV/AIDS. *Indetectável = intransmissível*. 2018a. Disponível em: <[https://unaids.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Indetect%C3%A1vel-intransmiss%C3%ADvel\\_pt.pdf](https://unaids.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Indetect%C3%A1vel-intransmiss%C3%ADvel_pt.pdf)>. Acesso em: 08 out. 2018.
- UNAIDS. PROGRAMA CONJUNTO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE HIV/AIDS. *Miles to go: closing gaps breaking barriers righting injustices*. 2018b. Disponível em: <[http://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/miles-to-go\\_en.pdf](http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/miles-to-go_en.pdf)>. Acesso em: 08 out. 2018.
- UNICEF. FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. HIV/AIDS: Prevenção, tratamento, cuidado. *The Prescriber*. 1998, n. 16/17, set. Disponível em: <[https://www.unicef.org/prescriber/port\\_p16.pdf](https://www.unicef.org/prescriber/port_p16.pdf)>. Acesso em: 08 out. 2018.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Consolidated guidelines on the use of antiretroviral drugs for treating and preventing HIV infection*. 2015, nov. Disponível em: <[http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/198064/9789241509893\\_eng.pdf;jsessionid=4A8A493930ED5A7D397FB4BA168EE275?sequence=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/198064/9789241509893_eng.pdf;jsessionid=4A8A493930ED5A7D397FB4BA168EE275?sequence=1)>. Acesso em: 08 out. 2018.

---

**Recebido em:** 04/04/2019

**Aprovado em:** 01/06/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

ARAÚJO, Ana Thereza Meireles; ALEGRIA, Lívia. A vulnerabilidade social dos sujeitos HIV positivo: a alteridade como fundamento para a mitigação do estigma. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.37, p.73-93, jan./abr. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/09/DIR37-05.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# A MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE ACERCA DAS CONSEQUÊNCIAS DA MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STF

## THE CONSTITUTIONAL MUTATION OF THE PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE: NA ANALYSIS OF THE CONSEQUENCES OF THE CHANGE OF UNDERSTANDING OF THE STF

Renata Albuquerque Lima <sup>1</sup>  
Átila de Alencar Araripe Magalhães <sup>2</sup>  
José Fábio Silva Araújo <sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho monográfico analisa a mutação (in)constitucional do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/88), tendo por base, em especial, a decisão empreendida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP. A temática é abordada pelo método dedutivo, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial. O estudo defende a tese de que a Suprema Corte, incumbida da guarda da Constituição, não pode usurpar as atribuições do Poder Constituinte Originário, sobretudo quando isso significar retrocesso em matéria de direitos e garantias fundamentais, seja a que pretexto for.

**Palavras-chave:** Mutação (in)constitucional; presunção de inocência; julgamento do habeas corpus 126.292/SP.

**ABSTRACT:** The present monographic work analyzes the (in) constitutional mutation of the Constitutional Principle of the Presumption of Innocence (article 5, item LVII, CRFB/88), based in particular on the decision made by the Supreme Federal Court in Habeas Corpus 126.292 / SP. The thematic is approached by the deductive method, through doctrinal and jurisprudential research. The study defends the thesis that the Supreme Court, entrusted with the custody of the Constitution, can't encroach upon the attributions of the Native Constituent Power, especially when this means a setback in fundamental rights and guarantees, whatever the pretext is.

**Keywords:** (In)constitutional mutation; presumption of innocence; judgment of habeas corpus 126.292/SP.

---

1 Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Coordenadora da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade Luciano Feijão. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Professora do Mestrado em Direito da UNICHRISTUS. Advogada.

2 Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Administração de Empresas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Professor de Direito Processual Civil da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro do Grupo de Pesquisa "Relações Econômicas, Políticas e Jurídicas na América Latina (REPJAL)". Advogado.

3 Graduado em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA).

## 1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente artigo se volta para a discussão acerca da mutação (in)constitucional do Princípio da Presunção de Inocência, também conhecido como Princípio da Não Culpabilidade ou Estado de Inocência, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo por base a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, em especial, quando no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP.

Ressaltar-se, todavia, que o objeto de estudo do presente trabalho não se limita a uma análise isolada da decisão proferida no julgamento do referido Habeas Corpus. Pelo contrário, busca-se aqui, na verdade, uma análise ampla a respeito do princípio constitucional em apreço e do instituto da mutação constitucional, a chegar nas consequências geradas pela violação de tais institutos no ordenamento jurídico como um todo.

Por conta disso, a priori, buscar-se-á a construção de uma base teórica no que se refere ao princípio de *status* constitucional mencionado, bem como do fenômeno da mutação constitucional, de modo que reste clarificada a tese aqui defendida.

O ponto de vista aqui defendido é de que a Suprema Corte, cuja competência pre-cípua atribuída pelo Poder Constituinte Originário é a guarda da Constituição, implementou verdadeira mutação inconstitucional ante a norma constitucional em tela, ao, explicitamente, extrapolar os limites a ela atinentes, colocando-se na posição do próprio Poder Constituinte Derivado Reformador.

Diante da amplitude de tal interpretação, direitos e garantias constitucionais que vêm sendo conquistados a décadas ficaram em “xeque”, resultando em consequências drásticas para todo o ordenamento jurídico, vulnerando o regime democrático e violando a liberdade do cidadão.

Tais consequências jurídicas causadas pelo polêmico entendimento empreendido pelo Pretório Excelso, ao final, serão postas em evidência, através de uma visão crítica sobre o julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, pretendendo-se embasar a conclusão de que o supremo, ao alterar o significado/sentido normativo da presunção de inocência (art. 5ª, inciso LVII, da CRFB/88), recaiu em verdadeira mutação inconstitucional.

Nessa tarefa, impõe-se, ainda, a questão de saber se argumentos como de política criminal, maior eficiência no combate à criminalidade, argumentos de ordem processual (não existência de efeito suspensivo e inviabilidade da reanálise de fatos e provas, em sede de recursos extraordinário e especial) ou mesmo de ordem prática (celeridade processual, prescrição e impunidade) autorizaria o início de cumprimento de pena, em decorrência, apenas, de acórdão confirmatório de sentença penal condenatória, proferido por tribunal *ad quem*.

Para isso, será realizada uma abordagem a partir do método dedutivo, valendo-se de pesquisas doutrinárias, em especial, do direito e da hermenêutica constitucional e do direito processual penal, bem como do exame de textos legais e da análise da jurisprudência pátria. Ademais, a contraposição de argumentos e dados existentes na doutrina e na jurisprudência será desenvolvida pelo método dialético, a fim de obter uma conclusão juridicamente embasada.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DE NÃO CULPABILIDADE

O Princípio da Presunção de Inocência, também conhecido como Presunção da não culpabilidade ou Estado de Inocência está previsto na atual Constituição da República

Federativa do Brasil, tendo sido inovadora ao se consagrar, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Cuida-se de princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, aplicado no âmbito do processo penal, mas que, como visto, possui raiz em norma constitucional, por meio do qual a determinação definitiva da responsabilidade penal por fato criminoso exige o trânsito em julgado da respectiva sentença penal condenatória.

Dessa forma, expressa a função de garantia constitucional do indivíduo no âmbito do processo penal, no sentido de que não será considerado culpado enquanto não sobrevir o marco temporal-formal representado pelo esgotamento de todos os recursos possíveis e viáveis garantidos pela ampla defesa e pelo devido processo legal.

O princípio da presunção da inocência é um princípio do ordenamento jurídico constitucional, estreitamente ligado ao direito penal e diretamente operante no processo penal, que estabelece um estado de inocência ou de não culpabilidade, que norteia toda a relação jurídica do sujeito investigado ou acusado pela prática de infração penal.

Consagrado como direito fundamental de primeira geração, difundido como opção política do Estado Democrático de Direito e exercido pelo indivíduo contra o uso arbitrário do poder punitivo do Estado, é um importante instrumento de garantia da liberdade e da dignidade humana, em sede de persecução penal.

Quanto aos precedentes históricos do mencionado princípio, teve seu surgimento na *Magna Carta Libertatum*, de João-Sem-Terra (1215), e se consolida no período revolucionário francês, logo após a queda da Bastilha, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, como bem expõe Bonfim (2010, p. 76), senão vejamos:

O princípio se positiva pela primeira vez no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 26.8.1789), inspirado na razão iluminista (Voltaire, Rousseau etc.). Posteriormente, foi reafirmado no art. 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres (22.5.1948) e no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembleia das Nações Unidas (Paris, 10.12.1948).

Foi nessa Declaração, em seu artigo 9º, que se positivou o princípio da presunção de inocência, em que diz: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e o movimento Iluminista constituem bons exemplos que culminaram na evolução do aludido princípio, haja vista que através deles houve uma modificação do que se pensava na época, uma vez que o acusado, desprovido de qualquer garantia, era considerado um mero instrumento processo, sem qualquer garantia processual assegurada. (RÊGO; GOMES, 2018, p. 3)

Cabe ressaltar que o antigo sistema de persecução penal inquisitivo, em face do qual ocorria a concentração de toda a atividade investigativa em única pessoa, que detinha tanto a figura de acusador como a de julgador, possibilitou a ocorrência de barbáries e de abusos, conforme os relatados e criticados por Beccaria e Foucault. Nesse período, reinava a presunção de culpabilidade, “onde o infrator da norma penal, tipificada enquanto crime, era presumidamente culpado, não havendo sequer a possibilidade do exercício das garantias inerentes a um processo justo e célere”. (BENTO, 2007, p. 31)

É sabido que a acusação era feita secretamente, seguindo a regra de que o indivíduo acusado de ter cometido infração penal era presumidamente culpado, até mesmo antes



de se obter qualquer elemento probatório o mínimo convincente, que atestasse, ao menos, a materialidade do fato e indícios de autoria, como ocorre hodiernamente, isto é, dispensava-se o que hoje se chama de justa causa da ação. A exemplo disso, Ferrajoli recorda que “no processo penal medieval, a insuficiência da prova, conquanto deixasse de subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve” (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Acrescente-se a isso, ainda, o fato de que, como não ocorria o trânsito em julgado da sentença, a qualquer tempo poderia ser revista a pena, podendo ocorrer reforma *pro societa*, sem se olvidar que a utilização da tortura constituía meio lícito para a obtenção de provas, haja vista que o procedimento penal característico era o *tormento* (tortura, interrogatório coercitivo) (ROXIN, 2000, p.10).

No entanto, com a Revolução Francesa, influenciada pelo Iluminismo, que resultou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, marcou-se o início de um novo regime político, como bem esclarece Fábio Konder Comparato (2008, p.151):

Ela representa, por assim dizer, o atestado de óbito do Ancien Régime, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais, e, nesse sentido, volta-se claramente para o passado. Mas o caráter abstrato e geral das fórmulas empregadas, algumas delas lapidares, tornou a Declaração de 1789, daí em diante, uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos.

Em 1948, como já mencionado na lição de Bonfim (2010, p.76), a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, firmada em bases éticas e humanistas, visando a proteção de direitos fundamentais, estabelecendo o princípio em estudo em seu artigo IX, 1, que expressamente aduz que “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Já no ano de 1950, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, também conhecida por Convenção Europeia dos Direitos do Homem, estabeleceu, em seu artigo 6º, que “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”, instituindo como importantes direitos do acusado, em suma, o direito de conhecer a natureza e a causa da acusação contra ele formulada, além do direito de defesa.

Além do mais, cumpre destacar que, de igual modo, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, de 1992, prevê a presunção de inocência como uma garantia processual, em seu artigo 14.2, asseverando que “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Por derradeiro, anota-se, ainda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, que positivou a presunção de inocência dentre as garantias processuais do cidadão, conforme se vê em seu artigo 8º, 2, ao preconizar que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Finalmente, como já explanado inicialmente, no ordenamento jurídico brasileiro, a

Carta Magna de 1988, no Capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”) do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), em seu artigo 5º, inciso LVII, assegurou ao cidadão o direito fundamental da não culpabilidade.

Tendo em vista toda a evolução histórica da presunção de inocência, é patente a afirmação de que tal princípio se fortaleceu com o passar do tempo, tendo sido inserido em vários diplomas do direito internacional e, como consequência, nas Constituições de diversos países, consagrando-se como uma garantia indissociável do ser humano, um direito fundamental, que assegura ao cidadão (investigado ou acusado) a garantia de não mais ser considerado juridicamente culpado, salvo se na forma da lei.

### **3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: LIMITES E MODALIDADES**

Em face da inevitável dinamicidade do Direito, fruto da evolução dos hábitos, valores e costumes da sociedade, da dinâmica econômica, das inovações tecnológicas, das práticas políticas, da atuação dos grupos de pressão, dentre outros fatores, as Constituições podem ser alteradas por mecanismos que não estão previstos expressamente no texto constitucional, a fim de que haja uma readequação do texto normativo à inovação conjuntural político-social. Tais mecanismos informais de alteração constitucional, que ocorrem sem qualquer transcurso legislativo, são conhecidos por mutações constitucionais

Esse fenômeno mutacional decorre da exposição a nova interpretação de determinado dispositivo constitucional, por influência da dinamicidade e das exigências sociais, resultando na alteração de seu conteúdo e alcance, sem, contudo, haver modificação textual. De acordo com esse entendimento, preceitua Luiz Roberto Barroso (2015, p.160-161):

[...] a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança da realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.

É, portanto, um processo que se incorpora as transformações históricas da sociedade:

A análise interpretativa da Constituição não pode, por conseguinte, prescindir do critério evolutivo, mediante o qual se explicam as transformações ocorrentes no sistema, bem como as variações de sentido que tanto se aplicam ao texto normativo, como a realidade que lhe serve de base – a chamada realidade constitucional, cuja mudança e, não raro, lenta e imperceptível ao observador comum, Esse critério, como elemento hermenêutico de extrema relevância, está todo impregnado de historicidade, a qual se comunica ao método de interpretação, não tanto para colher a Constituição jurídica ou a norma na sua origem senão, em primeiro lugar, para acompanhar a consequente evolução ou desdobramento que no seio do sistema constitucional ocorre com a norma codificada na Constituição e com a realidade que lhe imprime eficácia, vida e conteúdo. (BONAVÍDES, 2003, p.138)

A ideia de mutação foi criada em contraposição à reforma, que é um processo de

alteração formal da constituição, prevista no artigo 60 da CF/88:

A modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração.

(...)

Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada a plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais. (BARROSO, 2015, p.146)

Cabe ressaltar que a expressão *mutação constitucional*, entendida como os processos informais de mudança constitucional, não é empregada de forma uniforme pela doutrina. Tal terminologia abarca dois tipos ou espécies diferentes de mutações, quais sejam as que não violam a Constituição, de forma que se confrontadas com qualquer meio de controle jurisdicional não serão ditas como inconstitucionais, a exemplo das interpretações jurisdicionais que dão sentido renovado à letra constitucional; e as mutações constitucionais que vão de encontro com a Lei Fundamental, isto é, são mutações inconstitucionais, por exemplo, a lei integrativa inconstitucional e o costume *contra constitutionem*.

Em relação a dupla vertente da expressão mutação constitucional, Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 10) aduz:

A expressão *mutação constitucional* é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição *sem contrariá-la*; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais são designados por *mutações inconstitucionais*. Assim, em síntese, a mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito.

Com base nos pensamentos expostos, tem-se, de forma condensada, que para merecer o qualificativo de *mutação constitucional*, deve-se, portanto, serem satisfeitos os requisitos, quais sejam, em primeiro lugar, a alteração tem que se dar necessariamente quanto ao sentido, o significado e o alcance do dispositivo constitucional; em segundo lugar, tal alteração deve ser constitucional, não ofender a letra nem o espírito constitucional; e, por fim, essa alteração se processa por modo ou meio diferentes das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado.

Ademais, frisa-se, ainda, que mutações aparecem de forma lenta e gradual, sendo impossível estipular uma localização cronológica, percebe-se, então, que a mutação é fruto da relação entre a norma constitucional e a realidade.

Quanto ao viés histórico, de acordo com a doutrina, o início do estudo do tema a respeito da mutação constitucional se deu no final do século XIX, tendo como ponto de partida a Europa continental até atingir os países da América Latina, a exemplo do Brasil.

No âmbito jurídico, sustenta a doutrina que o termo foi em um primeiro momento utilizado por Paul Laband, em um de seus escritos, em 1895. O referido autor sustentou a diferenciação entre reforma constitucional e mutação constitucional, o que compreende um processo formal e, por outro lado, um processo informal de alteração da Constituição (BULOS, 1997, p. 54-55).

No âmbito jurídico brasileiro, o instituto da mutação constitucional tem sido cada vez mais objeto de debate e análise. Anna Cândida da Cunha Ferraz aduz seu ponto de vista de que a alteração do significado de normas constitucionais, pela mutação constitucional decorre tanto de decisões judiciais quanto do costume e da lei. Além do mais, ela ressalta, ainda, que o processo para tais mudanças é lento e “(...) só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas”. (FERRAZ, 2015, p. 9)

Entretanto, o referido conceito aberto de mutação constitucional é alvo de fortes críticas. A ampliação conceitual do fenômeno da mutação constitucional resulta em uma flexibilização excessiva do texto constitucional, principalmente na seara das constituições rígidas, nas quais o processo formal de alteração do seu texto demanda requisitos especiais, a exemplo da Constituição brasileira.

Além disso, especialmente no que se refere à mutação constitucional decorrente de interpretação judicial, tem-se que esse tipo de conceito abre espaço para situações teratológicas, nas quais o Poder Judiciário substitui o Poder Constituinte Derivado Reformador, ou, até mesmo, o Originário, o que tem o condão de fragilizar todo o ordenamento jurídico, além de outras consequências negativas, como a violação da separação de poderes e a titularidade do Poder Constituinte pelo povo.

Desse modo, é imprescindível a observância dos limites da mutação constitucional. Tais limites não estão todos na Constituição, na verdade, transcendem a própria Lei Maior. A própria base democrática confere legitimidade à mutação constitucional, que deve ocorrer em casos quase que urgentes, em que há demandas sociais específicas que necessitam de resolução, as quais, por vezes, requerem uma atuação mais célere do intérprete, a fim de resguardar a força normativa e o próprio objetivo do texto constitucional. Consectariamente, a mutação constitucional também é limitada pela própria soberania popular (BARROSO, 2015).

Sem a limitação das mutações constitucionais, haveria a violação do poder constituinte e até mesmo da soberania popular. A necessidade de adaptação à nova realidade não pode ultrapassar o espírito da Constituição. Assim, Barroso encontra duas limitações imperiosas para as mudanças informais: “a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição.” (BARROSO, 2015, p. 150)

Sendo assim, os limites das mutações constitucionais decorrentes de interpretação judicial (interpretativas) devem visar uma compreensão lógica do texto da norma constitucional e a Constituição como um todo, de forma sempre a relacionar ambos os aspectos, em respeito a todo o sistema constitucional.

Nesse momento, cabe mencionar o principal fator limitativo quando se está a cuidar de processo formal de alteração do texto constitucional, qual seja, as cláusulas pétreas (art. 60, §4º, da CRFB), que possuem o condão de imputar restrições de conteúdos às emendas à constituição. Desse modo, além das limitações formais referente aos requisitos especiais e procedimentais do processo legislativo de alteração textual da constituição, as cláusulas pétreas tornam ainda mais estreita a atuação do Poder Constituinte Derivado Reformador, ao impedir modificações que tendam a abolir ou restringir as matérias nelas abrigadas.

A exemplo disso, é clara a disposição expressa contida no artigo 60, §4º, da CRFB, ao estatuir que não será objeto de deliberação a proposta de emenda que pretenda abolir

as matérias por ela abarcadas, significando que não serão aceitas quaisquer alterações no texto constitucional que venham a depreciar o conteúdo essencial de tais matérias. Ademais, cumpre esclarecer que não há de se falar em intangibilidade absoluta daqueles temas pétreos, mas em preservação do seu cerne normativo.

Nesse sentido, em decisão do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Sepúlveda Pertence aduziu na ADIn 2.204-2/DF, em sede de medida liminar: “As limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 6, §4º da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial.”

A mutação constitucional configura processo informal de alteração normativa da Constituição, de sorte que ocorre sem qualquer transcurso legislativo. Lado outro, no caso da mutação interpretativa, tem-se que o próprio Judiciário empreende mudanças no programa normativo da Constituição. Com isso, fica claro que submeter um processo formal revestido de representatividade aos limites materiais do art. 60, §4ª, sem fazer o mesmo em relação à mutação constitucional, seria postura totalmente dissonante com o objetivo das cláusulas pétreas, a desprestigiar, mediante a geração dos problemas já mencionados, o núcleo essencial da Constituição.

Pelo exposto, mutações constitucionais, principalmente as interpretativas, não podem ocasionar modificações tendentes a abolir direitos e garantias individuais, visto que isso seria violação visceral da respectiva restrição material (art. 60, §4º, IV da CRFB).

Nesse sentido, caso o Poder Judiciário venha a empreender alteração do programa normativo de determinada norma constitucional, sem mudança do seu texto, de modo a resultar em retrocesso em matéria de direitos e garantias individuais, seria hipótese de mutação inconstitucional, categoricamente proibida pelos motivos já expostos.

Uadi Lammêgo Bulos classifica as mutações em: (i) por interpretação constitucional; (ii) decorrente de práticas constitucionais; (iii) por construção constitucional; (iv) mutações inconstitucionais. (BULOS, 1997, p. 93-188)

Conforme explica Ferraz, “ocorre mutação constitucional por via da interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação na letra da Constituição” (FERRAZ, 2015, p. 57).

Ainda sob a mesma linha de raciocínio, Paulo Bonavides (2003, p. 458-459), ao tratar sobre o processo de mutação constitucional atribuído à interpretação constitucional, leciona:

A interpretação da Constituição é parte extremamente importante do Direito Constitucional. O emprego de novos métodos da hermenêutica jurídica tradicional fez possível uma considerável e silenciosa mudança de sentido das normas constitucionais, sem necessidade de substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais da emenda constitucional (...). Mediante o emprego dos instrumentos de interpretação, logram-se surpreendentes resultados de alteração de sentido das regras constitucionais sem que, todavia, se faça mister modificar-lhe o respectivo teor. De sorte que aí se combina a preservação da Constituição com o deferimento das mais prementes e sentidas exigências da realidade social.

Dentre as modalidades de mutação constitucional, a doutrina cita os usos e costumes como uma das mais importantes. Assim, o termo costume jurídico se refere à prática reiterada de uma conduta, não prevista em lei, que produza efeitos jurídicos. Essa modalidade de mutação constitucional é de importância fundamental, uma vez que por mais extensas que sejam as previsões legais, jamais conseguirão prever todas as situações da realidade social,

que completamente variável de grupo social para outro.

Apesar de não ser pacífica a possibilidade de mutação constitucional pelos costumes, em especial nos países de Constituição escrita e rígida, tendo por argumento a concepção de supremacia das disposições constitucionais, José Afonso da Silva identifica que eles complementam as lacunas deixadas pelo constituinte originário, sendo a expressão do Poder Constituinte difuso. (SILVA, 2000, p. 166)

Na mesma linha de raciocínio de José Afonso da Silva está o entendimento de Uadi Bulos, ao afirmar que “o costume, não raro, constitui fonte supletiva para a colmatação de lacunas. Em todas as suas formas de exteriorização (prática dos interessados, doutrina, jurisprudência), servem a esta finalidade”. (BULOS, 1996, p. 98)

De acordo com Anna Cândido da Cunha Ferraz, os costumes são integrados por dois elementos: um *objetivo* e outro *subjetivo*. Na visão da citada autora, o objetivo é representado pela “reiteração, pela observância repetida, uniforme, de um certo comportamento, de uma certa prática (*usus*)”. Já o subjetivo, é “constituído pela convicção generalizada da obrigatoriedade daquele comportamento ou daquela prática (*opinio juris vel necessitatis*). (FERRAZ, 2015, p.177-178)

Por outro lado, na visão de Uadi Bulos (1996, p. 97), o uso consiste em um elemento objetivo do costume, podendo ser caracterizado como uniforme, constante, público e geral, conforme ensina:

*Uniforme e constante, porque revela a atitude de se agir sempre do mesmo modo, sem qualquer interrupção. A uniformidade e a constância do uso não seriam possíveis sem o exercício, por período razoavelmente longo, capaz de autorizar a convicção da existência de uma norma estável (diuturnitas temporis); público, haja vista que deve obrigar a todos, e geral, porquanto colima alcançar todos os atos, pessoas e relações que realizam os pressupostos de sua incidência na norma consuetudinária.*

Dessa forma, os costumes constitucionais possuem importante papel na interpretação, integração e complementação das normas constitucionais, na medida em que produzem mudanças no seu sentido, alcance ou significado, sem alterar, obviamente, a letra e o espírito da lei. Porém, não têm o condão de revogar uma disposição constitucional. Seja interpretativo ou integrativo, o costume não substitui a norma constitucional, não sendo capaz de reformá-la.

Diante de todo o exposto, uma vez construída a necessária base teórica acerca da mutação constitucional, explanando o seu conceito, histórico, limites e principais modalidades, passa-se a uma análise da temática relativa à possibilidade ou não de mutação constitucional do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, tendo por base a jurisprudência pátria.

#### **4 A MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 5º, LVII, DA CRFB/88: A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO “GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO” E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

Diante de todas as questões doutrinárias elencadas até o momento, vê-se que já é possível atingir o cerne do presente estudo ao confrontar a situação-problema apresentada, qual seja argumentar sobre a mutação (in)constitucional do princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, tendo por base o entendimento implementado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quando do julgamento do Habeas Corpus (HC) 126.292/SP.

Cabe enfatizar, de antemão, que, como já foi dito, o objeto de estudo do presente

trabalho não se limita a análise isolada do julgamento do HC 126.292/SP. Na verdade, o entendimento decorrente do julgamento do HC em questão trouxe consequências variadas para alguns institutos do nosso ordenamento jurídico, que serão postas em evidências.

Cumprido salientar que, no citado julgamento, não houve qualquer menção expressa à mutação constitucional do artigo 5º, LVII, da CRFB/88. Todavia, considerando a amplitude da interpretação desenvolvida pelo “Guardião da Constituição”, houve considerável celeuma no mundo jurídico. Por isso, buscou-se, a todo custo, entender as premissas e as consequências de tal entendimento, chegando-se a ventilar a ocorrência de uma mutação constitucional da referida norma. Dessa forma, o presente estudo objetiva, precipuamente, defender o entendimento de que, de fato, houve uma mutação do texto constitucional, mutação essa que se deu de forma inconstitucional. Dito isso, passaremos a discorrer sobre a problemática proposta.

A execução provisória de pena privativa de liberdade era prevista na jurisprudência do STF. A exemplo, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/06/1991, o Supremo Tribunal Federal, naquela ocasião, assentou o entendimento de que a presunção de inocência não impedia a prisão decorrente de acórdão que confirmou a sentença penal condenatória recorrível, mesmo que em sede de apelação. Senão vejamos:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exaurido estão às instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido.

O entendimento firmado pelo STF no julgamento do HC 68.726, no sentido de que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário, na verdade, trata-se, apenas, de uma das muitas oportunidades em que a Suprema Corte decidiu dessa maneira, podemos citar como exemplos ainda o HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; o HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; o RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 05/11/2004; o RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; o HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 07/12/2007; e o HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 04/11/1994.

Ocorre que, no dia 5 de fevereiro de 2009, por sete votos a quatro, o Supremo proferiu uma decisão que reafirmava o Princípio da Presunção de Inocência, previsto no art. 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil, tendo decidido que um acusado só poderia ser preso, com a finalidade de cumprir sua pena, depois de sentença condenatória transitada em julgado.

Com isso, passou a determinar que, enquanto houver recurso pendente de análise, não poderá ocorrer execução provisória de sentença, atentando-se, ainda, para o fato de

que recursos especiais e extraordinários também têm efeito suspensivo. Conforme se vê na relatoria do Ministro-Relator do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau.<sup>4</sup>

Tal entendimento da Suprema Corte não interferiria na situação das prisões cautelares, a exemplo das prisões temporárias, preventivas e em flagrante. Portanto, estando presentes os requisitos constantes do artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP), a saber, garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou garantia da aplicação da lei penal, o juiz pode decretar ou manter a prisão preventiva do acusado, obedecendo-se, ainda, as restrições do artigo 311 do mesmo Diploma Normativo.

Desse modo, as prisões cautelares podem ser decretadas antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pois, conforme mencionado, possuem como finalidade assegurar a devida apuração das investigações ou do processo criminal, visando, ainda, a proteção da coletividade e o risco de haver nova prática delituosa.

Indo adiante, em fevereiro de 2016, de modo a contrariar o mencionado entendimento proferido no Habeas Corpus 84078, de 05/02/2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao negar liminar ao HC 126.292, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo

---

4 HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoadado pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Englobam todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso, a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52] do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as 98 singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010)



grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência.

No julgamento em questão, o relator do caso, Ministro Teori Zavascki, firmou entendimento de que a manutenção da sentença penal condenatória pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que configuraram a culpa do condenado, o que, de acordo com o nobre Ministro, autoriza o início da execução da pena.

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

Com isso, os Ministros julgaram favoráveis à prisão após a segunda instância, sem que haja a necessidade de trânsito em julgado e irrecorribilidade da sentença penal condenatória. Nesse sentido, argumentaram que basta uma decisão colegiada (por um grupo de juízes, como ocorre nos TJs e TRFs) para aferir a culpa de alguém por determinado crime.

O relator, Ministro Teori Zavascki, argumentando no sentido da mudança da jurisprudência e de que a execução da decisão condenatória confirmada em segunda instância, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não comprometeria o princípio constitucional da presunção de inocência, asseverou em seu voto o seguinte:

(...), a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias. (...) Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias. (...) Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças

ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. “Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.

Tal entendimento foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Em regra, os recursos aos tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) não servem para contestar os fatos e provas já analisadas nas instâncias inferiores, mas somente para discutir uma controvérsia jurídica sobre o modo como os juízes e desembargadores decidiram. Com base nisso, o Ministro Teori Zavascki afirma em seu voto:

[...] até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado.

A Ministra Rosa Weber e os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, Presidente da Corte, na ocasião, ficaram vencidos. Eles votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal, no sentido de que é exigido o trânsito em julgado para cumprimento de pena e concluíram pela concessão do Habeas Corpus.

Diante do exposto, percebe-se que a discussão travada pelo STF no HC 126.292 parece tratar de dois assuntos que permeiam a questão sobre a mitigação (ou não) da constitucional presunção de inocência, no que se refere à prisão do imputado após confirmação de sentença condenatória em segunda instância. Tal discussão trouxe ao debate a possibilidade do que se convencionou chamar de “execução provisória da pena” e a característica do duplo grau de jurisdição, que não permite reexame da matéria fática (fatos, provas) nos recursos extraordinários (em sentido lato), como o recurso extraordinário propriamente dito, de competência do STF, e o recurso especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Um dos principais argumentos, conforme visto, foi o de que os recursos extraordinários e especiais não possuem efeito suspensivo, de modo que a interposição deles em face de acórdão condenatório não obstará sua execução, ainda que provisoriamente.

O artigo 637 do Código de Processo Penal prescreve que o recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, não tem efeito suspensivo. Tal regra é estendida ao recurso especial, este de competência do Superior Tribunal de Justiça.

O efeito suspensivo é o que conferiria a possibilidade de o réu se manter solto, em caso de sentença condenatória confirmada em segunda instância, uma vez que os efeitos da condenação ainda não poderiam ser executados. Com base nisso, parece fácil concluir que a ausência deste efeito parece permitir a prisão em decorrência da confirmação da sentença condenatória por um tribunal *ad quem*.

Uma das razões para se subtrair efeito suspensivo dos referidos recursos é o fato de que a admissibilidade destas vias recursais é bastante restrita, já que não se admite neles discussão de ordem fática, por isso são considerados como “recursos de direito”, cuja discussão se limita à ofensa à Constituição Federal ou à lei federal, no recurso extraordinário e especial, respectivamente, isto é, somente terão cabimento para discussões de cunho estritamente jurídico e objetivo.

Ao erigir tal circunstância como justificadora da prisão no Habeas Corpus que está sendo discutido aqui, o STF parece declarar que pouco se poderia esperar de inovações no caso concreto, considerando a limitação da admissibilidade dos recursos constitucionais, daí a necessidade de prender desde já, a partir da confirmação da sentença condenatória pelo tribunal de segunda instância, como forma de dar efetividade à função jurisdicional.

Sendo assim, segundo o Ministro, após o acórdão condenatório, exaurir-se-ia a incidência da presunção constitucional de inocência. Mais uma vez, fica evidenciado o desrespeito ao *programa normativo* da norma constitucional que determina a inocência presumida até o trânsito em julgado.

É interessante notar, também, que o Ministro Teori Zavaski, em sua decisão, vinculou a efetividade da função jurisdicional à prisão do acusado, ainda que antes do trânsito em julgado, reproduzindo uma política de aprisionamento como resposta adequada à impunidade, a despeito, talvez, até mesmo, de princípios constitucionais.

No entanto, tal argumento vai totalmente de encontro com o que dispõe o artigo 5<sup>a</sup>, LVII, da CRFB, a saber: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A transcrita norma constitucional não deixa margem para dúvidas quanto ao aspecto temporal do Princípio da Presunção de Inocência, qual seja, o trânsito em julgado.

Conforme foi aduzido, o trânsito em julgado significa a impossibilidade de se recorrer contra a decisão judicial. Com ele, o *decisum* torna-se irrecorrível. Não há como conciliar essa disposição normativa com o argumento apresentado pelo STF, visto que o fato de a norma processual mencionar a inexistência de caráter suspensivo dos recursos extraordinário e especial não é capaz de se sobrepor ao comando constitucional.

Diante de tal argumento, faz-se necessário, até mesmo, recorrer a ensinamentos propedêuticos do Direito, a fim de relembrar que a Constituição Federal é a norma fundamental e ocupa o cume do ordenamento jurídico pátrio. Logo, é inconcebível submetê-la a ditames infraconstitucionais. Demais disso, a execução provisória da pena criminal vulnera fortemente o dever de tratamento oriundo da presunção de inocência, uma vez que, apesar de não concretizado o trânsito em julgado, o acusado poderá ser preso.

Analisando-se essa linha de raciocínio, tem-se que o STF modificou indubitavelmente o limite temporal previsto no art. 5<sup>o</sup>, inciso LVII, da CRFB. Isso porque, mesmo que o acusado recorra do acórdão condenatório, ele deverá iniciar o cumprimento da pena, mesmo que isso signifique ser preso previamente ao trânsito em julgado. A norma constitucional, em nenhum momento, fez a ressalva de que a presunção de inocência somente teria lugar até a possibilidade de discussão de provas e fatos. Trata-se, inequivocamente, de norma de eficácia plena, a qual não pode sofrer limitações pelo legislador ordinário (SILVA, 1998, p. 456), nem muito menos pelo Judiciário.

Asseverou-se, ainda, o nobre relator, que a profusão de recursos extraordinários e o reduzido número de provimentos destes justificaria a restrição judicial da presunção de inocência. Trata-se de mais uma tautologia argumentativa.

Conforme foi explanado nos tópicos anteriores, as circunstâncias fáticas também

podem ensejar processo informal de alteração normativa da Constituição. No entanto, não há que se legitimar, com base em mera estatística, mutação constitucional que viole a Constituição, sobretudo em observância ao que foi dito acerca das limitações internas dessa modalidade de modificação.

Desse modo, diante dos pontos confrontados até aqui, tem-se que, segundo a Suprema Corte, o decreto prisional do réu pode se dá “meramente” pela confirmação da sentença condenatória em segunda instância, não havendo a necessidade de se indicar, por exemplo, cautelaridade, muito menos, o trânsito em julgado da decisão. Trata-se, pois, de uma prisão no limiar entre a prisão cautelar e a prisão-pena.

Diante de tal situação, cumpre destacar que só é possível ao Estado-juiz determinar prisão de quem quer que seja se houver previsão na lei. Felizmente, o princípio da legalidade estrita, que só admite interpretação restrita, deve vincular o Estado quando se trata da privação do direito de liberdade.

As hipóteses em que a lei autoriza a prisão de um indivíduo estão previstas no artigo 283 do Código de Processo Penal<sup>5</sup> (com redação alterada pela Lei n. 12.403/11) e podem ser divididas em duas categorias: prisão cautelar ou prisão provisória e prisão pena. O limite entre as duas espécies de prisão está justamente no advento do trânsito em julgado da sentença condenatória. Conforme já mencionado, a prisão cautelar se justifica para assegurar a sociedade e/ou o processo e a prisão-pena ocorre após o alcance do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Diante da clareza de tudo isso, parece fácil concluir que a decisão do STF aqui em discussão inaugurou mais uma modalidade de prisão para além das hipóteses previstas na lei processual penal, pois, de fato o decreto prisional do paciente no HC 126.292 se limita a bradar “expeça-se mandado de prisão” no acórdão que confirma a sentença condenatória.

Por outro lado, também fez parte dos argumentos suscitados pelo STF a questão de que a presunção de inocência, até o trânsito em julgado, configuraria porta aberta à prescrição e, conseqüentemente à impunidade.

A aludida expectativa existente ante a impunidade foi referida pelo STF de forma genérica e sem esclarecer em que ponto legitimaria uma mutação constitucional. Em seu artigo intitulado “Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico”, Aury Lopes Jr. (2016) assevera:

Aqui a discussão precisaria ir muito mais longe, mas convido o leitor a refletir sobre o seguinte: a que expectativas deve corresponder um julgamento? Expectativas sociais? Políticas? Econômicas? Jurídicas? Como se dá a gestão de expectativas no processo penal? Eis um tema complexo e importante.

Além do mais, a morosidade do Judiciário, seja por conta da falta de sistematicidade, seja devido ao excesso de processos, não pode servir de arrimo para uma alteração da normatização constitucional que despreste o seu núcleo essencial. Alternativas existem, a exemplo de mudanças nas normas processuais que regulam o processamento dos recursos interpostos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o aumento do

---

5 Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

número de juízes, a virtualização do processo criminal em todo o país, etc. A mutação inconstitucional do art. 5<sup>a</sup>, inciso LVII, da CRFB, a conferir significado normativo absolutamente fora do seu *programa normativo* e do seu núcleo essencial, definitivamente não é uma opção, a despeito de aparentar ser o caminho mais “fácil”.

Sem qualquer eufemismo, o Pretório Excelso criou, verdadeiramente, uma nova norma constitucional, no sentido que ninguém será considerado culpado até o advento de acórdão condenatório. Apesar de não ter sido modificada a literalidade do art. 5<sup>o</sup>, LVII, da CRFB, mudou-se totalmente o seu sentido por intermédio de mutação inconstitucional, ao arrepio de todos os limites a ela pertinentes.

Houve, portanto, mutação inconstitucional por conta da transgressão à cláusula pétreia arrolada no art. 60, §4<sup>o</sup>, na medida em que configurou clara regressão em matéria de direitos e garantias individuais, haja vista que se infringiu o núcleo essencial da presunção constitucional da inocência. Isso porque esse princípio tem o objetivo de salvaguardar os direitos e garantias fundamentais titularizados pelo réu ou indiciado. Frise-se que se trata de norma constitucional originária, sendo que, também por esse motivo, nem mesmo o Poder Constituinte Derivado poderia vir a alterá-la negativamente. Complemento referido entendimento, são as palavras de Daniel Wunder Hachem (2016, p. 8), que assim afirma:

O constituinte impôs essa proibição em um momento de lucidez, de amplo debate democrático, que contou com a participação dos mais diversos segmentos da sociedade, para evitar que súbitos emocionais experimentados por maiorias eventuais no Parlamento viessem a degradar a essência da Constituição. Se o poder reformador decidisse eliminar essas normas, teria de invocar o poder constituinte e criar uma nova ordem constitucional, pois a anterior não poderia sobreviver se lhe fossem retiradas essas disposições fundamentais. Eliminar uma cláusula pétreia é como retirar o coração do sistema constitucional, ferindo-o de morte.

Com base nisso, a presunção de inocência, sendo uma garantia individual, elencada no Título de Direitos e Garantias Fundamentais, só poderia ser alterada por uma Assembleia Nacional Constituinte, e não por Emenda, e muito menos por força de entendimentos jurisprudenciais.

Não obstante se tratar de entendimento não vinculante, na prática, mesmo que o tribunal *ad quem* que condenar o réu não determine o início do cumprimento da pena, o relator do recurso extraordinário no STF irá fazê-lo. Recrudescer-se, assim, a situação do acusado em processo penal, restringindo, indevidamente, garantia constitucional de que é titular.

Uma vez que se tenha atingido uma conquista em termos de direitos humanos, tal como a vedação da execução provisória da pena, vige o princípio da proibição do retrocesso, que, nas palavras do próprio STF, em áureos tempos, em tema de direitos fundamentais de caráter social, não se admite que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive:

A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. [...] Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão

ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011)

O Ministro Celso de Mello, ao se pronunciar sobre a questão, enfatizou que:

(...) o Supremo Tribunal Federal há de possuir a exata percepção de quão fundamentais são a proteção e a defesa da supremacia da Constituição para a vida do País, a de seu povo e a de suas instituições. A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal. Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal. Mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência. Quando esta Suprema Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução antecipada da condenação criminal, nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irrecorrível. Tenho para mim que essa incompreensível repulsa à presunção de inocência, Senhor Presidente, com todas as gravíssimas consequências daí resultantes, mergulha suas raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático.

Interessante notar, ainda, que o artigo 283 do Código de Processo Penal, por consequência da citada mutação constitucional do princípio da presunção de inocência, tornou-se, de forma superveniente, dispositivo inconstitucional ou dispositivo em não conformidade com a Constituição.

Eis o voto do Ministro Fachin no caso:

Voto por declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, que afasta aquela conferida pelos autores nas iniciais dos presentes feitos segundo à qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

Outrossim, cabe trazer a reflexão o fato de que a população carcerária possivelmente aumentará drasticamente com a adoção do referido entendimento, sendo que as condições dos presídios brasileiro é notoriamente deplorável, tendo sido, inclusive, atestado em julgado recente do STF.

Ao julgar as medidas cautelares requeridas na ADPF 347 MC/DF, a Suprema Corte deixou claro que a pavorosa estrutura das prisões brasileiras corresponde a um estado de coisas inconstitucional, tendo em vista a violação direta dos direitos fundamentais dos segregados. Todavia, à míngua desse entendimento, o STF, no HC 126.292/SP, consubstanciou mutação inconstitucional que potencialmente enviará milhares de pessoas ao cárcere, onde, segundo o próprio tribunal, os direitos e garantias individuais serão menosprezados.

Sob o aspecto inconstitucional decorrente do entendimento firmado pela Suprema Corte, cumpre salientar o tão asseverado por Lênio Streck, no artigo “Uma ADC contra a decisão no HC 126.292/SP — sinuca de bico para o STF!”, no sentido de que não teria sido concretizada uma mutação constitucional, visto que esta não pode fazer nascer uma nova norma que seja, ela própria, um novo texto (STRECK, 2016).

Houve, na realidade, uma mutação, mas uma mutação à míngua do núcleo essencial da Constituição Federal, uma vez que a presunção de inocência, como garantia fundamental, corolário do Estado Democrático de Direito, não admite condescendência. O Supremo Tribunal Federal não pode fragmentar a Constituição, que é uma conquista do cidadão. Deve, pelo contrário, ser o seu guardião e não o seu dono, mantendo sua unidade e coerência.

Diante dos argumentos elencados, é clara e evidente a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal desvirtuou completamente a norma presente no art. 5<sup>a</sup>, LVII, da CRFB/88. Empreendeu, explicitamente, mutação inconstitucional, violando todas as restrições intrínsecas a esse instituto, usurpando atribuições inatas ao Poder Constituinte Originário, vulnerando o regime democrático e, principalmente, todo o arcabouço de direitos e garantias fundamentais decorrentes da presunção constitucional de inocência.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presunção de inocência, conforme construção teórica formulada no decorrer do presente estudo, foi objeto de longa construção histórica, até que viesse a ser considerada como verdadeiro dever de tratamento em benefício de acusado ou indiciado, sobretudo na persecução penal.

O Princípio Constitucional da Presunção de Inocência se encontra previsto expressamente no art. 5<sup>o</sup>, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, especificamente no rol de direitos e garantias fundamentais, a consubstanciar inequívoca cláusula pétrea (art. 60, §4<sup>o</sup>, IV, da CRFB/88).

Referida norma constitucional foi consagrada pela doutrina como direito fundamental de primeira geração e difundido como opção política do Estado Democrático de Direito, garantindo ao indivíduo proteção contra o uso arbitrário do poder punitivo do Estado. Por conta disso, é um importante instrumento de garantia da liberdade e da dignidade humana, em sede de persecução penal.

Entretanto, no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal (STF) subverteu o núcleo essencial do artigo 5<sup>o</sup>, inciso LVII, da CRFB/88, ao entender que a presunção constitucional de inocência tem aplicabilidade apenas até o advento de acórdão condenatório proferido em segunda instância, a partir do qual a pena já poderia vir a ser cumprida, mesmo que provisoriamente.

Não obstante, o texto constitucional é claro ao asseverar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, denotando que o Princípio da Presunção de Inocência deve tutelar a liberdade do indivíduo até que lhe sobrevenha a irrecorribilidade da sentença penal condenatória.

Com base nisso, fica evidente o fato de que a Suprema Corte, incumbida da guarda da Lei Fundamental, ao alterar o sentido do referido dispositivo constitucional, criou uma nova norma mais prejudicial ao acusado, uma vez que modificou o termo final da presunção de inocência, que outrora foi instituído pelo Poder Constituinte Originário no trânsito em julgado na sentença penal condenatória, para o advento de acórdão condenatório.

Diante de tal questão, é sabido que o texto constitucional, que, em regra, é alterável mediante a observância das regras relativas ao processo legislativo de emendas constitucionais, não está imune as influências externas oriundas da realidade fática, de forma que subsistem processos informais de modificação da Constituição, dentre os quais se inclui a mutação constitucional, que dentre as modalidades existentes, destaca-se, no presente trabalho monográfico, a interpretativa, decorrente de decisão judicial.

No entanto, apesar da possibilidade de ocorrência de tal fenômeno mutacional, limites devem ser observados, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade. Apesar de tais limites não estarem todos previstos expressamente na Constituição Federal, haja vista que transcendem a própria Lei Maior, tem-se que a mutação constitucional, antes de tudo, deve estar em compatibilidade com o sistema constitucional no qual ela se insere. Desse modo, o próprio regime democrático pode servir de limitador, a soberania popular e, principalmente, as cláusulas pétreas, uma vez que protegem o núcleo essencial da constituição.

Com base nisso, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Carta Magna, não poderia ter proferido uma decisão ao arrepio do clamor público, pela sensação de impunidade da população, visto que o juiz no processo penal tem como dever, e não como faculdade, zelar, da melhor maneira possível, pela eficácia das garantias e os direitos fundamentais da Constituição, a fim de conceder ao acusado um julgamento justo.

Ainda que alguns entendam que a nova orientação do Supremo Tribunal Federal constitua um avanço no combate à “impunidade” e sirva como instrumento para a “redução da criminalidade”, percebe-se que a modificação do entendimento, que prevalece até então, constitui um verdadeiro ataque à garantia fundamental da presunção de inocência.

Além do mais, a instabilidade política a qual o país está passando não pode ser visto como um parâmetro legítimo para mudanças tão drásticas e retroativas dos direitos fundamentais positivados na Constituição brasileira.

Dessa forma, defender que essa medida encontra fundamento na chamada mutação constitucional, não parece a posição mais acertada. Não existe possibilidade de se defender que o combate à impunidade e à imoralidade administrativa, intensificado nos últimos anos, tenha propiciado uma inovação constitucional dessa amplitude, vulnerando o próprio espírito da norma constitucional.

Ademais, ao que parece, a presunção de inocência não é a única atacada, mas também o próprio Princípio da Legalidade e da Supremacia da Constituição Federal (CF), pois se ao STF cabe a guarda da CF, não lhe cabe, sob o preceito da mutação constitucional, extinguir caríssimos princípios fundamentais.



## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais da construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de Inocência no Processo Penal*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. rev. e atual. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 126.292*. Rel. Ministro Teori Zavascki, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-pres-depois-decisao.pdf>>. Acesso em: set. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BULOS, Uadi Lamêgo. *Costume Constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.33 n.131 jul./set. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176479/000512740.pdf>>. Acesso: 08 set. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais* [recurso eletrônico]. 2. ed. Osasco: EdiFIEO, 2015. Disponível em: <[http://www.unifieo.br/pdfs/e-Book%20Processos%20Informais%20de%20Mudan%C3%A7a%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o\\_01-09-2015.pdf](http://www.unifieo.br/pdfs/e-Book%20Processos%20Informais%20de%20Mudan%C3%A7a%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o_01-09-2015.pdf)>. Acesso: 12 set. 2018.

HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). *Direito do Estado*, n.86, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: set. 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico*. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 28 set. 2018.

RÊGO, Carolina Noura de Moraes; GOMES, Luís Roberto. *Princípio da presunção de inocência ou de não-culpabilidade: estudo crítico do seu sentido, alcance e consequências como direito fundamental de tratamento jurídico-constitucional garantístico*. Disponível em: <[http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luis\\_Roberto\\_Gomes/Presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20Inoc%C3%Aancia%20-%20Carol%20-%20Luís%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf](http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luis_Roberto_Gomes/Presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20Inoc%C3%Aancia%20-%20Carol%20-%20Luís%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2018.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 2000.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Interpretação Constitucional*. Brasília-DF, 1998. Disponível em: <[http://www.geocities.ws/nec\\_uniceub/MonografiaInterpretacaoConstitucional.pdf](http://www.geocities.ws/nec_uniceub/MonografiaInterpretacaoConstitucional.pdf)>. Acesso em: set. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. Rev. Malheiros. São Paulo, 2000.

STRECK, Lênio. *Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 - sinuca para o STF!* 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

---

**Recebido em:** 18/10/2019

**Aprovado em:** 30/08/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Áttila de Alencar Araripe; ARAÚJO, José Fábio Silva. A mutação (in)constitucional do princípio da presunção de inocência: uma análise acerca das consequências da mudança de entendimento do STF. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.37, p.94-114, jan./abr. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/09/DIR37-06.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# RESTAURANDO A ESPERANÇA: O DIREITO À EDUCAÇÃO E A JUSTIÇA RESTAURATIVA ESCOLAR COMO FORMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO E RESSOCIALIZAÇÃO DO JOVEM INFRATOR

## RESTORING HOPE: THE RIGHT TO EDUCATION AND SCHOOL RESTORATIVE JUSTICE AS WAYS OF RESPONSIBILITY AND RESOCIALIZATION OF THE YOUNG OFFENDER

Gabriele Delsasso Lavorato Manfré<sup>1</sup>  
Eluane de Lima Corrales<sup>2</sup>  
Ilton Garcia da Costa<sup>3</sup>

**RESUMO:** Este trabalho tem por finalidade apresentar as nuances da Justiça Restaurativa, especialmente quando aplicada como forma de ressocialização do adolescente infrator. Trata-se, em verdade, de um método alternativo de solução de conflitos que tem ganho espaço por todo o país, através da adoção de medidas voltadas a coibir o conflito e a violência em diversos ambientes, a partir do conceito de corresponsabilidade social do crime. Partindo de tais premissas surge a indagação: que medidas poderiam ser aplicadas, no contexto da educação, para que o Estado e a sociedade proporcionassem a conscientização, a ressocialização e a inclusão do jovem infrator, bem como a prevenção de condutas violentas? Dessa forma, neste artigo se buscará fomentar a discussão sobre a pertinência da aplicação da Justiça Restaurativa na seara infantojuvenil, inclusive no ambiente escolar, tecendo considerações inicialmente acerca do direito da criança e do adolescente, bem como da garantia constitucional à educação, sua situação jurídica dentro do ordenamento brasileiro e outros aspectos. Por fim, o trabalho discorrerá sobre a Justiça Restaurativa no contexto criminal infracional e a possibilidade de sua aplicação, tendo como consequência a ressocialização e a inclusão social do jovem infrator. Através dos métodos de abordagem indutivo e qualitativo, com método de procedimento bibliográfico, conclui-se que a aplicação das práticas restaurativas no ambiente escolar contribui inexoravelmente para que a Educação e a Justiça exerçam suas funções precípuas, quais sejam, pedagógica, social e libertária

**Palavras-Chave:** método de solução de conflitos; direitos fundamentais; direito à educação; ressocialização; inclusão social.

**ABSTRACT:** This paper aims to present the nuances of Restorative Justice, especially when applied as a form of resocialization of adolescent offenders. It is, in fact, an alternative method of conflict resolution that has been gaining ground throughout the country, through the adoption of measures aimed at curbing conflict and violence in various environments, based on the concept of social co-responsibility of crime. From these premises the question arises: what measures could be applied, in the context of education, for the State and society to provide awareness, resocialization and inclusion of the young offender, as well as the prevention of violent conduct? Thus, this article will seek to foster the discussion on the relevance of the application of Restorative Justice in children and youth, including the school environment, making considerations initially about the rights of children and adolescents, as well as the constitutional guarantee of education, their legal status within the Brazilian order and other aspects. Finally, the paper will discuss Restorative Justice in the criminal offense context and the possibility of its application, resulting in the resocialization and social inclusion of the young offender. Through the inductive and qualitative approach methods, with bibliographic procedure method, it is concluded that the application of restorative practices in the school environment inexorably contributes for Education and Justice to perform their primary functions, namely, pedagogical, social and libertarian.

**Keywords:** conflict resolution method; fundamental rights; right to education; ressocialização; social inclusion.

1 Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Integrante dos Grupos de Pesquisa "Os Reflexos das Opções do Poder Público na Vida das Pessoas" e "Globalização e os Reflexos Jurídicos". Servidora do Ministério Público do Estado do Paraná.

2 Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduanda em Direito Público. Servidora da Câmara Municipal de Ribeirão do Pinhal/Paraná. Advogada.

3 Graduado em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA).

4 Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Mestre em Administração pelo UNIBERO. Professor do Programa de Doutorado, Mestrado e Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Membro do Comitê de Área da Fundação de Apoio à Pesquisa do Estado do Paraná (Fundação Araucária). Líder do Grupo de Pesquisa/Investigação em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais (GPCERTOS) da UENP. Avaliador Institucional e de Cursos pelo MEC/INEP. Matemático, Advogado.

## 1 INTRODUÇÃO

A cada dia a problemática da delinquência infantojuvenil aumenta. A partir da prática do ato infracional o jovem infrator fica à mercê da aplicação das medidas socioeducativas, as quais, mesmo possuindo um caráter pedagógico, não proporcionam uma reflexão profunda e direcionada, a partir da violência cometida.

Tais conflitos poderiam obter respostas mais concretas, a partir do envolvimento e do encontro dos vários responsáveis, bem como da análise dos diversos fatores que ocasionam a realização de tais atos. Tais partícipes, embora com atuação indireta, podem ser a família, a escola, a comunidade, dentre outros indivíduos e instituições que possuem influências na construção da personalidade de uma pessoa.

A partir deste cenário surge a indagação: que medidas poderiam ser aplicadas para que o Estado e a sociedade proporcionassem a conscientização, a ressocialização e a inclusão do jovem infrator, bem como a prevenção de condutas violentas?

Uma alternativa para a melhor compreensão do mal causado, para a realização do diálogo com o outro, para a aferição de responsabilidades e para a reparação do dano pode ser a aplicação da Justiça Restaurativa, em especial quando desenvolvida no ambiente escolar.

Tendo origem na cultura de povos ancestrais, a Justiça Restaurativa vem sendo resgatada e novamente aplicada nos conflitos existentes na sociedade, possuindo destaque para a resolução de controvérsias no âmbito dos atos infracionais. Possui ainda um importante papel ao ser aplicada em conflitos escolares, proporcionando maior integração entre toda a comunidade escolar, aproximando escola, professores, alunos e famílias, tornando o direito à educação propulsor do resgate da participação da família e da sociedade nas atividades institucionais pedagógicas.

O artigo apresenta-se sob os métodos de abordagem indutivo e qualitativo, com método de procedimento bibliográfico. Para tanto, foi realizada análise do direito à educação, com enfoque para a disseminação da educação jurídica no ensino fundamental e médio, com o objetivo de formação de cidadãos conscientes de seus deveres e direitos. Para tal disseminação, a Justiça Restaurativa Escolar pode ser utilizada, na resolução de conflitos escolares, como um instrumento que possui como objetivo a busca pela responsabilização e a aplicação de diversos princípios previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida foi apresentado considerações teóricas e práticas acerca da Justiça Restaurativa, como aspectos históricos e aplicações na seara escolar, bem como na aplicação a jovens infratores, tendo como consequência maior ressocialização.

## 2 O DIREITO À EDUCAÇÃO E SEU CARÁTER FORMADOR DA ÉTICA DO INDIVÍDUO

A Constituição Federal de 1988 trouxe ao ordenamento jurídico grande relevância ao tema dos direitos fundamentais, já que reservou aspectos específicos a estes direitos, dentre eles, a proteção da dignidade humana.

Dessa forma, no aspecto geral, a fundamentalidade destes direitos está ligada a preponderância da dignidade humana, bem como a ideia de que esta deve ser “o objeto de respeito e proteção por parte do Estado e da comunidade” (SARLET, 2008, p. 122).

Para Ingo Sarlet (2008, p.36), direitos fundamentais “são os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.” De igual modo, Paulo Bonavides (2005, p. 560) corrobora com este entendimento

ao afirmar que os direitos fundamentais são aqueles que a ordem jurídica qualifica como tais. Apontando distinções entre direitos humanos e direitos fundamentais, Vladimir Brega Filho narra que:

(...) embora muitos direitos humanos possam ter o mesmo conteúdo dos direitos fundamentais, o certo é que os primeiros são mais amplos e imprecisos, enquanto os direitos fundamentais possuem um conteúdo mais restrito e preciso, pois estão limitados aos direitos reconhecidos pelo direito positivo de determinado povo (BREGA FILHO, 2002, p. 73).

Assim, resta claro que os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e protegidos para garantirem uma vida de acordo com o princípio constitucional da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil e valor-fonte, dos quais emanam todos os outros direitos.

É mister colacionar as lições de José Afonso da Silva:

Proteção constitucional da dignidade humana – Portanto, a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo sua existência e sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional. Repetiremos aqui o que já escrevemos de outra feita, ou seja, que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir a ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trata de direitos econômicos, sociais e culturais.” (SILVA, 2007, p.38-39).

Constata-se não ser por acaso as inovações trazidas pela Constituição Cidadã, isto porque a relação entre a proteção dos direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito é justamente a promoção da paz. Nesse sentido, Norberto Bobbio:

(...) direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos (BOBBIO, 1992. p. 1).

Os direitos fundamentais, positivados no ordenamento jurídico brasileiro, estão dispostos ao longo da Constituição Federal, especialmente em seu artigo 5º, cuja origem resultou das atrocidades e desrespeito aos direitos intrínsecos do indivíduo vivenciados pela história brasileira, constituindo o todo “Estado Democrático e Social de Direito”.

Nesta ótica, os direitos fundamentais, por assim dizer, são a base e o fundamento de

um Estado que se diz Democrático e Social de Direito, através de conquistas alcançadas no avanço e requalificação democrática desse Estado, de modo que

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. (...) Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo (CANOTILHO, 2003, p. 338-339).

A Constituição, traz uma conquista política, social, econômica e fraternal, de modo que os direitos fundamentais passam a operar como a garantia do avanço, então obtido, verdadeira interdição ao retrocesso. Vale dizer, não reflete apenas o “ser”, mas também um “dever-ser”, o qual em liame com um contexto sócio-histórico e cultural tem por escopo transformar a realidade através da efetivação de preceitos de Justiça.

Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição Jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas as expressões de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade político e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da relação entre ser (Sein) e dever ser (Sollen) (HESSE, 1991, p. 24).

Uma vez garantidos pelo legislador, deve-se evitar o esvaziamento do conteúdo desses direitos decorrentes de restrições descabidas, desnecessárias ou desproporcionais, haja vista que o fato de os Direitos Fundamentais estarem previstos na Constituição Federal é que os tornam parâmetros impositivos de organização e de limitação de atuação dos poderes constituídos, sendo sempre a vinculação de um dogma principiológico de aplicação impositiva e imediata, conforme dispõe o §1º do art. 5º da Constituição Federal.

Assim, o constituinte delineou uma série de direitos, essenciais, elementares e básicos visando assegurar uma vida digna a todos os cidadãos, dentre os quais, saúde, moradia, trabalho, segurança, educação, lazer, maternidade, infância, previdência entre outros.

Em relação ao direito à educação, é reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro como um direito social. Sua previsão encontra-se no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 e determina que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

De igual modo, não só como direito fundamental social, no artigo 205 da Constituição Federal tem-se que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988).

Ainda, no artigo 227, afirma objetivamente, que é

dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

A garantia de acesso à educação no Brasil também é bem delimitada pela legislação infraconstitucional, a exemplo da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, ao dispor em seu artigo 2º que “a educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1996).

A análise dos dispositivos constitucionais que concebem a educação como direito social, além dos dispositivos da legislação infraconstitucional sobre a temática, evidenciam, a centralidade que a educação, enquanto direito público subjetivo, exerce na própria estrutura do Estado e na vida de cada um dos cidadãos.

Até porque, “o homem não nasce racional, ele se torna racional a ter acesso a um sentido partilhado com os outros homens. Cada sociedade humana é assim, à sua maneira, o professor primário da razão” (SUPOIT, 2007, p.08), restando claro a imprescindibilidade da educação como realização da própria condição humana.

Maurício Saliba esclarece, através do pensamento de Geertz:

(...) a criação de sistemas simbólicos é específica dos humanos e tem por finalidade criar uma ordem nas coisas que afaste o medo nato do caos e do desconhecido. Inevitavelmente a transmissão desses símbolos se dá por um processo de educação que fornece a todos os membros da comunidade os valores que nortearão sua vida. Ser humano significa criar símbolos, valores, crenças e transmiti-los às gerações futuras. Não seria possível aos humanos sobreviverem sem esse processo de conhecimento de geração para geração (2006, p. 13).

Tratar sobre o direito à educação é evidenciar que a atividade educacional não deve ser confundida com a mera instrução técnica, mas sim englobar tudo quanto necessário para a completa formação ética do indivíduo. Nas palavras de Paulo Freire:

(...) transformar a experiência educativa em puro treinamento técnico é amesquinhar o que há de fundamentalmente humano no exercício educativo: o seu caráter formador. Se se respeita a natureza do ser humano, o ensaio dos conteúdos não pode dar-se alheio à formação moral do educado. Educar é substancialmente formar (FREIRE, 2007, p. 33).

Nesta perspectiva, a completa formação ética do indivíduo engloba o conhecimento de diversos ramos, inclusive do próprio direito. Isto porque, “o Direito é a ciência do conviver e, portanto, nada mais lógico que suas regras sejam efetivamente conhecidas para que possam produzir uma vida harmoniosa (...)”, já que “a função precípua do Direito no Estado democrático é a ordenação da vida em sociedade, de modo a realizar a dignidade humana e a cidadania de todos os seus membros (...)” (ARANÃO, 2014, p. 131).

Assim, o direito fundamental à educação tem como corolário a essencialidade de acesso por todo cidadão à educação jurídica, consistindo, ao todo, em instrumento concretizante da dignidade humana e da cidadania, de modo a conhecer seus direitos e deveres na esfera social.

A legislação brasileira trouxe, através da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu artigo 27, inciso I, que o currículo do ensino básico deve contemplar disciplina destinada à difusão dos direitos e deveres do cidadão, o que demonstra mais uma vez que o direito fundamental à educação desdobra-se em nuances mais profundas do que a simples transmissão técnica de conhecimento.

Para Adriano Aranão

O Direito não é apenas a ciência do dever-ser, pois de nada adiantam belas palavras que permanecem presas na garganta ou que não passam de tinta no papel. As reflexões jurídicas devem ser contextualizadas no mundo real para que possam produzir transformações reais e necessárias para a garantia da dignidade humana e cidadania de todos os cidadãos. O Direito é o fenômeno da alteridade e, portanto, não há espaço legítimo para a ciência jurídica onde não haja o reconhecimento e o respeito pelo outro (ARANÃO, 2014, p.159-160).

Desse modo, faz-se necessário compreender o direito à educação, lato sensu, como parte de um amplo projeto de Estado, o qual deve englobar à educação jurídica desde o ensino básico, mediante políticas públicas que sejam capazes de implementá-lo efetivamente, como previsto no plano formal, vez que a concretização destes direitos “visam a oferecer meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais” (TAVARES, 2007, p. 428).

O entendimento de Thomas Marshall é de que

A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania, e, quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, este tem em mente, sem sombra de dúvida, as exigências e a natureza da cidadania. Está tentando estimular o desenvolvimento de cidadãos em formação. O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva. Basicamente, deveria ser considerado não como o direito da criança frequentar a escola, mas como o direito do cidadão adulto ter sido educado (MARSHALL, 1967, p.73).

Resta evidente o dever do Estado em criar as condições necessárias para a efetivação do direito à educação, inclusive jurídica, sobretudo às crianças e adolescentes já no ambiente escolar, dever este com ampla disposição legislativa acerca dos contornos e alcance desse direito, como exigência do Estado Democrático de Direito e objetivo a ser atingido pelos diversos setores da sociedade, ainda que paulatinamente.

Ademais, a efetivação da educação jurídica pode e deve ser implementada nas escolas, inculcando nos alunos, desde cedo, noções de direitos, deveres e respeito. Dessa maneira, um instrumento que pode ser utilizado para o alcance de tal finalidade é a Justiça Restaurativa, prática milenar que está ressurgindo com o objetivo da busca pela responsabilização, tendo o ambiente escolar como um fértil campo de aplicação.

### **3 JUSTIÇA RESTAURATIVA: CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS E APLICAÇÃO NO CONTEXTO CRIMINAL INFRAACIONAL**

Os períodos correspondentes entre a infância e a adolescência perfazem o momento mais crítico do crescimento humano, vez que são nessas fases que as crianças e, em especial, os adolescentes estão em busca de sua identidade própria, de sua autodefinição, para chegar, enfim, à maturidade. Trata-se de um período perturbado, desordenado, em que impera em alguns casos a rebeldia, comportamentos estranhos e o distanciamento familiar e social.

Por se tratar de um intervalo conflituoso da vida do indivíduo, sendo mais que simples fase intermediária entre a infância e a fase adulta, a possibilidade do jovem ingressar no mundo do crime é muito maior devido a sua vulnerabilidade temporária e o momento de culminância de fixação da identidade da personalidade humana.



Considerando, pois, a condição de pessoa em desenvolvimento da criança e do adolescente, surge o ECA, pela Lei 8069/90, como forma de reconhecimento dessa fragilidade e proteção integral, de modo a assegurar-lhes um desenvolvimento moral, físico, psíquico e social, condizente a dignidade humana, tornando-lhes pessoas aptas a conviver em sociedade.

Nesse viés, em análise às atitudes perpetradas pelos infantes nesta fase da vida, pode-se dizer que ato infracional consiste na conduta descrita como crime ou contravenção penal praticada pela criança ou adolescente, conforme predispõe o artigo 103 da Lei 8069/90.

Ao analisar o conceito doutrinário e predominantemente aceito para crime, observa-se que este é considerado um fato típico, antijurídico e culpável. Desta feita, ante a definição trazida pelo supracitado dispositivo legal, tem-se que pelos menores é possível o cometimento de delitos, todavia, não preenchem o requisito da culpabilidade, no qual compõe a imputabilidade.

Esclarecem Garcia e Rocha:

Crime é fato típico, antijurídico e culpável. Um dos elementos que compõem a culpabilidade é a imputabilidade, ou seja, uma pessoa inimputável (que não possui imputabilidade) não comete crime. Nosso sistema jurídico estabelece que o menor de 18 anos é inimputável e está sujeito à legislação especial, precisamente o estatuto da Criança e do Adolescente (CR, art. 228; CP, art. 27; Estatuto, art. 104). (GARCIA; ROCHA, 2012, p.237).

Assim, por envolver pessoas inimputáveis, tecnicamente o injusto cometido por criança ou adolescente denomina-se ato infracional, análogo a crime ou contravenção, diferenciando os menores infratores dos adultos, vez que não se pode dispensar o mesmo trato punitivo as duas distintas classes de sujeitos de direitos.

É nesta perspectiva que a legislação apresentou as medidas socioeducativas como resposta aos executores de atos infracionais (artigo 112, incisos I ao VI do ECA), a serem aplicadas numa ótica multidisciplinar sobre o comportamento do infrator, de modo a aferir suas particularidades que em muito se diferem quando comparadas ao adulto.

Noutro giro, é cediço alinhar que, não obstante as tentativas do legislador em criminalizar as ações do homem e conter o discurso do medo, as desigualdades estruturais e sociais no cenário brasileiro atual vêm conduzindo a quadros de violência e intolerância cada vez mais abrangentes, não só aos estratos sociais, mas também aos estratos etários, como se denota pelo aumento de condutas infracionais por adolescentes.

Visto isso, o instituto da Justiça Restaurativa vem ganhando força neste cenário, buscando formas de reconstruir o tecido social das relações humanas afetadas pela prática de crimes, pela própria violência. Possui suas origens na tradição de povos aborígenes. Na Nova Zelândia, teve berço na comunidade aborígene Maori, na qual todos os conflitos eram solucionados através da reunião com toda a comunidade (GONÇALVES, 2015, p. 68).

Já nos Estados Unidos, ganhou destaque após a década de 1970, a partir das práticas do povo Navajo, tribo indígena da América do Norte, a qual envolvia toda a comunidade indígena na restauração de conflitos, procurando levar em consideração as necessidades de todos os envolvidos. Acreditavam que, se a situação de dano não fosse corrigida por todos, a comunidade estaria passando por um processo de autodestruição (ASSUMPÇÃO; YAZBEK, 2014, p. 44). Nesta senda, pode-se considerar que, embora seja um instituto novo no Direito, a Justiça Restaurativa é uma prática ancestral, a qual está tendo seus princípios resgatados e reaplicados na atualidade.

O termo “Justiça Restaurativa”, por sua vez, possui origem nos estudos do psicólogo

americano Albert Eglash, em 1977, dos quais resultou o título “Beyond Restitution: creative restitution” (BIANCHINI, 2012, p. 88). Em suas pesquisas, estudava a aplicação de uma forma terapêutica para a reabilitação de indivíduos que cometiam crimes, com a finalidade da busca pelo perdão e da reparação dos danos ocasionados. Defendeu ainda, que existiam três respostas para o crime, sendo elas a retributiva, a qual seria baseada na punição; a distributiva, a qual visava a reeducação; e, por fim, a restaurativa, cujo objetivo seria a reparação (ASSUMPTÃO; YAZBEK, 2014, p. 47).

O conceito de Justiça Restaurativa não é pacífico na doutrina, e, no Brasil, encontra-se em transformação, sendo que, algumas práticas, têm demonstrado a possibilidade de resolução do conflito por meio do diálogo, do empoderamento dos desprivilegiados e da participação ativa da sociedade na busca de novas formas de reparação e reabilitação, ao contrário da aplicação ímpar do ato punitivo.

Nas palavras de César Barros Leal:

(...) A Justiça Restaurativa se torna imperativa, como opção alternativa ou complementar à tradicional, seja para refrear o crescimento do direito penal, seja para assegurar uma solução menos morosa, mais econômica, humana e eficiente aos conflitos gerados por delitos, sobretudo os de pequena gravidade (exceto os insignificantes, de bagatela, sem relevância penal) sem excluir os de mediana e de alta envergadura (LEAL, 2014, p.46).

Por assim dizer, a finalidade da Justiça Restaurativa ultrapassa a seara de ressarcimento econômico do dano causado, pois o processo de reparação está ligado à restauração dos laços sociais entre a vítima e ofensor, entre a vítima e a comunidade e, por fim, entre o ofensor e a comunidade.

Howard Zehr menciona os três elementos constitutivos deste instituto:

(...) os danos e as conseqüentes necessidades (de vítimas em primeiro lugar, mas também da comunidade e ofensores); as obrigações (do ofensor, mas também da comunidade) que advêm do dano (e que levaram ao dano); e o engajamento daqueles que detêm legítimo interesse no caso e na sua solução (vítimas, ofensores e membros da comunidade) (ZEHR, 2012, p. 36).

Assim, a aplicação desta esfera da Justiça se resume, basicamente, na convergência de interesses e na percepção da vítima, ofensor e comunidade, de uma solução justa e ideal para a reconstrução das relações interpessoais daqueles envolvidos na lide.

No Brasil, as práticas restaurativas podem ser aplicadas paralelamente ao sistema judiciário, tendo aplicação mitigada em decorrência da limitação de sua aplicação às lides alcançadas pelo princípio da oportunidade. Desta forma, possui maior aplicação em conflitos interpessoais, familiares, escolares e em conjunto com as medidas socioeducativas. No ano de 2016, a Justiça Restaurativa ganhou novo impulso e incentivo no Brasil com a aprovação da Resolução nº 225, do Conselho Nacional de Justiça, a qual reúne normatizações de Tribunais que já aplicam as práticas restaurativas, estimulando sua aplicação em todos os Tribunais do país.

Considerando as peculiaridades da Justiça Restaurativa e seu avanço no Brasil, depreende-se, por conseguinte, uma alternativa viável e com grande potencial de sucesso no tocante à solução dos entraves jurídicos na área da Infância e Juventude. É cediço que, hoje, vive-se um período de liquidez, em que o discurso do medo é constantemente explorado pela mídia, fomentando o expansionismo do Direito Penal, o qual surge como vedete para acalmar o clamor social, mas olvida-se que sua utilização imoderada o transforma em um

mecanismo de clivagem social, atuando de forma seletiva contra indivíduos pré-selecionados – contribuindo para a criminalização da juventude pobre e negra.

Assim, a aplicação da Justiça Restaurativa no contexto infantojuvenil significa proporcionar um olhar diferente ao sistema formal da justiça penal dos menores, de modo a efetivar os ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente no que se refere à proteção integral, resguardo à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, bem como, fornecer resposta satisfatória aos anseios punitivistas inflamados na sociedade. Tal aplicação é permitida no Brasil, por meio da Lei n 12.594/12, a qual instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), onde ressalta que a execução de medidas socioeducativas será regida pela prioridade de aplicação da Justiça Restaurativa (BRAGA, 2014, p. 46).

Nessa seara, corrobora o entendimento de Aída Kemelmajer (2011), de que o sistema formal da justiça penal dos menores

não serve: ninguém ganha, todos perdem. Perde o ofensor porque ingressa num sistema estigmatizante que não o reconcilia consigo mesmo, o afasta de seus afetos, e continua sendo um excluído da sociedade. Perde a vítima porque sendo afetada diretamente, clama como Quixote contra moinhos de vento e aprofunda sua condição de vítima. Perde o Estado porque gasta ingentes somas de dinheiro num sistema deficiente. Perde a sociedade porque contamina seu corpo com sentimentos de injustiças, infelicidade e insegurança (...).

Então, tal instituto pode e deve ser aplicado no contexto infracional, sempre quando seja possível, como forma de se fazer valer os ditames da legislação menorista, enfatizando o caráter educativo do sistema penal juvenil, com proteção específica, diferenciada e real em favor das crianças e adolescentes.

Ademais, na perspectiva do adolescente infrator, é importante que o mesmo reflita sobre sua conduta e responsabilidade no delito, de modo a reparar o dano causado, não pelo temor à penalidade, mas sim pela confrontação de suas consequências sobre o outro indivíduo, sobre o corpo social, em um cenário em que todos são sujeitos de direitos.

Se assim for, através do diálogo restaurativo, no tripé ofensor-vítima-comunidade, sem sombra de dúvidas se restaurará a esperança quanto à melhoria no quadro de violência brasileira, ainda que, inicialmente, na seara infantojuvenil, posto que, com a postura ativa de cada integrante no processo de reflexão sobre a conduta perpetrada, inexoravelmente, será possível gerar espaços de segurança e reintegração da vítima, ofensor e sua família, rompendo com estigmas e preconceitos capazes de ocasionar a exclusão social e novas vitimizações.

Nesse sentido:

(...) enquanto que na justiça ordinária, tradicional, positivista se culpa o autor da ofensa (punitur quia peccatum est), estigmatizando-o às vezes por toda a vida, nas práticas restaurativas, expressões de uma reação humana e equilibrada ao crime, recorre-se ao diálogo pacífico e se dá atenção a três aspectos essenciais: a responsabilização do autor, a reparação do mal causado (o pacto ressarcitório assume um papel estelar no processo) e a reintegração do culpado na sociedade. Nesta ordem de ideias, restabelecem-se os enlaces sociais, fortalecendo-se a segurança jurídica e cidadã (...) (LEAL, 2014, p.247-248)

Vale ressaltar, também, a imprescindibilidade do direto à educação para a aplicação da Justiça Restaurativa. Isso porque, a educação carrega consigo as balizas da formação da personalidade e ética do indivíduo, consistindo na própria ciência do conviver em meio social

e, portanto, instrumento concretizante da dignidade humana e da cidadania.

#### **4 JUSTIÇA RESTAURATIVA NAS ESCOLAS: EDUCAÇÃO E RESPONSABILIZAÇÃO**

Considerando que muitos conflitos envolvendo o público infantojuvenil se iniciam no ambiente escolar, a utilização do instituto da justiça restaurativa no estabelecimento de ensino configura uma possibilidade de interação, composição dos problemas e conscientização desses jovens, uma vez que, tal prática, estimula o diálogo e ajuda na construção de valores das crianças e adolescentes - o que muitas vezes não se faz presente no núcleo familiar - influenciando em sua formação como pessoa e cidadão, através da sensibilização, análise das circunstâncias do conflito, reflexão sobre os erros e acertos, em um processo de autoconhecimento.

Dessa maneira, a aplicação da Justiça Restaurativa em escolas, como forma de resolução e prevenção de conflitos e violências, deve ser resultado de uma relação de intercomunicação entre escola, alunos, pais e comunidade. Ademais, a instituição escolar possui papel fundamental na construção de cidadãos. Embora não seja ela a única responsável pelo processo educacional e de formação social de cada indivíduo, é nela em que ocorre o desenvolvimento de cada aluno.

É nas escolas em que as crianças fazem seus primeiros laços de amizade e são apresentadas a um mundo de individualidades e diversidades. Com a implantação da Justiça Restaurativa nas escolas, seria ofertado a toda a comunidade escolar um sistema dialógico, no qual o diálogo seria a grande ferramenta para a resolução de conflitos e para a restauração de danos, proporcionando o aprendizado dos princípios restaurativos, desde as séries iniciais.

Nesse sentido, Eduardo Rezende Melo (2014, p. 16). assevera que o sistema educacional é aplicado em sua forma tradicional, primando pela aplicação de métodos punitivos e estigmatizadores, os quais não previnem práticas de indisciplinas, nem mesmo o cometimento de atos infracionais. Reitera, assim, a importância da instauração de círculos restaurativos, por meio do modelo dialógico e democrático, como meios simples e efusivos para a reeducação de escolas, educadores e alunos.

A Justiça Restaurativa pode ser abordada de diversas formas nas Escolas, desde o ensino dos princípios restaurativos até a realização de círculos e encontros, guiados por um facilitador. Tais círculos podem ser realizados em vários seguimentos, como círculos de pais, alunos, equipe pedagógica e até mesmo círculos de toda a comunidade escolar (PETRESKY; MARKOVITS, 2014, p. 214). Porém uma modalidade que está apresentando resultados promissores é a aplicação de círculos de classe. Por meio destes, os conflitos estão sendo resolvidos dentro das próprias salas de aulas, sem a necessidade de encaminhamentos a demais autoridades.

Dora Petresky e Joyce Rososchansky Markovits, fazem observações positivas acerca da realização de círculos de classes restaurativos:

Por ter como princípios a escuta de todos e o diálogo horizontal, o círculo de classe torna-se um espaço de poder compartilhado na escola, minimizando o caráter hierárquico e centralizador que caracteriza a gestão escolar. [...] O círculo de classe ajuda a trabalhar com a indisciplina, como também com os problemas mais sérios, incluindo a violência e o bullying, uma vez que a disciplina punitiva tradicional não tem dado conta de gerar caminhos positivos para a mudança de comportamento dos estudantes, assim como não consegue fazer frente à situação de quebra de regras de convivência social em nossas escolas (PETRESKY; MARKOVITS, 2014, p. 214).

Tais círculos de classe pertencem ao primeiro nível de aplicação, o qual é direcionado à reafirmação de relações. Esse nível primário é caracterizado por estratégias de sensibilização sobre as técnicas da justiça restaurativa, principalmente por sua aplicação por meio de diálogos apreciativos. O ambiente informal da sala de aula é o ideal para a aplicação deste nível, possuindo também uma finalidade preventiva, evitando que pequenas controvérsias se convertam em violências. Já o segundo nível (nível secundário) é destinado à reconstrução de relações e o terceiro nível (nível terciário), possui como objetivo a reconstrução dos laços afetivos entre os envolvidos no conflito (VASCONCELOS, 2016, p. 149).

Porém, a inserção das práticas restaurativas nas escolas não é tarefa fácil. Isto porque, o sucesso da aplicação da Justiça Restaurativa no ambiente escolar, depende de vários fatores, dentre eles o comprometimento de toda a equipe pedagógica, e o principal: todos devem acreditar no potencial das práticas restaurativas. Nesse sentido, Carlos Eduardo de Vasconcelos (2016, p.143) ressalta que “o comprometimento da direção da escola é indispensável. Ela deverá estar apoiada por uma política pública em nível de Secretaria de Educação”.

Ademais, tal comprometimento também deverá ser observado nas famílias dos alunos, nos conselhos tutelares, nas autoridades do Poder Judiciário, Conselhos Municipais, bem como em todos os atores que poderão estar envolvidos com as atividades de aplicação da Justiça Restaurativa.

Nesta senda, a implementação da Justiça Restaurativa nas Escolas deve ocorrer por meio de estratégias, abordagens práticas e ferramentas (EDNIR, 2007, p. 51). Tal exemplo de implementação bem sucedida é o Projeto Justiça e Educação em Heliópolis e Guarulhos, no Estado de São Paulo. Várias atividades lúdicas foram aplicadas nas escolas participantes, dentre elas, teatros e dinâmicas.

De um modo geral, esse método alternativo de solução de conflitos tem ganho espaço por todo o país, através da adoção de medidas voltadas a coibir o conflito e a violência em diversos ambientes, a partir do conceito de corresponsabilidade social do crime. Resta evidente a pertinência da aplicação deste instituto na seara infantojuvenil, inclusive e principalmente no ambiente escolar, como forma de ressocialização e inclusão social do jovem infrator já na base do sistema, como mecanismo de prevenção primária, pois, nos dizeres de Joanice Maria Guimarães de Jesus, “ao se irradiarem os programas de justiça restaurativa, tanto em meios propriamente criminais quanto nos meios escolares, o que se está buscando é a chamada cultura da paz” (2016, pg. 261).

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Na celeuma apresentada, verifica-se que a temática da aplicação da justiça restaurativa ganha cada vez mais relevo entre os pesquisadores interessados na sua dinâmica, assim como a indiscutível responsabilidade e interferência estatal na recuperação do jovem, especialmente quando se refere a efetiva incidência do direito à educação na formação ética do indivíduo, em todas as suas nuances, concretizante da dignidade humana e da cidadania como própria da ciência do conviver.

À população infantojuvenil, na qualidade de titulares de interesses juridicamente protegidos pela família, pelo Estado e pela sociedade em geral, aplica-se um sistema garantista o qual preconiza direitos humanos universalmente reconhecidos e aplicáveis a todos os menores, capazes de alcançar os diversos grupos sociais existentes entre as nações, bem como direitos especiais de proteção à infante adolescência, pautados, principalmente, na

condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Nesta ótica, vislumbra-se, quando da prática de ato infracional por jovens em desenvolvimento, que a imposição pura e simplesmente de medidas punitivas não reflete o comprometimento do Estado ao atendimento dos problemas que permeiam a sociedade, ora considerada de forma genérica e abstrata. Evidentemente que o Poder Público deve considerar os problemas que afetam seu cidadão, notadamente o adolescente infrator, de modo a apresentar-lhe condições satisfatórias, mitigadoras da violência, reincidência criminal e inclusão social.

A atuação estatal não se resume apenas em dirimir os conflitos, amenizando as indignações e clamores sociais pelas ocorrências dos delitos; evidente que seu compromisso vai além do atendimento dos anseios concretos que diuturnamente reclamam uma atenção especial do ente público.

O direito à educação assume extrema relevância para a ressocialização e inclusão do jovem, ante sua estreita e necessária ligação com a existência do próprio homem. À medida que o próprio papel que o homem exerce na vida em sociedade vai sendo alterado, de acordo com as dinâmicas sociais de uma determinada época, os próprios processos educacionais tendem a ser alterados de maneira a atenderem às mudanças exigidas pelos novos comportamentos sociais.

Assim, a Justiça Restaurativa aparece como método alternativo de solução de conflitos, mediante processos circulares, em que os interessados na composição dos litígios encontram-se equiparados e com a intenção de reparar os danos causados, restaurar o senso de justiça e reintegrar todos no seu convívio, por meio de diálogos, empoderamento, aproximação e ações benéficas ao corpo social.

Portanto, o instituto em questão, quando bem aplicado, contribui inexoravelmente para que a Educação e a Justiça exerçam suas funções precípuas, quais sejam, pedagógica, social e libertária, com a transmissão de valores àqueles em desenvolvimento, possibilitando o empoderamento dos envolvidos no litígio e a restauração do valor da justiça, concretizante de uma cultura da paz, ainda que paulatinamente.

## REFERÊNCIAS

ARANÃO, Adriano. *Conhecimento das leis e democracia: a importância do direito na formação e inclusão social do cidadão*. São Paulo: Boreal Editora, 2014.

ARANÃO, Adriano. Estado Democrático, Criminalidade e Violência: o Desrespeito aos Direitos Fundamentais e o papel da Educação. *Revista Argumenta: Revista do Programa do Mestrado em Ciências Jurídicas da UENP*, n.08 (jan-Junho)- Jacarezinho, 2008.

ASSUMPÇÃO, Cecília Pereira de Almeida; YAZBEK, Vania Curi. Justiça Restaurativa: um conceito em desenvolvimento. IN: Greco, Aimée e Outros. *Justiça Restaurativa em ação: práticas e reflexões*. São Paulo: Dash, 2014.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BONINI, Luci M. M. e CANDIDO; Valéria Bressan. *Cultura de paz e a Justiça Restaurativa: O resgate da dignidade humana dos adolescentes*. In: CIANCIARULLO, Tamara Iwanow, PANHOCA, Ivone, BONINI, Luci M. M (Org.) *Políticas Públicas: estudos e casos*. São Paulo. Ed. Ícone. 2014.

BRAGA, Maria do Socorro Pelaes. *Justiça Restaurativa: Benefícios para sociedade e justiça formal*.

Monografia apresentada ao Departamento de Estudos da Escola Superior de Guerra como requisito à obtenção do diploma do Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia. Rio de Janeiro: ESG, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Lei 9.394/ 1996. *Diretrizes e Bases da Educação Nacional*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm); Acesso em 20 nov. 2017.

BRASIL. Lei 8.069/1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm); Acesso em 20 nov. 2017.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*: conteúdo jurídico de expressões. São Paulo: Juarez de oliveira, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Ilton Garcia da. *Constituição e educação. Autonomia universitária e a presença do Estado nas Instituições de ensino superior particulares*. São Paulo, 2010. 151 f. Tese (Doutorado em direito) – Direito do Estado, Pontifca Universidade Católica de São Paulo.

COSTA, Ilton Garcia da; PUGLIESI, Renan Cauê M. ; CACHICHI, Rogério Cangussu D. . Superando Paradigmas: A Aplicação da Justiça Restaurativa em Casos que envolvem Violência Doméstica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 137, p.121-141, 2017.

COSTA, Ilton Garcia da; GONÇALVES, Aline M. . Da Sociedade Antiga à Sociedade Política e a Funcionalidade do Direito. *NOMOS (FORTALEZA)*, v. 36, p. 205-224, 2016.

EDNIR, Madza (org). *Justiça e educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania*. São Paulo: CECIP, 2007.

FERRANDIN, Mauro. *Ato penal juvenil: aplicabilidade dos princípios e garantias do ato penal*. Curitiba: Juruá, 2009.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Culpabilidade e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Estudos Criminais*, v.16, n. 64, p. 147-171. Porto Alegre, 2017.

FREIRE. Paulo. *Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 35 ed. São Paulo: Paz e Terra. 2007.

GARCIA, Leonardo de Medeiros; ROCHA, Roberval. *Direitos Difusos (Ambiental, ECA, Consumidor)*. Salvador: JusPodivm, 2012.

GARCIA, Renato ; COSTA, Ilton Garcia. Medida Socieducativa de Internação. Repercussão dos Atos Infracionais após a Maioridade Penal. In: OLIVEIRA, Francisco Cardozo; BARACAT, Eduardo Milléo. (Orgs.). *Diálogos (im) pertinentes - Direito Penal*. Curitiba: Instituto Memória, 2014, v. 1, p. 142-160.

GONÇALVES, Conrado Cabral Ferraz. *A Justiça Restaurativa e o Sistema Jurídico Socioeducativo Brasileiro*. 2015. 137 f. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20. ed. alemã por Luis Afonso Heck, Porto Alegre: Fabris, 1998. Escritos de Derecho Constitucional. Seleccion, traduccion e introduccion Pedro Cruz Villalon. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. Ainda: MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Pereira mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente* - Doutrina e Jurisprudência. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JESUS, Joalice Maria Guimarães de. *A fundamentação legal da Justiça Restaurativa junto ao ordenamento jurídico brasileiro*: Justiça Restaurativa e Horizontes a partir da Resolução CNJ 225. 1<sup>a</sup> ed. Brasília: CNJ, 2016.

KEMELMAJER, Aída. *Mediação penal Juvenil*: uma alternativa válida para delitos cometidos por Adolescentes. Disponível na Internet; Acesso em 20 nov. 2017.

LEAL, César Barros. *Justiça Restaurativa amanhecer de uma era*: aplicação em prisões e centros de internação de adolescentes infratores. Curitiba: Juruá, 2014.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*- Aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARSHALL, Thomas. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MEIRELLES, Cristina Assumpção; FARIA, Mara de Mello. Articulação de redes na Justiça Restaurativa. IN: Greco, Aimée e Outros. *Justiça Restaurativa em ação*: práticas e reflexões. São Paulo: Dash, 2014.

MELLO, Eduardo Resende. Apresentação. IN: Greco, Aimée e Outros. *Justiça Restaurativa em ação*: práticas e reflexões. São Paulo: Dash, 2014.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa*: da teoria à Prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente*: Uma proposta interdisciplinar. 2<sup>a</sup> ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PETRESKY, Dora; MARKOVITS, Joyce R. Círculos de classe: estabelecendo novas relações na escola. IN: Greco, Aimée e Outros. *Justiça Restaurativa em ação*: práticas e reflexões. São Paulo: Dash, 2014.

ROBAINA, José Vicente Lima. *Drogas*: o papel do educador na prevenção ao uso. Porto Alegre: Mediação, 2010.

SALIBA, Maurício Gonçalves. *O Olho do poder*- Análise crítica da proposta educativa do estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e paradigma punitivo*: Curitiba: Juruá, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev. atual., e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal*: O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A Efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Pillares, 2008.



SUPOIT, Alan. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função a função antropológica do Direito. Tradução de Maria E. de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 5. ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com as leis correlatas. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Círculos ou encontros de mediação vítima-ofensor e outras práticas restaurativas com ênfase na escola. IN: PELIZZOLI, Marcelo L. (org). *Justiça Restaurativa: caminhos da pacificação social*. Caxias do Sul, RS: Educs; Recife, PE: UFPE, 2016.

VICENTINI, Danielle R. Bartelli ; COSTA, Ilton Garcia. Direito Fundamental à Educação: A Efetivação dos Direitos Sociais e o Controle Judicial das Políticas Públicas. In: BARBOSA, Claudia Maria; CARVALHO NETO, Frederico da Costa; LEA, Rogério Gesta. (Orgs.). *Política judiciária e administração da justiça*. Florianópolis SC: Conpedi, 2015, v.1, p.81-97.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa: Teoria e Prática*. São Paulo: Editora Palas Athena, 2012.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: Um foco sobre o crime e a justiça*. Trad. Tônia van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

---

**Recebido em:** 16/07/2018

**Aprovado em:** 02/09/2019

### **Como citar este artigo (ABNT):**

MANFRÉ, Gabriele Delsasso Lavorato; CORRALES, Elluane de Lima; COSTA, Ilton Garcia da. Restaurando a esperança: o direito à educação e a justiça restaurativa escolar como formas de responsabilização e ressocialização do jovem infrator. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.37, p.115-129, jan./abr. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/09/DIR37-07.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

## THE DUE PROCESS OF LAW IN THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Bernardo Mageste Castelar Campos <sup>1</sup>

**RESUMO:** O devido processo legal está previsto nos principais documentos americanos sobre direitos humanos, em especial na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969. Mas tal garantia pode possuir diferentes características e se inter-relacionar com outros direitos fundamentais, a depender da situação. A partir de uma revisão da literatura especializada e da análise de casos paradigmáticos, o presente artigo pretende demonstrar como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece a inter-relação entre o devido processo legal e outros direitos humanos. Será analisado, em especial, o caso *Ximenes Lopes v. Brasil* (2006), onde se reconheceu a relação com o direito à prestação judicial efetiva, e a Opinião Consultiva nº 16 (1999), onde o devido processo legal foi relacionado com o direito à assistência consular.

**Palavras-chave:** convenção americana sobre direitos humanos; corte interamericana de direitos humanos; devido processo legal; direito à assistência consular; direito à prestação judicial efetiva.

**ABSTRACT:** The due process of law is provided for in the main American Human Rights Documents, particularly the 1969 American Convention on Human Rights. But such a judicial guarantee may have different characteristics and be interrelated with other fundamental rights depending on the situation. Based on a review of the specialized literature and the analysis of paradigmatic cases, this article aims to demonstrate how the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights recognizes the interrelationship between the due process of law and other human rights. It will be analyzed, in particular, the case *Ximenes Lopes v. Brazil* (2006), which recognized the relationship with the right to effective judicial remedies, and Advisory Opinion No. 16 (1999), where due process was related to the right to consular assistance.

**Keywords:** american convention on human rights; due process of law; inter-american court of human rights; right to consular assistance; right to effective judicial remedies.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Internacional Contemporâneo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

## 1 INTRODUÇÃO

Contrapondo-se à visão de justiça meramente formalista que de forma kafkiana concebe o processo como um fim em si mesmo<sup>2</sup>, a formação do que se entende hoje por “devido processo legal” está relacionada ao seu papel como instrumento do Estado Democrático de Direito para a proteção dos direitos individuais (HOYOS, 1998, p. 907). Entretanto, não existe um conceito único do termo. Para John Rawls (1999, p. 206) e Piero Calamandrei (1956, p. 3), por exemplo, o devido processo legal é o direito fundamental de se obter a verdade e a justiça por meio de uma prestação jurisdicional. Por sua vez, autores como Nelson Nery Jr. (2004, p.63) e José Alfredo de Oliveira Baracho (1982, p.89) entendem o devido processo legal como uma garantia fundamental, um procedimento relacionado com a proteção de direitos básicos como a vida, a liberdade, a propriedade e a justiça.

Tendo o Direito Internacional se voltado cada vez mais para o tratamento dispensando aos indivíduos por seus Estados a partir do final da II Guerra Mundial (CANÇADO TRINDADE, 2006b, p.5), não é de se estranhar que o devido processo legal, a despeito de sua pluralidade conceitual, tenha adquirido um caráter fundamental por instrumentos internacionais voltados aos direitos humanos. Sua previsão pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 e interpretação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, portanto, são consequências naturais do reconhecimento do devido processo legal pelo Direito Internacional.

O presente artigo visa analisar o conceito e a natureza do devido processo legal conforme entendidos pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte Interamericana). Para isso, primeiro serão examinados os artigos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pertinentes ao tema, bem como o modo pelo qual sua aplicação é realizada pela Corte Interamericana. Posteriormente o artigo analisará um caso contencioso e uma opinião consultiva paradigmáticos em que diversos aspectos do devido processo legal são abordados de forma inédita, o caso *Ximenes Lopes v. Brasil* (2006) e a *Opinião Consultiva nº 16 de 1999, sobre o Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, de modo a demonstrar o entendimento da Corte Interamericana em relação à aplicação das normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos a casos concretos.

## 2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

A evolução histórica do devido processo legal está intimamente relacionada com o desenvolvimento do constitucionalismo moderno e com a limitação dos poderes estatais (HOYOS, 1998, p. 907). Tal relação foi evidenciada nos instrumentos regionais americanos de proteção aos direitos humanos, a começar pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, que ao estabelecer o “direito à justiça” em seu artigo XVIII determina:

Artigo XVIII. Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente. (DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM, 1948).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Convenção Americana) transformou o devido processo legal em pedra angular do Sistema Interamericano de Direitos Humanos<sup>3</sup>, entendendo-o como a garantia de todos os direitos humanos por excelência

<sup>2</sup> Vide Kafka (2005).

<sup>3</sup> Entende-se por “Sistema Interamericano de Direitos Humanos” a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que se guiam pela Convenção Americana de 1969, seus Regulamentos Internos e diversos tratados regionais sobre direitos humanos.

(QUIROGA, 2005, p. 267). Na Convenção Americana dois artigos diferentes preveem garantias relacionadas ao devido processo legal, os artigos 8º e 25.

O artigo 8º determina as garantias judiciais mínimas atribuídas a todos os indivíduos, como o direito de petição, o princípio do juiz natural, independente e imparcial, o princípio do *nulla poena sine lege*, o direito à defesa técnica, o direito do indivíduo não produzir provas contra si mesmo e o direito de recurso, entre outros. Sua relação intrínseca com os direitos assegurados pela Convenção é afirmada pela Corte Interamericana:

Este artigo 8º reconhece o chamado “devido processo legal”, que abarca as condições que devem se cumprir para assegurar a adequada defesa daqueles cujos direitos ou obrigações estão pendentes de consideração judicial.

[...]

O conceito de devido processo legal reconhecido pelo artigo 8º da Convenção deve entender-se como aplicável, em sua essência, a todas as garantias judiciais referidas na Convenção Americana (...). (CORTE IDH, Judicial Guarantees in States of Emergency, 1987, p. 7, tradução nossa).<sup>4</sup>

O artigo estabelece que tais garantias aplicam-se não somente aos procedimentos criminais, mas também aos de natureza civil, trabalhista, fiscal, ou outras. Além disso, entende-se que sua aplicação é obrigatória a “todos os órgãos que exercitem função de natureza substancialmente jurisdicional”, inclusive órgãos administrativos (CORTE IDH, 2001b, p. 46-47), tribunais eleitorais (CORTE IDH, 2005, p.71) ou mesmo órgãos executivos de empresas estatais (CORTE IDH, 2001a, p. 91).

Apesar de o parágrafo 2º do artigo 8º especificar garantias mínimas para processos criminais, a Corte Interamericana entende que tais garantias também devem ser aplicadas a procedimentos de outra natureza, já que o parágrafo prevê “garantias devidas” às quais todo indivíduo tem direito, independentemente do tipo de processo (1990, p. 7)<sup>5</sup>, e que configuram verdadeiro “direito de defesa processual” (CORTE IDH, 1997b, p. 21). O direito de defesa será analisado posteriormente, no item 4.

Já o artigo 25 prevê o direito à proteção judicial, determinando que toda pessoa poderá recorrer contra violações de seus direitos fundamentais, e obriga os Estados-Parte da Convenção a assegurar a possibilidade e o cumprimento de tal direito (CONVENÇÃO, 1969)<sup>6</sup>. Importante destacar que o artigo não limita a aplicação do direito a um recurso contra violações das garantias previstas somente na Convenção Americana, mas também a quaisquer outros direitos fundamentais reconhecidos no âmbito interno dos Estados (QUIROGA, 2005, p. 359;

4 “Article 8 recognizes the concept of “due process of law”, which includes the prerequisites necessary to ensure the adequate protection of those persons whose rights or obligations are pending judicial determination. (...) The concept of due process of law expressed in Article 8 of the Convention should be understood as applicable, in the main, to all the judicial guarantees referred to in the American Convention, even during a suspension governed by Article 27 of the Convention”.

5 Cecília Quiroga discorda da posição da Corte Interamericana de atribuir a todos os tipos de procedimentos as garantias do artigo 8(2). Para ela, as garantias gerais do devido processo legal já estariam contidas no parágrafo 1º, tendo a Corte realizado uma interpretação “forçada” e que cria um ônus excessivo aos Estados que não preveem todas estas garantias para todos os tipos de procedimento. Cf. Quiroga (2005, p. 291)

6 Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

BURGORGUE-LARSEN; ÚBEDA DE TORRES, 2011, p. 681).

Ao prever o direito de toda pessoa a “um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes”, o artigo 25 busca garantir o direito fundamental à justiça e manifesta a dimensão programática do devido processo legal, que exige a existência, suficiência e eficácia de um sistema judicial idôneo (RESCIA, 1998, p.1.300)<sup>7</sup>. Apesar da conjunção coordenativa “ou” existente no texto do artigo 25(1), reconhece-se que o recurso ao qual a norma se refere deve ser simultaneamente simples, rápido e efetivo (BURGORGUE-LARSEN; ÚBEDA DE TORRES, 2011, p. 685).

O artigo 25 da Convenção Americana foi inspirado no instrumento do “amparo”, garantia constitucional prevista nos sistemas jurídicos americanos e voltada para a proteção de direitos constitucionais, à semelhança do mandado de segurança existente no Brasil (BURGORGUE-LARSEN; ÚBEDA DE TORRES, 2011, p. 681-682)<sup>8</sup>. O recurso do *habeas corpus*, reconhecido pelo artigo 7º(6) da Convenção Americana, é considerado um tipo de “amparo”, mas que pode existir como remédio independente (CORTE IDH, 1987, p.9).

O relacionamento entre os artigos 8º e 25 da Convenção Americana foi tema de controvérsias doutrinárias no âmbito do Sistema Interamericano. A impossibilidade de separação dos dois artigos tem em Cançado Trindade o seu principal advogado (BURGORGUE-LARSEN; ÚBEDA DE TORRES, 2011, p. 646). Para o autor brasileiro e ex-presidente da Corte Interamericana, ambos os artigos são inter-relacionados a nível ontológico e hermenêutico, sendo o direito a um recurso efetivo previsto no artigo 25 como:

(...) expressão do próprio direito de acesso à justiça, lato senso, entendido como o direito à prestação jurisdicional, assim inevitavelmente englobando as garantias do devido processo legal, assim como a fiel execução da sentença. (...) Afinal de contas, como as garantias do devido processo legal poderão ser efetivas (artigo 8º) se o indivíduo não teve o direito a um recurso efetivo (artigo 25)? E qual seria a eficácia deste último sem a garantia do devido processo legal? (CANÇADO TRINDADE, 2006a, p. 11, tradução nossa)<sup>9</sup>.

Adotando posição contrária a de Cançado Trindade se encontra a Juíza Cecilia Quiroga, também ex-presidente da Corte Interamericana (BURGORGUE-LARSEN; ÚBEDA DE TORRES, 2011, p. 647). A magistrada chilena reconhece a íntima conexão existente entre os dois artigos, mas argumenta que a Corte Interamericana desvirtua o objetivo original de estabelecer um recurso simples e rápido do artigo 25 ao incluir nele o direito a todo tipo de recurso previsto no artigo 8º, o que ao fim seria prejudicial para as vítimas (QUIROGA, 2005, p. 365).

A influência da visão de seu ex-presidente brasileiro na jurisprudência da Corte Interamericana é percebida hoje na quase inexistente diferenciação entre ambos os artigos, quase sempre analisados em conjunto (BURGORGUE-LARSEN; ÚBEDA DE TORRES, 2011, p. 678). O caso Ximenes Lopes, apresentado a seguir, é um exemplo da abordagem conjunta dos artigos 8º e 25, tal como defendido por Cançado Trindade.

7 A Corte Interamericana utiliza o termo “garantias judiciais” como equivalente a “remédios judiciais”, que constituem “procedimentos judiciais que normalmente são efetivos para garantir a plenitude do exercício dos direitos e liberdades”. Cf. CORTE IDH. Habeas corpus in Emergency Situations, 1987, p.8.

8 O “amparo” é construção jurídica latino-americana que surgiu na Constituição Mexicana de 1857 e serviu de inspiração para outros países do Continente. Cf Quiroga (2005, p. 358-359)

9 “(...) as an expression of the right of access to justice, lato sensu, understood as the right to the availability of justice, thus unavoidably encompassing the guarantees of due process of law, and authentic execution of judgment. (...) After all, how could the guarantees of due process be effective (Article 8) if the individual did not have the right to an effective recourse (Article 25)? And how could the latter be effective without the guarantee of due process of law?”.

### 3 O CASO XIMENES LOPES E O DIREITO À PRESTAÇÃO JUDICIAL EFETIVA

A primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos foi também a primeira vez em que esta tratou dos direitos dos portadores de deficiência mental (CORTE IDH, 2006b, p. 50). O caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, julgado em julho de 2006, foi apresentado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos dois anos antes, contendo a alegação de que o Estado Brasileiro teria violado os direitos previstos na Convenção Americana em seus artigos 4º (direito à vida) e 5º (direito à integridade pessoal) contra Damião Ximenes Lopes, e os direitos dos artigos 8º, 25 e 1º (direito às garantias judiciais, à proteção judicial e obrigação de respeitar os direitos) contra seus familiares (2006b, p. 48).

Portador de deficiência mental, Damião Ximenes Lopes foi admitido em perfeito estado físico como paciente na Casa de Repouso Guararapes, em Sobral (Ceará) em 1º de outubro de 1999 para receber tratamentos médicos. Três dias depois Ximenes Lopes faleceu, e sua necropsia constatou a existência de escoriações, hematomas e equimoses, o que indicava que sua morte havia ocorrido em circunstâncias violentas (2006b, p. 30). O Estado Brasileiro reconheceu sua responsabilidade internacional pela morte e pela violação à integridade pessoal de Ximenes Lopes (2006b, p. 49). Mas a morte de Damião foi apenas o início do sofrimento de sua família, que experimentou anos de abandono e sensação de injustiça durante os quais foram instaurados uma investigação policial marcada por falhas e um processo penal moroso e ineficiente que se encontrava pendente mesmo depois de transcorridos mais de seis anos da ocorrência dos fatos (2006b, p. 61-62).

A denúncia apresentada pela Comissão Interamericana alegava a violação em conjunto dos artigos 8(1) e 25(1) da Convenção Americana, sem individualiza-los. Em relação a tal violação, a denúncia acusava o Estado: pela falta de efetividade do processo interno, tanto por meio das omissões das autoridades quanto pelas deficiências e falhas nas ações efetuadas; pela inexistência de uma investigação imediata, séria e exaustiva; e pela situação de denegação de justiça por parte das autoridades estatais em razão da morosidade e inércia imotivadas, entre outras alegações (2006b, p. 59).

Tal como sugerido pela Comissão Interamericana, a Corte analisou conjuntamente as violações aos artigos 8(1) e 25(1) da Convenção Americana, considerando a obrigação dos Estados em “proporcionar recursos judiciais efetivos às vítimas de violações dos direitos humanos (artigo 25), os quais devem ser substanciados em conformidade com as regras do devido processo legal (artigo 8(1))” e de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção Americana (artigo 1(1)) (2006b, p.62). A indissociabilidade entre os dois artigos foi abordada novamente por Cançado Trindade em seu voto separado ao julgamento, onde esclarece que o direito de acesso à justiça possui conteúdo jurídico próprio e importa o “direito a obter justiça”, verdadeiro “direito ao Direito” que permite ao indivíduo o acesso a um ordenamento jurídico que efetivamente proteja seus direitos fundamentais (2006b, p.6-7).

Em relação à investigação das circunstâncias da morte de Ximenes Lopes, a Corte considerou que o Estado Brasileiro havia falhado no seu dever de respeito, prevenção e proteção dos direitos à vida e à integridade pessoal da vítima, observando-se falhas na necropsia do corpo e na falta da devida diligência das autoridades, que não iniciaram imediatamente a investigação dos fatos (CORTE IDH, 2006b, p.62-65). Segundo a Corte, o artigo 1(1) da Convenção Americana atribui aos Estados o dever de investigar violações aos direitos fundamentais dos indivíduos sob sua jurisdição, sendo este dever uma condição para a garantia dos direitos (2006b, p.62-63)<sup>10</sup>.

Em relação ao processo penal contra os responsáveis pela morte de Damião, a Corte estabeleceu que um recurso só poderá ser considerado efetivo se for capaz de produzir resultados ou respostas às violações de direitos previstos na Convenção Americana, sendo que diante das alegações de tratamentos cruéis, desumanos e degradantes que teriam sido

infligidos a Ximenes Lopes, “o primeiro recurso que cabia ao Estado ter proporcionado era uma investigação efetiva e um processo judicial realizado de acordo com os requisitos do artigo 8 da Convenção” buscando a responsabilização penal dos responsáveis e a indenização adequada à família da vítima (2006b, p.65-66).

A razoabilidade na duração total do processo foi avaliada pela Corte por meio de três critérios importados do Sistema Europeu de Direitos Humanos e já consolidados em sua jurisprudência: a complexidade da matéria, a atividade processual do interessado e a conduta das autoridades judiciais (BURGORGUE-LARSEN;ÚBEDA DE TORRES, 2011, p. 658). A Corte considerou que a lide em questão não se tratava de um caso complexo por versar sobre uma única vítima claramente identificada, cujos supostos agressores também estariam identificados e localizados (CORTE IDH, 2006b, p. 66). Também constatou que a família de Ximenes Lopes cooperou na tramitação da investigação policial e nos procedimentos judiciais, devendo o Estado ter assumido a responsabilidade de investigação e apuração “como um dever jurídico próprio e não como uma simples gestão de interesses particulares” que dependeriam da ação dos familiares (2006b, p. 66). A Corte concluiu então que a demora no processo foi ocasionada exclusivamente pela conduta das autoridades judiciais, sendo que o procedimento não poderia ser considerado razoável por não haver sido proferida sentença de primeira instância 75 meses após o início de sua tramitação (2006b, p. 66-67).

Apesar da alegação do Brasil de que o país teria adotado todas as medidas necessárias para sancionar penalmente os acusados pela morte de Ximenes Lopes, o que estaria comprovado pela existência de um processo em curso, a Corte Interamericana concluiu que o Estado não havia proporcionado aos familiares da vítima um “recurso efetivo para garantir o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, identificação, o processo” e eventual punição dos responsáveis e reparação das consequências da violação sofrida (2006b, p. 61). Demonstrou-se, portanto, que ao não fornecer uma prestação jurisdicional efetiva o país havia violado o Princípio da Efetividade dos Instrumentos ou Meios Processuais, destinado a dar garantia aos direitos humanos e incorporado ao artigo 25(1) da Convenção Americana (CORTE IDH, 1987, p. 5-6). Conforme explica a Corte Interamericana:

Segundo este princípio, a inexistência de um recurso efetivo contra violações aos direitos reconhecidos pela Convenção constitui uma transgressão da mesma pelo Estado-Parte em qual semelhante situação tenha lugar. Neste sentido, deve-se salientar que para que tal recurso exista não basta que esteja previsto pela Constituição ou pela lei ou que seja formalmente admissível, mas também requer-se que seja realmente efetivo para determinar se ocorreu uma violação aos direitos humanos e fornecer o necessário para remediá-la. (CORTE IDH, 1987, p. 6, tradução nossa)<sup>11</sup>.

O direito a um recurso efetivo perante juízes ou tribunais competentes é reconhecido

10 Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

11 “According to this principle, the absence of an effective remedy to violations of the rights recognized by the Convention is itself a violation of the Convention by the State Party in which the remedy is lacking. In that sense, it should be emphasized that, for such a remedy to exist, it is not sufficient that it be provided for by the Constitution or by law or that it be formally recognized, but rather it must be truly effective in establishing whether there has been a violation of human rights and in providing redress. A remedy which proves illusory because of the general conditions prevailing in the country, or even in the particular circumstances of a given case, cannot be considered effective. That could be the case, for example, when practice has shown its ineffectiveness: when the Judicial Power lacks the necessary independence to render impartial decisions or the means to carry out its judgments; or in any other situation that constitutes a denial of justice, as when there is an unjustified delay in the decision; or when, for any reason, the alleged victim is denied access to a judicial remedy”.

como “um dos pilares básicos, não só da Convenção Americana, mas do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática no sentido da Convenção” (CORTE IDH, 1997a, p.20), dado a relação direta entre tal tipo de instrumento fundamental que visa assegurar a defesa em qualquer tipo de processo e o caráter indispensável da democracia para o exercício efetivo das liberdades fundamentais e dos direitos humanos (RESCIA, 1998, p.1.300; OEA, 2001, artigo 7º). A relação entre garantias judiciais, os direitos por elas protegidos e o Estado de Direito foi ressaltada pela Corte Interamericana em sua *Opinião Consultiva nº 08 de 1987 sobre o Habeas Corpus em Situações de Emergência*, onde entendeu que:

O conceito de direitos e liberdades bem como o de suas garantias é também inseparável do sistema de valores e princípios que os inspira. Em uma sociedade democrática, os direitos e liberdades inerentes à pessoa humana, as garantias aplicáveis a eles e o Estado de Direito formam uma tríade. Cada componente se define, complementa e adquire sentido em função dos outros. (1987a, p. 8, tradução nossa)<sup>12</sup>.

A negação do direito a um recurso efetivo para os familiares de Ximenes Lopes constituiu, portanto, demonstração da justiça meramente formal existente no país, representante nefasto de algo como uma “evolução inacabada” entre a justiça privada da Antiguidade e a justiça pública da Modernidade (CANÇADO TRINDADE, 2006b, p. 3) que nos leva a questionar o correto funcionamento de referida tríade na realidade brasileira. O próprio termo “judicial”, que para a Corte Interamericana só pode ser aplicado ao remédio que é realmente capaz de proteger direitos (CORTE IDH, 1987a, p. 8), talvez não fosse corretamente atribuído ao procedimento instaurado na Terceira Vara da Comarca de Sobral para apurar a morte de Ximenes Lopes.

A questão da proteção específica do portador de deficiência mental foi abordada pelo Juiz Sergio García Ramírez em seu voto apartado ao caso. Para o juiz mexicano, o Estado adquire papel de garante dos direitos e liberdades por meio da Convenção Americana, e o “dever de cuidado do Estado garante varia, pois, em qualidade e intensidade, conforme as características do bem garantido e dos titulares desse bem” (2006b, p. 2). Para ele, o Estado assumiria obrigações específicas, espécie de “garantias setoriais”, com relação a pessoas integrantes de determinados grupos (2006b, p. 3). No caso específico García Ramírez estava se referindo aos portadores de deficiência mental, mas suas observações sobre a satisfação de necessidades específicas pelos Estados são também pertinentes em relação aos estrangeiros detidos, tema que será tratado no próximo tópico.

#### **4 A OPINIÃO CONSULTIVA Nº 16/1999 E A “FRONTEIRA ATUAL DO PROCEDIMENTO”**

Nos anos 1990 os Estados Unidos sofreram críticas internacionais em relação aos procedimentos internos adotados em casos de estrangeiros condenados à pena de morte por suas cortes domésticas. Somente perante a Corte Internacional Justiça três casos foram instaurados sobre o assunto, que em comum alegavam violações de normas da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 por parte dos EUA<sup>13</sup>. Em seu artigo 36 a Convenção de Viena de 1963 estabelece regras de comunicação entre os funcionários consulares do

<sup>12</sup> “The concept of rights and freedoms as well as that of their guarantees cannot be divorced from the system of values and principles that inspire it. In a democratic society, the rights and freedoms inherent in the human person, the guarantees applicable to them and the rule of law form a triad. Each component thereof defines itself, complements and depends on the others for its meaning”.

<sup>13</sup> Foram os casos *Breard* (Paraguai v. Estados Unidos, 1998), *LaGrand* (Alemanha v. Estados Unidos, 2001) e *Avena e outros Nacionais Mexicanos v. Estados Unidos* (México v. Estados Unidos, 2004). Vide CANÇADO TRINDADE, 2008, p. 23. Sobre a relação entre os casos da CIJ e a Opinião Consultiva, vide Tomka (2014, p.8-10).



Estado que envia e seus nacionais, dispondo sobre a liberdade de comunicação entre estes e os funcionários consulares, o dever das autoridades do Estado receptor de informar à repartição consular quando um nacional do Estado que envia for encarcerado ou detido e o direito de visita dos funcionários consulares aos nacionais de seus países detidos (BRASIL, Decreto nº 61.078, art. 36)<sup>14</sup>. Em 1997, o México submeteu à Corte Interamericana um pedido de Opinião Consultiva em que requisitava considerações sobre:

(...) [A]s garantias judiciais mínimas e ao devido processo no marco da pena de morte, imposta judicialmente a estrangeiros, a quem o Estado receptor não informou sobre seu direito a comunicar-se e a solicitar a assistência das autoridades consulares do Estado de sua nacionalidade. (1999, p. 2).

O México alegou como antecedentes da consulta o fato de que alguns de seus nacionais não teriam sido informados por governos estaduais norte-americanos de seu direito de comunicação com as autoridades consulares mexicanas, sendo condenados à pena capital (1999, p. 2). Seu pedido se constituía de doze perguntas, que relacionavam a Convenção Americana com o artigo 36(1)(b) da Convenção de Viena de 1963 e outros instrumentos internacionais (1999, p. 2).

Apesar dos protestos do governo norte-americano, que alegou que o pedido constituiria um caso contencioso dissimulado já que o país não havia ratificado a Convenção Americana nem aceitava sua jurisdição contenciosa, o pedido foi aceito. Entre outras razões, a Corte Interamericana justificou sua decisão por não ter sido chamada a resolver questões de fato, mas “elucidar o sentido, propósito e razão” de normas internacionais, e por reconhecer a existência de um “interesse geral” dos países que ela se pronunciasse sobre o tema (1999, p.38-43).

A Corte Interamericana analisou as diversas alíneas do artigo 36(1) da Convenção de Viena de 1963. Ela concluiu que os incisos “a”, “e” e “i” do parágrafo 1º estabeleciam o “direito à livre comunicação” entre o funcionário consular e o nacional do Estado que envia, norma que tem o duplo propósito de reconhecer o direito dos Estados a auxiliarem seus nacionais e o direito correlativo do nacional a ter assistência do funcionário consular (1999, p.48-49).

Já os incisos “b” e “c” estabeleceriam o direito do estrangeiro privado de liberdade de solicitar e obter que as autoridades do Estado receptor informem à repartição consular de seu país de nacionalidade sobre sua detenção, e o direito a dirigir qualquer comunicação a tais

14 ARTIGO 36º Comunicação com os nacionais do Estado que envia

1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia:

a) os funcionários consulares terão liberdade de se comunicar com os nacionais do Estado que envia e visitá-los. Os nacionais do Estado que envia terão a mesma liberdade de se comunicarem com os funcionários consulares e de visitá-los;

b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar à repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia fôr preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira.

Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo;

c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conversar e corresponder-se com êle, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença, todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente.

2. As prerrogativas a que se refere o parágrafo 1 do presente artigo serão exercidas de acôrdo com as leis e regulamentos do Estado receptor, devendo, contudo, entender-se que tais leis e regulamentos não poderão impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos pelo presente artigo.

repartições (1999, p. 49-51). Ambos os direitos, na visão da Corte, têm como titular o indivíduo e compõem o conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas em qualquer forma de detenção, constituindo “notável exceção com respeito à natureza, essencialmente estatal, dos direitos e obrigações consagrados na Convenção de Viena sobre Relações Consulares” e um “notável avanço a respeito das concepções tradicionais do Direito Internacional sobre a matéria” (1999, p. 49-50). Dessa forma a Corte rejeitou questionamento dos Estados Unidos sobre a pertinência da análise da Convenção de Viena de 1963, que segundo o argumento norte-americano não se trataria de uma convenção sobre direitos humanos, e, portanto, não deveria ser analisada sob este ângulo (1999, p. 15-21).

Relacionando o direito à informação sobre a assistência consular com as garantias mínimas do processo legal reconhecidas no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), na Declaração Americana de Direitos do Homem e na Carta da Organização dos Estados Americanos, a Corte Interamericana procedeu a uma “interpretação evolutiva” das normas analisadas, fazendo referência à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, que reconhece que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos cuja interpretação deve acompanhar a evolução pela qual passa a humanidade (1999, p. 57-59). Assim:

Na opinião desta Corte, para que exista “devido processo legal” é preciso que um acusado possa exercer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros acusados. Com efeito, é útil recordar que o processo é um meio para assegurar, na maior medida possível, a solução justa de uma controvérsia. A esse fim responde o conjunto de atos de diversas características geralmente reunidos sob o conceito do devido processo legal. O desenvolvimento histórico do processo, coerente com a proteção do indivíduo e a realização da justiça, trouxe consigo a incorporação de novos direitos processuais. (CORTE IDH, 1999, p. 59).

Portanto, às garantias mínimas do artigo 8º devem-se somar novos direitos processuais necessários em razão de diferentes circunstâncias (QUIROGA, 2005, p. 333). O direito à informação sobre a assistência consular se situaria entre estes novos direitos processuais, já que oferece aos estrangeiros a oportunidade de preparar adequadamente sua defesa e contar com um julgamento justo, o que reduz a desigualdade real dos indivíduos submetidos à justiça e cumpre o princípio da igualdade perante a lei (CORTE IDH, 1999, p.59-60). A incorporação de novos direitos processuais ao que se concebe como “devido processo legal”, tal como reconhecido pela Corte Interamericana na Opinião Consultiva nº 16/99, é adequadamente denominado pelo Juiz Sergio García Ramírez como “fronteira atual do procedimento” (1999, p.11), e entre seus exemplos estão os direitos a não se auto incriminar e a depor na presença de um advogado. Cada parte do que se entende por devido processo é imprescindível para o todo, conforme explica o juiz:

Os direitos e garantias que integram o devido processo - jamais uma realidade esgotada, mas um sistema dinâmico, em constante formação - são peças necessárias deste; se desaparecem ou mínguam, não há devido processo. Deste modo, trata-se de partes indispensáveis de um conjunto; cada uma é indispensável para que este exista e subsista. Não é possível sustentar que há devido processo quando o julgamento não se desenvolve perante um tribunal competente, independente e imparcial, ou quando o acusado desconhece as acusações feitas contra ele, ou quando não existe a possibilidade de apresentar provas e de formular alegações, ou quando está excluído o controle por parte de um órgão superior. (1999, p. 12).

A Corte considera que “para alcançar seus objetivos o processo deve reconhecer e resolver

os fatores de desigualdade que são levados perante a justiça”, sendo este corolário do princípio da igualdade perante a lei que requer que o Estado adote “medidas de compensação que contribuam para a redução ou eliminação dos obstáculos” que porventura impeçam a defesa efetiva dos direitos dos indivíduos (1999, p.60). Por esta razão devem os Estados informar aos estrangeiros detidos em seu território sobre seu direito de assistência consular e oferecer tradutores aos réus que desconhecem o idioma no qual se desenvolve o procedimento (1999, p.60).

Cançado Trindade (1999, p.6) observa que o reconhecimento da localização do direito à informação sobre a assistência consular no universo conceitual dos direitos humanos é exemplo do processo de “humanização do Direito Internacional”. Segundo o autor, tal direito não pode mais ser analisado no marco das relações exclusivamente interestatais, tendo as convenções “normativas” adquirido vida própria<sup>15</sup>. Na sua concepção:

Estamos, pois, diante de um fenômeno bem mais profundo que o recurso tão apenas e per se a regras e métodos de interpretação de tratados. A relação entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional dos Direitos Humanos dá testemunho do reconhecimento da centralidade, neste novo corpus juris, dos direitos humanos universais, o que corresponde a um novo ethos de nossos tempos. Na civitas maxima gentium de nossos dias, tornou-se imprescindível proteger, contra um tratamento discriminatório, os estrangeiros detidos, vinculando assim o direito à informação sobre a assistência consular com as garantias do devido processo legal consagradas nos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos.<sup>16</sup> (1999, p.10, grifo nosso).

Outro direito relacionado ao princípio da igualdade e listado entre os direitos incorporados ao conceito de devido processo legal é o direito de representação legal, apesar de não ter sido originalmente previsto na Convenção Americana (QUIROGA, 2005, p.306; RESCIA, 1998, p.1305). Sobre ele, a Corte Interamericana observa que:

É importante notar que as circunstâncias de um determinado caso ou procedimento, seu significado, seu caráter legal e seu contexto em um sistema jurídico particular são fatores que fundamentam a determinação se a representação legal é ou não necessária para o devido processo. (CORTE IDH, 1990, p. 7, tradução nossa)<sup>17</sup>.

Para a Corte Interamericana, por exemplo, uma pessoa pode se defender sozinha em juízo, mas apenas quando assim permitido pelo direito interno do Estado. Se houver recusa por parte da pessoa em se defender ou esta não for capaz de fazê-lo, deverá ter assegurado o direito de ser assistida por um defensor de sua escolha ou a ser escolhido pelo Estado, caso o indivíduo não tenha apontado seu defensor ou não o tenha feito dentro de prazo hábil (1990, p.6-7).

García Ramírez comenta a influência da jurisprudência norte-americana na evolução do conceito de devido processo<sup>18</sup>. Sobre o direito à defesa técnica, a Suprema

15 Uma das alegações dos Estados Unidos contra a aceitação do pedido de opinião consultiva pela Corte era de que a Convenção de Viena sobre Relações Consulares não seria um tratado de direitos humanos nem seria dirigido à sua proteção. Cançado Trindade relembra que os próprios EUA alegaram no caso sobre os Reféns em Teerã (CIJ, 1979) que a Convenção de 1963 estabelecia direitos não somente para o corpo consular, mas também para os estrangeiros do país que os representaria, o que paradoxalmente auxiliou no reconhecimento de seu caráter como norma de direitos humanos.

16 Sobre a atualidade da matéria, *vide* Opinião Dissidente de Cançado Trindade em ordem sobre medidas provisionais no caso da Corte Internacional de Justiça sobre Jadhav (Índia v. Paquistão).

17 “It is important to note here that the circumstances of a particular case or proceeding - its significance, its legal character, and its context in a particular legal system- are among the factors that bear on the determination of whether legal representation is or is not necessary for a fair hearing”.

18 Corte IDH. OC-16/99, *op. cit.*, Voto Separado Juiz Sergio García Ramírez, paras. 4-5.

Corte Norte-Americana estabeleceu no caso *Gideon v. Wainwright* (1963) seu entendimento sobre o direito de réus hipossuficientes de serem representados por advogados, entendendo que a falta de tal assistência qualificada implicaria na violação do princípio da igualdade de armas e, portanto, impediria a realização do devido processo legal (EUA, Suprema Corte, 1963). À semelhança da Corte Interamericana, a Suprema Corte dos EUA reconheceu ter o devido processo legal sofrido um gradual “processo de absorção” de direitos (LEWIS, 1989, p. 79)<sup>19</sup>. Não surpreendentemente, a obrigação dos Estados em prover advogados para aqueles que necessitarem foi sugerida pelo representante americano na conferência que originou a Convenção Americana, ocorrida seis anos depois do precedente da Suprema Corte (OEA, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 1969).

## 5 CONCLUSÃO

O presente artigo fornece algumas conclusões sobre como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos entende o devido processo legal. Os direitos e garantias que compõem tal conceito estão previstos na Convenção Americana em seus artigos 8º e 25. O primeiro dispõe sobre as garantias judiciais aplicáveis a todo procedimento de índole jurisdicional, como o direito de petição, o direito de ser julgado por um juiz competente, independente e imparcial, o direito de assistência judicial e o direito de recorrer, entre outros. Como visto, tais direitos compõem o que a Corte Interamericana reconhece como componentes do devido processo legal, mas o rol do artigo não é taxativo. O artigo 25 prevê o direito à proteção judicial, isto é, o direito do indivíduo de obter do Estado a proteção contra violações de seus direitos fundamentais por meio de um recurso simples, rápido e efetivo. Dado sua indissociabilidade, os artigos 8º e 25 raramente são aplicados de forma separada no âmbito do Sistema Interamericano.

O emprego conjunto dos dois artigos foi realizado pela Corte Interamericana no caso *Ximenes Lopes*, em que o Estado Brasileiro foi condenado pela violação a ambos os artigos em razão da falta de efetividade do processo interno instaurado para apurar a responsabilização criminal pela morte de Damião Ximenes Lopes, portador de deficiência mental que morreu após ser internado em um hospital psiquiátrico. Diversas falhas na investigação e a demora injustificável de mais de seis anos para a expedição de uma sentença de primeiro grau comprovaram que o país havia falhado em garantir o acesso à justiça para a família de Ximenes Lopes e a determinação da verdade dos fatos que envolvem sua morte violenta. Demonstrou-se que os avanços relacionados ao tratamento de portadores de deficiência mental no país no âmbito da “reforma psiquiátrica” não foram acompanhados de uma reforma judicial que assegurasse aos cidadãos seus direitos fundamentais.

A relação entre direitos humanos e o devido processo legal havia sido objeto também da Opinião Consultiva nº 16 de 1999, onde a Corte Interamericana analisou a natureza e aplicação do direito à informação consular, previsto na Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963. Adotando uma interpretação evolutiva, a Corte reconheceu que tal direito deveria compor o que se conhece como devido processo legal, dado sua importância para a ampla defesa e

---

<sup>19</sup> O termo “processo de absorção” (“*process of absorption*”), utilizado no julgamento, foi cunhado pelo Juiz Benjamin Cardozo em 1937 para designar o processo em que direitos fundamentais foram sendo aplicados a processos judiciais nos EUA por estarem tais direitos “implícitos no conceito de liberdade ordenada”

consequente julgamento justo de estrangeiros detidos no exterior. Comprovou-se, assim, que o conceito de devido processo legal é mutável e têm incorporado novos direitos, processo que na visão de Cançado Trindade (2008, p. 26) revela a “humanização do Direito Internacional”.

## REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: O Devido Processo Legal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n.23-25, p. 59-103, 1982.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence; ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

BRASIL. Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967. *Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Consulares*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

CALAMANDREI, Piero. *Procedure and Democracy*. Nova York: New York University Press, 1956.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Concurring Opinion of Judge Cançado Trindade. In Corte Internacional de Justiça. Order (Request for the indication of provisional measure). *Jadhav Case (India v. Pakistan)*. Índia c. Paquistão. Haia, 18 de maio de 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 14, p. 15-38, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Voto Separado. In Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*, julgamento de 04 de julho de 2006b, Série C, nº 149.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Voto Separado. In Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso do Massacre de Pueblo Bello v. Colômbia*, julgamento de 31 de janeiro de 2006a, Série C, nº 140.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Voto Separado. In Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinião Consultiva. *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law*. OC-16/99. O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal. São José da Costa Rica, 1º de outubro de 1999.

Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 7-22 nov. 1969, São José da Costa Rica. *Actas y Documentos*. OEA/Ser.K/XVI/1.2. Washington D.C.: Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, 1969.

*Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)*. Disponível em <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena Ricardo et al. v. Panamá*, julgamento de 02 de fevereiro de 2001a, Série C, nº 72.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Contreras et. al. v. El Salvador*, julgamento de 31 de agosto de 2011, Série C, nº 232.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de Castillo Páez v. Peru*, julgamento de 03 de novembro de 1997a, Série C, nº 34.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso do Massacre de Pueblo Bello v. Colômbia*, julgamento de 31 de janeiro de 2006a, Série C, nº 140.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Genie Lacayo v. Nicarágua*, julgamento de 29 de janeiro de 1997b, Série C, nº 30.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ivcher Bronstein v. Peru*, julgamento de 06 de fevereiro de 2001b, Série C, nº 74.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*, julgamento de 04 de julho de 2006b, Série C, nº 149.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Yatama v. Nicaragua*, julgamento de 23 de junho de 2005, Série C, nº 74.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinião Consultiva. *Exceptions to the Exhaustion of Domestic Remedies (Arts. 46(1), 46(2)(a) and 46(2)(b) American Convention on Human Rights)*. OC-11/90. Exceções ao Esgotamento dos Recursos Internos (Arts. 46(1), 46(2)(a) e 46(2)(b) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). São José da Costa Rica, 10 de agosto de 1990.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinião Consultiva. *Habeas corpus in Emergency Situations (Arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights)*. OC-8/87. Habeas corpus em Situações de Emergência (Arts. 27(2), 25(1) e 7(6) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). São José da Costa Rica, 30 de janeiro de 1987a.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinião Consultiva. *Judicial Guarantees in States of Emergency (Arts. 27(2), 25 and (8) American Convention on Human Rights)*. OC-9/87. Garantias Judiciais em Estados de Emergência (Arts. 27(2), 25 e (8) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). São José da Costa Rica, 06 de outubro de 1987b.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinião Consultiva. *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law*. OC-16/99. O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal. São José da Costa Rica, 1º de outubro de 1999.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Julgamento, 372 U.S. 335. *Gideon v. Wainwright (No. 155)*. 18 de março de 1963. Disponível em <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/372/335>>. Acesso em: 08 de julho de 2017.

HOYOS, Arturo. El Debido Proceso en la Sociedad Contemporánea. In Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*. Volume II. São José da Costa Rica: Corte Secretariado da Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p.907-920.

KAFKA, Franz. *O Processo*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2005.

LEWIS, Anthony. *Gideon's trumpet*. Nova York: Random House, 1989.

Organização dos Estados Americanos. *Carta Democrática Interamericana*, 11 de setembro de 2001. Disponível em: <[http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta\\_Democratica.htm](http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm)>. Acesso em: 26 de junho de 2017.

Organização dos Estados Americanos. *Resolução XXX: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, abril de 1948.

QUIROGA, Cecilia Medina. *La Convención Americana: teoría y jurisprudência. Vida, integridade personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2005.

RAMÍREZ, Sergio García. Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Cidade do México, 2006, tomo II, p. 1.111-1.173, 2006a.

RAMÍREZ, Sergio García. Voto Separado. In Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*, julgamento de 04 de julho de 2006b, Série C, nº 149.

RAMÍREZ, Sergio Garcia. Voto Separado. In Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva. *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law*. OC-16/99. O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal. São José da Costa Rica, 1º de outubro de 1999.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RESCIA, Víctor Manuel Rodríguez. El Debido Proceso Legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*. Volume II. São José da Costa Rica: Corte Secretariado da Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998. P. 1295-1328.

NERY JR., Nelson. *Princípios de Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TOMKA, Peter. *Le rôle de la Cour internationale de Justice dans les affaires internationales: Réalisations et défis intéressant les Etats membres de l'OEA et le pacte de Bogotá*. Washington, 2014. Discurso proferido no Cycle des Conférences des Amériques em 10 de abril de 2014.

---

**Recebido em:** 02/11/2017

**Aprovado em:** 01/07/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

CAMPOS, Bernardo Mageste Castelar. O devido processo legal na corte interamericana de direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.37, p.130-143, jan./abr. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/09/DIR37-08.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# EMPRESAS MULTINACIONAIS: COMPARAÇÃO CHILE BRASIL

## MULTINATIONAL COMPANIES: COMPARISON CHILE BRAZIL

Ernani Contipelli <sup>1</sup>

Daniel Francisco Nagao Menezes <sup>2</sup>

**RESUMO:** O objetivo do presente artigo é analisar o impacto da presença das empresas multinacionais nas economias nacionais do Chile e do Brasil a partir das aberturas comerciais de Pinochet (década de 80) e Fernando Henrique Cardoso (década de 90). Serão analisadas as alterações constitucionais em cada país para alcançar a “abertura comercial” de ambos os países, procurando com o objetivo de demonstrar que as alterações constitucionais fazem parte do apoio dos governos nacionais às empresas estrangeiras que se instalaram no contexto da abertura comercial latino-americana as quais fazem parte de um contexto internacional de reformas neoliberais, concluindo que há um enfraquecimento dos Estados na defesa dos interesses nacionais diante a atuação das multinacionais. O artigo é exploratório, utilizando o método de pesquisa será o hipotético dedutivo.

**Palavras-Chave:** abertura econômica; neoliberalismo; reformas constitucionais.

**SUMMARY:** The objective of this article is to analyze the impact of the presence of multinational companies in the national economies of Chile and Brazil from the commercial openings of Pinochet (1980s) and Fernando Henrique Cardoso (1990s). The constitutional changes in each country will be analyzed to achieve the “commercial openness” of both countries, aiming to demonstrate that the constitutional changes are part of the support of the national governments to the foreign companies that settled in the context of the Latin- which are part of an international context of neoliberal reforms, concluding that there is a weakening of the States in the defense of national interests in the face of the multinationals. The article is exploratory, using the research method will be the hypothetical deductive.

**Keywords:** economic opening; neoliberalism; constitutional reforms.

---

1 Pós-Doutor em Direito Político Comparado pela Universidad Pompeu Fabra. Pós-Doutor em Direito Constitucional Comparado pela Universidad Complutense de Madrid. Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela PUC/SP. Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó/SC (UNOCHAPECO).

2 Pós-Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP. Especialista em Direito Constitucional e Direito Processual Civil pela PUC-Campinas. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP.



## 1 INTRODUÇÃO

O contexto da globalização, que começa a causar impactos no Brasil nos anos 80 e mais acentuadamente com as reformas econômicas de Fernando Collor no início dos anos 90, iniciam uma nova etapa nas economias periféricas. Esta nova etapa resulta em uma série de mudanças institucionais, como por exemplo na Constituição Federal, permitindo a presença internacional por meio de empresas multi(trans)nacionais. O texto, de natureza exploratória, utilizando método hipotético dedutivo, procura analisar como esse fenômeno ocorreu no Brasil de maneira comparada ao Chile, país vizinho que sofreu o mesmo processo uma década antes. O referencial da pesquisa são as obras que descrevem o processo de abertura econômica em ambos os países.

A justificativa do texto está na melhor compreensão da presença das multinacionais no Brasil, mas, a partir de uma perspectiva comparada, compreendendo o país como parte integrante de uma região, no caso a América Latina, fato este esquecido nas pesquisas comparadas do Direito que tem por hábito realizar comparações com Estados Unidos ou países europeus.

A agenda econômica latino-americano é pautada pelos interesses das empresas multinacionais que comandam a agenda política local. Empresas oriundas principalmente dos Estados Unidos, Japão e da Europa se instalaram na região, especialmente a partir da segunda metade do século XX, em decorrência de incentivos oferecidos<sup>3</sup> por estes países.

A expansão de empresas multinacionais começou com as grandes corporações americanas e europeias que buscavam novos mercados para seus produtos, num movimento de substituição de exportações, mediante a implantação de unidades industriais em países centrais e em alguns países periféricos mais promissores. Até então, empresas estabeleciam escritórios de venda e assistência técnica nos países em desenvolvimento, para onde exportavam seus produtos. Porém, tais países haviam iniciado a substituição de importações, dificultando esta estratégia, obrigando as empresas a instalarem suas plantas físicas nos países latino americanos, participando dos planos desenvolvimentistas.<sup>4</sup>

Os Investimentos Diretos no Exterior (IDE<sup>5</sup>) estrangeiro tiveram um papel relevante no processo de transformação econômica e crescimento de muitos países emergentes, nas últimas décadas. A entrada de capitais, tecnologia e capacidade gerencial dos países industrializados por um lado beneficiou os mercados emergentes de tal modo que, em curto período de tempo, algumas de suas empresas acumularam capital e conhecimento, o que lhes permitiu investir no exterior, tornando-se players globais, denominadas “multilatinas”. Por outro lado, vários setores econômicos não se desenvolveram, sufocados pelas empresas nacionais gerando subdesenvolvimento e mantendo as cadeias econômicas de dominação da região.

Após esta primeira onda de abertura comercial ocorria entre os anos 40 até 70, com variações de país para país, há uma nova etapa, de privatização das empresas estatais de base. Assim, tanto a indústria de transformação, criada com base nas multinacionais, como também o setor de base<sup>6</sup> e, os serviços públicos, passam às mãos da iniciativa privada internacional.

3 São as condições favoráveis: a) O custo reduzido da mão-de-obra, se comparado aos salários pagos por essas empresas nos países de origem; b) A abundância de matérias-primas em muitos desses países; c) A existência de um mercado consumidor, grande e em expansão, suficiente para absorver a produção das multinacionais e; d) As vantagens que muitos países ofereciam, tanto pela infraestrutura implantada pelo Estado, como pela concessão de incentivos fiscais(isenção de impostos, financiamentos e subsídios generosos), além da liberdade para remeter os lucros às empresas matrizes.

4 Outro motivo para a vinda das multinacionais foi o aproveitamento das inovações tecnológicas desenvolvidas no país de origem, ampliando o ciclo de vida dos produtos. Levando ao chamado “casamento de conveniência” entre esta estratégia e a política industrial da época, que priorizava a substituição de importações, o que resultou na predominância estrangeira nos setores mais dinâmicos da indústria.

5 IDE são recursos que as empresas utilizam nas estratégias de atuação mundial, como por exemplo fusões e aquisições, criação de unidades em outros países e financiamento entre matrizes e subsidiárias.

6 Entre 1991 e 2001, o número de empresas estatais caiu de 20% para menos de 9%. As multinacionais estrangeiras passaram de 27% para 39%. Esta crescente concorrência pressionou as empresas locais, que tradicionalmente fabricavam produtos e serviços para seu ambiente local (PASSANESI FILHO, 1997, p. 386)

É fato notório que, na América Latina, o Chile foi o primeiro país onde isso ocorreu, em 1975, espalhando-se depois pelo continente. Não foram necessárias políticas públicas de apoio à internacionalização – a simples remoção de barreiras institucionais impulsionou as empresas a buscar novos mercados e, causar toda gama de consequências, positivas e negativas, que a ausência de uma indústria nacional causa.

## 2 O CASO BRASIL

O Plano Real e a estabilização das taxas de inflação foram, sem dúvida, os principais eventos na seara econômica no decorrer da década de 90<sup>7</sup>, representando o corte histórico da segunda fase da presença de empresas multinacionais no país, o qual foi acompanhado de uma série de medidas econômicas para garantir a presença destas empresas no país, tais como: aumento acelerado das importações de bens, serviços e capitais; âncora cambial e juros elevados criando posteriormente, um lógica perversa, na qual o sucesso do plano levou a economia brasileira a uma série de desequilíbrios macroeconômicos.

Isto porque, a criação de uma série de medidas que contribuíram para a contínua diminuição do setor produtivo público, por outro lado, provocou o “ressurgimento” dos credores internacionais que passaram a financiar a economia brasileira especialmente por meio de capitais de curto prazo e, a juros elevados. Os novos e abundantes recursos facilitaram o “fim” da inflação elevada e são, em grande parte, a causa da quebra do dogma de que a estabilização deveria estar, obrigatoriamente, acompanhada de uma política de maior austeridade fiscal ou choques drásticos, como ocorridos na década de 80 (PASSANESI FILHO, 1997, p. 382).

Ocorre que, na prática, a estabilização somente poderia ser mantida por um prazo reduzido o crédito de curto prazo concedido ao Brasil era pago pelas receitas de privatização e pelos capitais especulativos, fatores que, não se sustentam no tempo.

A discussão acerca da reformulação da participação do Estado remetia às questões referentes ao próprio papel deste no desenvolvimento nacional, papel que deveria ser deixado em segundo plano, em prol de uma postura que deveria limitar-se apenas à de regulador, conforme defende Malan:

É uma nostalgia dos anos 50 a idéia de que é o Estado que vai promover o desenvolvimento, através do gasto público, mandando a conta para sociedade através do imposto inflacionário, do endividamento que recai sobre gerações futuras, ou de impostos que caíam sobre gerações presentes. É nesse sentido que eu acho que o nome do jogo aqui é o aumento da poupança privada e a redução da despoupança pública, como tenho chamado a atenção há algum tempo. (MALAN, 1999).

---

7 Fernando Henrique Cardoso, como ministro da Fazenda do presidente Itamar Franco, apresentou um programa de estabilização baseado em ajuste fiscal e austeridade, balanceando o orçamento e um sistema de indexação vinculado ao dólar que gradualmente levaria a uma nova moeda, o Real que foi introduzido na economia brasileira em julho de 1994. Como sugerido por Armando Castelar Pinheiro, Fabio Giambiagi e Mauricio Mesquita Moreira (2001, p.14), antes do Plano Real, havia pelo menos cinco planos de estabilização, baseados em congelamentos de preços ou variantes, todos os quais falharam. O que fez a diferença no engenhoso Plano Real foi a existência de uma moeda virtual conhecida como Unidade Real de Valor (URV) atrelada ao dólar, que funcionava em um período de quatro meses para que os agentes econômicos se adaptassem a essa nova unidade. Portanto, a taxa de câmbio, alguns preços básicos como salários do sector público, pensões, salário mínimo e tarifas cobradas pelos serviços públicos foram obrigatoriamente convertidos em URVs e o sector privado poderia usar o mesmo índice voluntariamente para a maioria dos outros preços. Por meio dessa estratégia, o governo adotou a lógica da dolarização, sem fazê-lo ou recorrendo a um conselho monetário. O primeiro impacto do Plano Real foi muito positivo com as taxas de inflação sob controle, por exemplo, o aumento acumulado de preços em 1994 foi de 1.340%, enquanto em 1995 caiu para 46,18%. Essa estabilização inicial proporcionada pelo Real esteve diretamente atrelada à adoção de uma política monetária restritiva, principalmente, utilizando-se taxas de juros altas para sustentar a inflação baixa.

O Estado se transforma em simples subordinado dos interesses corporativos e aos interesses do sistema financeiro internacional. O monopólio estatal é substituído pelos oligopólios privados, estes com o objetivo principal de recuperar o valor pago nas privatizações e, em muitos casos, adotando políticas próprias que confrontavam os objetivos que o setor público tradicionalmente representa.

No caso específico do processo de privatizações, é notória que a primeira fase (1982-89) foi marcada pela tentativa de saneamento do BNDES, muito longe da expressividade que essa receita “neoliberal” viria a ter em toda a América Latina no decênio seguinte.

A motivação básica foi eliminar de sua carteira (BNDES/BNDESPAR) empresas assumidas involuntariamente e que consumiam parcela significativa de seus desembolsos. Ao final, foram alienadas 38 empresas no período, todas de pequeno ou médio porte, totalizando uma receita de apenas US\$ 736,3 milhões” (PASSANESI FILHO, 1997, p. 387).

As privatizações ocorridas durante o período pré-90, portanto, situavam-se na esfera da redefinição do papel do Estado em algumas áreas em favor do setor privado, embora pouco representativas frente ao Programa Nacional de Desestatização (PND) que foi levado a cabo durante os anos seguintes. Apenas a partir do governo Collor é que o programa de privatizações toma corpo. Entre 1990 e 1993 foram vendidas várias empresas, principalmente dos setores de siderurgia, petroquímica e fertilizantes, uma vez que restrições constitucionais impediam<sup>8</sup>, até então, a privatização dos setores correspondentes aos serviços de monopólio natural do Estado, tais como o petrolífero, o de telecomunicações, energia elétrica etc.. (PASSANESI FILHO, 1997, p. 388).

É justamente nesse contexto que o processo de privatização ganha destaque como um dos sustentáculos da política econômica no período de estabilização, atingindo seu “auge” no primeiro mandato do governo Fernando Henrique Cardoso. Serviços altamente regulados como o de energia elétrica e telecomunicações, de competência exclusiva da União segundo a Constituição de 1988, passam a ser cedidos (sob regime de concessão) para exploração do setor privado, o que acabou com o monopólio público sobre esses serviços, gerando impactos sobre o estoque de dívida pública e sobre o potencial de ganhos de eficiência sistêmica e em nível microeconômico.

No entanto, somente a partir de 1996 a privatização começa a desempenhar seu papel macroeconômico de maior importância. Com as adversidades provocadas pelas crises asiática (1997) e russa (1998), as receitas oriundas da alienação das empresas estatais serviram como um “colchão” para que a estabilidade fosse mantida por meio do equacionamento dos déficits em conta corrente e da dívida pública, em trajetória ascendente desde 1994.

A grande questão, não resolvida pelos ideólogos do Plano Real eram as possíveis consequências do esgotamento das receitas de privatização, o que ocorreu ao fim de 1998, provocando a necessidade (tantas vezes adiada) de urgentes ajustes nas contas fiscais e externas.

De fato, o mercado internacional se fecha no final de 1997 e o processo de privatização perde o fôlego apresentado nos anos anteriores. A partir de então, os inúmeros desequilíbrios econômicos, principalmente o fiscal, passaram a ser responsabilizados pelo esgotamento dos ganhos trazidos pelo Plano Real, em particular após a queda da âncora cambial com a forte desvalorização de 1999.

---

8 Outro fator de grande importância no Brasil foi a criação das moedas de privatização, qual seja, um amplo leque de papéis da dívida interna aceitos como pagamento, ao passo que países vizinhos como Argentina e Chile aceitavam preponderantemente moeda e títulos da dívida externa como meios de pagamento.

O efeito final da política neoliberal brasileira é a desnacionalização da economia e, ausência de soberania econômica. Em 1990, o estoque de capital estrangeiro investido no Brasil correspondia a 8% do Produto Interno Bruto. Com a enxurrada dos últimos quatro anos, as empresas sob controle estrangeiro têm o equivalente 20% do PIB nacional.<sup>9</sup>

Ocorre que, as empresas multinacionais operam no exterior para tirar vantagens da sua superioridade tecnológica, gerencial e de marketing, de seu acesso privilegiado a informações, que lhes permitem avaliar os riscos e tomar decisões, além, evidentemente, de acesso a volumes de capital que, normalmente, não são acessíveis aos competidores locais. Tomadas em conjunto essas vantagens, a competição das empresas locais, principalmente em indústrias oligopolizadas, intensivas em capital e tecnologia, torna-se virtualmente impossível. Por outro lado, a não ser que os países hospedeiros tenham poder de barganha suficiente para forçá-las a isso, essas empresas externas estão muito pouco interessadas em transferir conhecimento e capacitação tecnológica para a economia local. Além disso, essas grandes empresas podem impedir a concorrência local, a partir de uma política predatória de preços ou simplesmente negando o acesso dos concorrentes locais a determinadas matérias-primas sobre os quais elas têm domínio na cadeia produtiva mundial.

### 3 O CASO CHILE

O Chile vive um processo não muito diferente do Brasil. Influenciado pela Grande Depressão de 1929, houve um processo direcionado para o desenvolvimento da indústria local buscando isolar a economia chilena de futuros conseguindo restaurar a solvabilidade do país e promover o crescimento econômico através da intervenção pública.<sup>10</sup>

A industrialização por substituição de importações<sup>11</sup> não produziu uma expansão sustentável do setor industrial vez que a população chilena não tinha renda suficiente para adquirir os produtos fabricados no país. Além disso, as empresas dependiam da importação de matéria prima, de bens de capital e, bens intermediários; aquisições que dependiam de subsídios estatais.

Em setembro de 1970, Salvador Allende, o candidato da Unidade Popular (UP), foi eleito presidente do Chile. Durante três anos, ele liderou uma experiência política e econômica exclusiva. Foi uma coligação de esquerda e centro dominado pelo Partido Socialista do Chile e o Partido Comunista do Chile, os quais procurou implementar reformas institucionais profundas, políticas e econômicas. O programa UP propôs um “caminho chileno para o socialismo” democrático. Quando Allende assumiu o cargo em novembro de 1970, seu governo enfrentou uma economia, desindustrializada, estagnada e enfraquecido pela inflação, que atingiu uma taxa de 35%, em 1970, entre 1967 e 1970, o PIB real per capita cresceu apenas 1,2 % ao ano, uma taxa significativamente abaixo da média latino-americana (FISCHER, 2015, p. 29).

A UP teve uma série de objetivos econômicos de curto prazo, iniciando transformações

---

9 Após o Plano Real, o número de empresas brasileiras cujo controle passou para as mãos do capital estrangeiro aumentou 498% em relação à primeira metade da década. De 1995 para cá, ocorreram 1233 operações de fusões e aquisições no país em que o capital estrangeiro adquiriu o controle ou participação em empresas de capital nacional. Só em 1999, empresas estrangeiras investiram no país mais de US\$ 30 bilhões, principalmente para adquirir o controle de empresas nacionais. Os setores mais visados na última década foram o de química e petroquímica, alimentos, material de transporte, informática, metalurgia, comércio varejista, serviços públicos e telecomunicações. Dos setores de tecnologia de ponta, o único que permanece sob o controle nacional é o aeronáutico. A participação do capital estrangeiro no setor financeiro já chegou a 42% (PASSANESI FILHO, 1997, p. 389)

10 Para tanto, foi criada a Corporação de Fomento da Produção (CORFO), a fim de promover, com subsídios e investimentos diretos, um ambicioso programa de industrialização por meio da substituição de importações.

11 Durante o período de industrialização por substituição de importações, o cobre continuou a ser o principal produto de exportação e fonte de divisas, especialmente para o Estado. O governo chileno manteve parte do valor da produção de cobre aumentou de cerca de um quarto em 1925 para 80% em 1970, principalmente devido ao aumento dos impostos (FISCHER, 2015, p. 77).

econômicas estruturais, incluindo um programa de nacionalização; aumentar os salários reais; reduzir a inflação; estimular o crescimento econômico; aumentar o consumo, especialmente entre os pobres; e reduzir a dependência econômica em relação a outros países. O programa de nacionalização da Allende foi alcançado através de uma combinação de uma nova legislação, requisições e compra de ações dos acionistas minoritários. Os outros objetivos fossem alcançados, aumentando agregado, gerado principalmente pelo aumento dos gastos públicos, acompanhados por rigorosos controles de preços e medidas de redistribuição de renda da demanda.

Depois de assumir o poder em novembro de 1970, a UP rapidamente começou a implementar o seu programa. Na área de reformas estruturais, duas medidas básicas foram iniciadas imediatamente. Em primeiro lugar, a reforma agrária foi grandemente intensificada, e um grande número de fazendas foram desapropriadas. Em segundo lugar, o governo propôs a alteração da Constituição, a fim de nacionalizar as maiores minas de cobre.<sup>12</sup>

Os gastos do governo se expandiram consideravelmente, o mesmo ocorrendo com os salários que tiveram aumento real de 48%. Em 1971 o PIB cresceu 7,7%, os salários reais aumentaram em média 17%, o consumo agregado cresceu a uma taxa real de 13%, e a taxa de desemprego caiu abaixo de 4%, melhorando ainda, a distribuição de renda (FISCHER, 2015, p. 34).

Com o golpe do General Pinochet, em abril de 1975, os chamados “Chicago Boys”, assumem o controle da política econômica, começando um período de mudanças econômicas drásticas. O Chile foi gradualmente se transformado, de um país isolado na economia mundial, com forte intervenção do governo na economia; em um país global liberal e integrado aos países de centro, onde as forças de mercado foram deixadas livres para tomar as decisões econômicas. Este período foi caracterizado por várias mudanças econômicas, sustentadas pelo apoio da administração norte-americana: a inflação caiu enormemente, o déficit foi praticamente eliminado, a economia passou por uma dramática liberalização do setor externo. Porém, junto com essas conquistas, as quedas ocorreram no padrão de vida dos cidadãos mais pobres, a pobreza cresceu vertiginosamente, os salários caíram, e a divisão social se agravou enormemente (FISCHER, 2015, p. 24).

En Chile, la inspiración teórica de la experiencia del general Pinochet fue más directamente norteamericana; Milton Friedman era entonces una referencia más directa que el austríaco von Hayek. Es preciso subrayar que la experiencia chilena de los años 70 interesó mucho a los consejeros ingleses de la señora Thatcher. Por lo demás, se tejieron excelentes relaciones entre los dos regímenes durante los años 80. El neoliberalismo chileno, bien entendido, presuponía la abolición de la democracia y la puesta en vigor de una de las dictaduras más sanguinarias de la postguerra. (ANDERSON, 1999)<sup>13</sup>

12 A 11 de junho de 1971 foi aprovada uma emenda à Constituição que nacionalizou grandes minas de cobre. Além disso, houve a reforma do sistema bancário e das grandes empresas industriais. Houve a compra pelo Estado de ações dos bancos e, aquisições de empresas através um processo de requisição ou expropriação de empresas estrangeiras com base em um promulgado durante a curta existência da República Socialista do Marmaduke Grove Vallejo, em 1932 (FISCHER, 2015, p. 22).

13 A influência da Escola de Chicago na definição do modelo econômico institucionalmente adotado pela Constituição de 1980 foi determinante para sua orientação neoliberal, o que leva a alguns autores, como Carl Bauer, a classificá-la como uma “Constituição da Liberdade”, com referência a Hayek. O mencionado autor prossegue em suas considerações, destacando a presença dos pilares de sustentação dessa ordem pública: economia, liberdade e subsidiariedade, afirmando: “As previsões econômicas na Constituição são breves, mas fundamentais. Estabelecem o que se denomina ‘ordem pública econômica’, que consiste em amplos direitos econômicos privados que vão acompanhados de fortes limitações às atividades econômicas e poderes regulatórios do Estado. A medula dessas previsões se encontra no artigo 19, que enumera todos os direitos constitucionais (especificamente os números 21 a 26), os quais, juntamente com o artigo 1, expressam o princípio do ‘Estado Subsidiário’ ainda quando o termo não é expressamente mencionado” (BAUER, 1998, p.25).

Do ponto de vista econômico, a era do general Augusto Pinochet Ugarte (1973-1990) pode ser dividida em dois períodos. A primeira<sup>14</sup>, 1975-1981 corresponde ao período em que foram implementadas a maioria das reformas. O período terminou com a crise da dívida internacional e do colapso da economia chilena. Nesse ponto, o desemprego girava acima de 20%, e teve uma grande parte do sector bancário falido. Durante este período, a política econômica pragmática, que enfatizou a expansão das exportações e o crescimento foi implementado. O segundo período, de 1982 e 1990 foi caracterizado pela recuperação econômica e movimentos em direção a uma economia de mercado livre, embora a um ritmo mais lento do que o da década de 1980 etapa inicial.

No início de 1974, o Chile adotou unilateralmente um regime aberto de comércio caracterizada por tarifas baixas nas tarifas de importação, a falta de controles de câmbio ou de comércio e restrições mínimas aos movimentos de capitais. No início de 1979, a política comercial do Chile foi liberalizada; posteriormente, não houve restrições quantitativas, licenciamento ou proibições. Um imposto uniforme de importação que varia entre 10% e 35% entrou em vigor, e, até 1980, a taxa de câmbio real sobre a valorização foi geralmente evitada (FISCHER, 2015, p.100). Em 1990, o Chile foi o único país, de acordo com o Banco Mundial, o índice de liberalização atingiu o maior nível possível de 20, indicando uma ausência de deformação do setor externo.

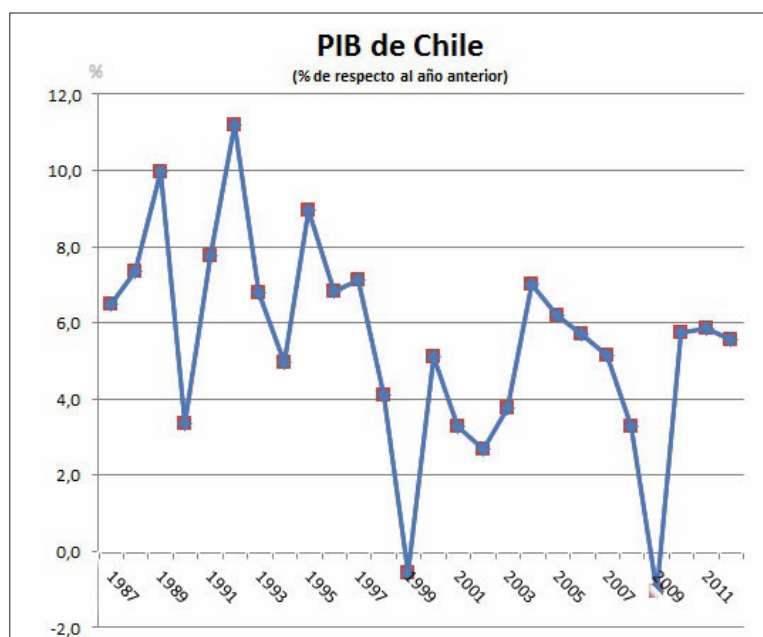
O período de euforia vai até a crise da dívida latino-americana, 1982, afetando a economia chilena particularmente, vez que, os empréstimos estrangeiros foram congelados e os termos internacionais de comércio mudou radicalmente contra o Chile. Inicialmente, políticas implementadas para enfrentar a crise de 1982 pode ser descrito como hesitante. No início de 1983, o setor financeiro voltou nacionalizado, como forma de evitar uma crise bancária, e foi promulgada uma série de regimes de subvenção favorecendo devedores. A decisão de subsidiar os devedores que adquiriram empréstimos em moeda estrangeira durante o período de taxa de câmbio fixa, e para resgatar bancos em dificuldades, resultou em pesadas perdas para o Banco Central do Chile, o que contribuiu para uma enorme insuficiência de finanças do setor público (FISCHER, 2015, p. 27).

Este déficit, por sua vez, se tornaria uma das causas subjacentes da inflação no início de 1990. Políticas para reestruturar o setor industrial, que entrou em uma profunda crise após o colapso econômico foram aplicados. Apesar destas medidas, a economia não mostrou resposta significativa: o desemprego manteve-se extraordinariamente alta, e da crise externa, o que alguns esperavam para ser apresentado como apenas um revés temporário, durou.

Ainda não explica ao certo porque a economia chilena perdeu tanto sua força no período 1990-99. A tendência de queda tem sido consistente ao longo da última década, através de períodos de tensão em condições externas e prosperidade, de modo que a explicação não parece ser transitória e além do controle dos fatores de autoridades.

---

14 "En los primeros doce meses que siguieron al golpe militar, la tasa de uso de los recursos se había recuperado. La disciplina laboral impuesta mediante la represión sindical, la puesta al día de precios y tarifas atrasadas, la devaluación cambiaria, un fuerte aumento de la inversión pública y un elevado precio del cobre, removieron cuellos de botella que obstaculizaban el mayor uso del PIB potencial. Un alza del precio del cobre en 1973-74 compensó con creces el aumento del gasto en importaciones de petróleo, con un mejoramiento de los términos del intercambio equivalente a 5% del PIB en 1974 respecto de 1972. Estas condiciones permitieron una disminución de la inflación a 370% en 1974. Sin embargo, el precio del cobre descendió fuertemente durante el segundo semestre de 1974, en tanto que el shock petrolero subsistió, con un efecto negativo equivalente a 6,4% del PIB en 1975 respecto de 1972. Este fuerte impacto, unido a la persistencia de la inflación, llevaron al gobierno a iniciar un fuerte ajuste basado en la reducción de la demanda agregada liderada por contracción fiscal y monetaria, y una devaluación cambiaria significativa." (FFRENCH-DAVIS, 2002, p. 31)



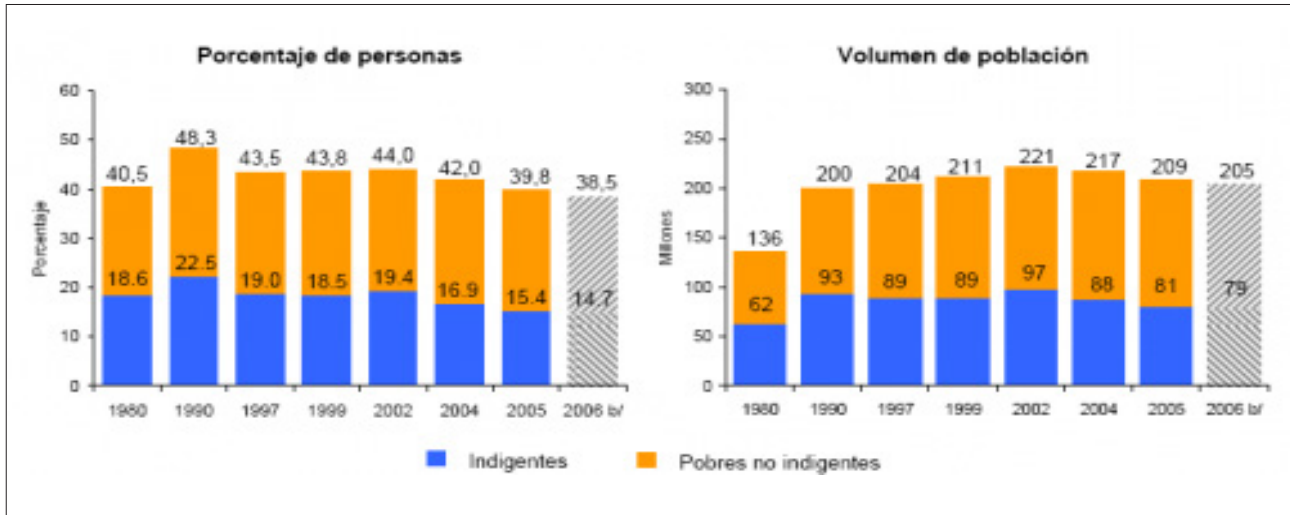
Fonte: CEPAL. Horizontes 2030 - A igualdade no centro do desenvolvimento sustentável

#### 4 O IMPACTO DAS MULTINACIONAIS

Embora as interpretações ortodoxas digam que a atuação das empresas multinacionais nos países da América Latina, não só Chile e Brasil, trouxeram melhoras nas contas externas e na geração de riqueza, houve agravamento de vários problemas sociais pois, as economias locais não possuem o mesmo desempenho global dos países do centro e, conseqüentemente não conseguem resolver problemas de distribuição de riqueza<sup>15</sup>.

15 "A primeira geração de EMN dos países emergentes surgiu no contexto das estratégias de substituição de importações (anos de 1970), operando num ambiente protegido por altas tarifas, com poucos recursos, adaptando produtos às condições locais, em processos intensivos em mão-de-obra, na época conhecidos como <de tecnologia apropriada>. O objetivo principal era ganhar mercados e eficiência produtiva (DUNNING, 1988; 1994) e os investimentos eram direcionados a outros países em desenvolvimento, geralmente vizinhos. Este movimento teve origem predominantemente na América Latina – Argentina, México, Chile, Brasil, Colômbia e Venezuela (GAMMELTOFT, 2007). Em um primeiro momento, as empresas latino-americanas no exterior visavam estabelecer parcerias com seus clientes, mantendo-se próximas para ajustes de produtos, assistência técnica e facilidades logísticas, assegurando canais de exportação de seus produtos. A segunda onda de internacionalização foi estimulada por uma combinação de fatores pull and push (atração de empresas estrangeiras e estímulo à saída de empresas locais), e o objetivo maior era obter ativos estratégicos, daí a existência de investimentos tanto em países em desenvolvimento como em países desenvolvidos, fora de sua vizinhança. Esta fase começou nos anos 1980 e foi dominada por multinacionais dos Tigres Asiáticos – Coreia do Sul, Taiwan, Hong-Kong e Singapura – logo seguidas por empresas da Malásia, Tailândia, China, Índia e Filipinas (MINDA, 2008). Os investimentos desses países no exterior foram mais significativos que os da primeira geração de EMN de países emergentes, e dirigidos a setores mais sofisticados tecnologicamente (CHUDNOVSKY; LÓPEZ, 2000). Coreia, Taiwan, Singapura e Hong-Kong haviam sofrido transformações importantes desde os anos 1960, e possuíam à época um conjunto de empresas industriais que fabricavam produtos tecnologicamente complexos e competiam em condições de igualdade com empresas de países desenvolvidos (KIM; NELSON, 2000). Essa mudança envolvera aquisição e assimilação de tecnologias que, por sua vez, exigiram altos níveis de investimento em capital físico e humano, além de fortes doses de empreendedorismo, aprendizagem e inovação, sempre voltados a exportações. Pelos critérios do Banco Mundial (renda per capita acima de 11.000 dólares), hoje os quatro países são considerados desenvolvidos. A segunda geração de EMN da América Latina surgiu com a liberalização econômica. Dawar e Frost (1999) observam que havia três respostas típicas das empresas a essa situação – pedir ajuda ao governo, tornar-se parceira subordinada a uma multinacional estrangeira ou ser vendida. No setor de autopeças, a brasileira SABÓ foi uma das poucas sobreviventes e escolheu a segunda alternativa. Mas, para ir além dessa posição, foi fundamental a sua capacidade tecnológica. A liberalização econômica teve papel fundamental no estímulo à internacionalização, ao modificar as condições ambientais em que as empresas atuavam, exigindo aumento de competitividade. Muitas empresas estatais, que haviam crescido e se consolidado sob a proteção governamental, foram privatizadas, em condições competitivas para concorrer no exterior. Na América Latina, o Chile foi o primeiro país onde isso ocorreu, em 1975, espalhando-se depois pelo continente. Não foram necessárias políticas públicas de apoio à internacionalização – a simples remoção de barreiras institucionais impulsionou as empresas a buscar novos mercados. A abertura econômica modificou o perfil das 500 maiores empresas da América Latina. Entre 1991 e 2001, o número de empresas estatais caiu de 20% para menos de 9%. As multinacionais estrangeiras passaram de 27% para 39%. Esta crescente concorrência pressionou as empresas locais, que tradicionalmente fabricavam produtos e serviços para seu ambiente local (SANTISO, 2007). As empresas mais dinâmicas tornaram-se as Multilatinas. Algumas se instalaram em outras regiões do continente, como o Mercosul e a zona andina, outras buscaram mercados emergentes em outros continentes – África e Ásia, ou em países da OCDE, especialmente os Estados Unidos." (STAL; CAMPANÁRIO, 2010, p.59)

O trabalho é um bom exemplo vez que o trabalho informal em todas as suas formas afeta quase 50% da força de trabalho na América Latina. Embora tenhamos experimentado uma ligeira queda em relação aos anos anteriores, a pobreza e a falta de moradia ainda afetam 40% da população do subcontinente, ou seja, mais ou menos na mesma proporção que em 1980 (GROSFOGUEL, 2018, p. 11)



Fonte: [www.rebelion.org](http://www.rebelion.org)

Mais de 205 milhões de pobres e 79 milhões de desabrigados é a realidade da América Latina, depois de vinte anos de total abertura para as multinacionais. É também a região mais desigual do mundo (GROSFOGUEL, 2018, p. 12).

## 5 AS REFORMAS CONSTITUCIONAIS

Entende-se que a reforma do Estado não é um fenômeno isolado, ela é decorrente de uma série de mudanças nas relações internacionais, especialmente nas relações do comércio mundial e na organização das forças políticas entre os diferentes países. Não é coincidência que os processos liberalizantes, iniciados na Inglaterra e Estados Unidos, tenham sido incorporados na agenda das reformas do Estado em muitos países do mundo. Existe uma lógica dentro deste processo histórico, que é a lógica do grande capital, mudando as regras da regulação do Estado na sociedade.

No Brasil, embora reformas liberais tenham sido realizadas desde o regime militar (1964-1985) a Constituição Federal de 1988 quebra esta lógica e, cria um modelo de Constituição Econômica em que o Estado é o centro da atividade econômica, aproximando do chamado Capitalismo de Estado (COUTO;ARANTES, 2003, p.2).

Ocorre que, em um ato de traição ao projeto originário da Constituinte soberana, o governo de Fernando Henrique Cardoso, possuindo maioria no Congresso Nacional passa a reformar a Constituição Federal brasileira, retalhando-a a fim de permitir a mudança do sistema econômico de intervencionista para liberal (COUTO;ARANTES, 2003, p.2).

Tratando somente do primeiro mandato, as cinco primeiras emendas do período FHC, todas referentes à desregulamentação dos mercados, à desestatização e à abertura econômica. Entre elas, a mais controversa era a que acabava com o monopólio estatal na exploração do petróleo, mas mesmo assim foi possível sancioná-las já no primeiro ano de mandato, graças à lua-de-mel do presidente com o país e à sua ampla base de apoio congressual. O segundo



ano do governo FHC foi ainda mais pródigo: seis emendas foram aprovadas. Dessas, quatro merecem destaque: duas dando alívio fiscal ao governo – o Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) e a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e de Direitos de Natureza Financeira (CPMF); outras duas promovendo a desestatização do setor de seguros e criando o Fundo de Desenvolvimento da Educação Fundamental (FUNDEF). Já em 1997 o ritmo diminuiu um pouco, embora tenha sido aprovada uma das mais controversas emendas: a que permitia a reeleição presidencial, além da renovação do FEF. Finalmente, no último ano do primeiro mandato aprovaram-se duas grandes emendas, concernentes às reformas administrativa e previdenciária, além de uma que – abarcando esses dois campos – alterava o regime constitucional dos militares.

Todas estas reformas permitem a mudança do modelo de gestão, passando de burocrático (centralizado no Estado) para um modelo gerencial, no qual o Estado simplesmente gerencia as forças de mercado (internacionais) instaladas no país. Em outras palavras, nada mais que a constitucionalização do Consenso de Washington. Tal questão deve ser considerada então a partir das perspectivas históricas e institucionais, que implicaram na inversão da paradigmática do Fórmula do Estado brasileiro originalmente concebida pela Constituição de 1988. É dizer, passa de um modelo patrimonial marcado por forte intervenção nas ordens econômicas e sociais, para um estado de caráter gerencial, que busca ignorar ações positivas, promovendo-as por meio de agências reguladoras<sup>16</sup>.

Somente a partir da reforma constitucional de FHC é o que país pode aceitar a entrada em definitivo de todo tipo de empresas multinacionais, pagando o Brasil, até hoje, o preço desta decisão política<sup>17</sup>.

No caso do estatuto jurídico que emana da Constituição do Chile 1980, já se encontra a abertura econômica padrão (viés liberal) no Capítulo I, com base das instituições em que depois de declarar a liberdade e iguais em dignidade e direitos das pessoas (artigo 1, inciso 1), prescrito: *El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.*

Fico evidenciado aqui, o princípio da subsidiariedade, reconhecendo que a norma protege a autonomia dos grupos intermediários. Assim, o Texto Constitucional reconhece e ampara os denominados grupos intermediários, isto é, as diversas agrupações coletivas que existem na sociedade e atuam, paralelamente, ao Estado, dentro de parâmetros de autonomia, para atender certas finalidades, como bem destaca José Luis Cea, tratam-se de organizações voluntariamente criadas pela pessoa humana, situadas entre o indivíduo e o Estado para que cumpram seus fins específicos através dos meios que disponham, com autonomia frente ao

16 Com as reformas constitucionais anteriormente mencionadas, o Estado de Bem-Estar proposto pelo poder constituinte do 1988 da lugar ao denominado Novo Modelo de Gestão Pública, ou seja, um sistema construído com base em mecanismos típicos de mercado, incorporando ajuste fiscal e eficiência como diretrizes fundamentais. Luis Carlos Bresser-Pereira, economista, foi nomeado Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado e tornou-se o mentor dessas mudanças quando o modelo foi adotado durante o mandato de Fernando Henrique Cardoso, o Presidente do Partido da Social Democracia Brasileira. Em seus escritos, Bresser-Pereira compartilha as ideias que inspiraram essa proposta de “reconstrução” do país adotando a Nova Gestão Pública. Ele argumentou que as mudanças pretendiam afetar a administração pública, convertendo seus serviços burocráticos em uma atividade gerencial e responsável para beneficiar os cidadãos e instituições a partir de três aspectos básicos: tributação, seguridade social e redução do poder do Estado (CONTIPELLI, 2016, p.05)

17 “A Constituição moderna é, deveras, também um instrumento de defesa da sociedade contra o abuso de poder. Destruído o ideal de solidariedade que anima a coesão social no Estado social – alvo maior do neoliberalismo –, agora se empenham os maravilhosos na redução das liberdades democráticas, mesmo porque da insegurança social e individual, depende a fluência dos mecanismos de competição nos mercados. “Se a Constituição não o impede, se já não funciona como instrumento de defesa da sociedade contra o tirano, pereceu...” “Lembrando o poema – ‘eu vivo em um tempo sem sol’ – dou-me desgraçadamente conta de que não é necessário que haja prisões e repressão para que se instale a ditadura”. (GRAU, 2001, p. 75)

aparato publico (CEA, 2002, p. 177)<sup>18</sup>.

Explicando a atribuição desse amplo setor de autonomia às pessoas e grupos intermediários, para, independentemente de interferências externas, promover o que deve ser compreendido como bem-estar e desenvolvimento livre de seus próprios interesses, Eduardo Soto Kloss justifica que o ser humano é artífice de seu próprio destino, dono de seus próprios atos, ao ser livre e por consequência responsável. Corresponde a ele e a suas associações com seus semelhantes que busque forjar seu próprio bem-estar e progredir em sua vida individual e social. Aquilo que os indivíduos particulares podem fazer por si mesmos e com suas próprias forças no deve ser retirado e entregue à comunidade; princípio que se aplica igualmente à sociedade ou agrupamentos menores e de ordem inferior às maiores e mais elevadas. Porque toda atividade social é por natureza subsidiária e deve servir suporte aos membros do corpo social e não destruí-los ou absorve-los (SOTO KLOSS, 1986, p. 39)<sup>19</sup>.

De acordo com a ideia anteriormente exposta, existiriam esferas prevalentes de ação na consecução do bem-estar no plano da realidade social, de tal modo que os grupos intermediários e pessoas individualmente consideradas devem manifestar plenamente sua capacidade de atuação. Dessa maneira, o Estado e a sociedade política estariam legitimados a atuar somente onde aqueles não se encontrem devidamente capacitados, recebendo um campo subsidiário com contornos nitidamente liberais.

A ordem constitucional chilena reconhece no Estado o papel de “serviço à pessoa humana”; promovendo o bem comum, para o qual deve contribuir para as condições sociais mínimas a cada indivíduo.

Exemplo disto é o *mandamus* previsto no parágrafo 2 do artigo 5 do texto constitucional chileno, afirmando que *“el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

Desse modo, o princípio da servicialidade considera o Estado como instrumento que deve servir a pessoa humana para a realização do bem comum, fazendo que toda a legislação e todos os demais atos administrativos atentatórios à fruição das liberdades e direitos que a Constituição reconhece e garante sejam retirados do sistema jurídico positivado. Por exemplo, em determinada ocasião o próprio Tribunal Constitucional chileno, analisando projeto de lei para criação do Conselho de Defesa do Estado, entendeu como inválidas as disposições que estipulavam poderes discricionais amplos e sem sujeição ao controle externo por violação ao princípio da servicialidade<sup>20</sup>.

18 No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional já teve a oportunidade de afirmar que “o reconhecimento e amparo dos grupos intermediários ou entes associativos, é um dos pilares básicos na organização da sociedade civil, e assim estabelece, já no seu artigo 10 da Carta Fundamental, garantindo ao mesmo tempo sua adequada autonomia, a fim de permitir-lhes – como células vivas da sociedade – a obtenção de seus fins próprios, contribuindo de este modo à riqueza da trama social e, em último termo, ao bem comum da sociedade. Reconhecimento, amparo e garantia de sua autonomia são os termos em que a Constituição se expressa a seu respeito” (Tribunal Constitucional, Sentença de 09/01/2013, Rol. N. 2.358).

19 Confirmando o entendimento manifestado pelo autor, encontramos a seguinte jurisprudência do Tribunal Constitucional: “A autonomia para cumprir com seus próprios fins específicos implica na necessária e indispensável liberdade desses grupos associativos para fixar os objetivos que se desejam alcançar, para se organizar do modo que estimem mais conveniente para seus membros, para decidir seus próprios atos e a forma de administrar a entidade, tudo sem a intromissão de pessoas ou autoridades alheias à associação ou grupo, e sem limitações que imponha a Constituição” (Tribunal Constitucional, Sentença 30/10/95, Rol. N. 226)

20 De acordo com o Tribunal Constitucional chileno: “O referido inciso terceiro do artigo 16 do projeto vulnera a Constituição ao não proteger o gozo efetivo dos direitos e liberdade que a Carta assegura e garante a todas as pessoas, quando dota um serviço público, Conselho de Defesa do Estado, de faculdades absolutamente discricionárias, como as de recolher e confiscar documentos ou antecedentes ou documentos sobre contas correntes bancárias, depósitos ou outras operações sujeitas a segredo ou reserva pertencentes também às pessoas investigadas” (Tribunal Constitucional. Sentencia de 4 De enero de 1995, Rol N° 198).

Na parte econômica, o texto constitucional afirma que todas as pessoas têm “o direito de desenvolver qualquer atividade econômica que for contrário a moral, à ordem pública ou a segurança nacional, no respeito pelas normas legais que regular”. (artigo 19 n.º 21 da Constituição).

O Estado, por sua vez, graças ao Princípio da Subsidiariedade, para desenvolver atividades econômicas diretas, necessita de uma lei quórum qualificado autorize. Neste caso, estas atividades estão sujeitas à lei comum aplicável a qualquer indivíduo que explore a atividade econômica.

Pode-se considerar, então, que a Constituição chilena está estruturada desde o primado da liberdade, com a pretensão de institucionalizar um Estado mínimo, apresentando uma neutralidade tipicamente liberal que se abstém de intermediar as relações entre mercado e sociedade. Os pilares de sustentação desse modelo econômico constitucional seguem a ideia do princípio da subsidiariedade que, juntamente, com a liberdade de empresa, prevista entre o rol de direitos fundamentais, especificamente no n. 21 do artigo 19, diminuem consideravelmente a atuação do Estado no setor de interesse privado, seja como órgão regulador ou mesmo como agente empresarial (CONTIPELLI, 2015, p.138).

Nas atas oficiais da Comissão de Estudos da Nova Constituição, é possível verificar essa inclinação liberal do Texto Constitucional econômico, sobretudo, nas discussões que motivaram a inserção do n. 21 do artigo 19, que, por consequência, afirma categoricamente, a noção de subsidiariedade:

Da limitação do campo de atividades do Estado como consequência do princípio da subsidiariedade. O Estado não poderá em forma direta, nem indireta por meio de empresas de seu domínio ou dependência, desenvolver atividades industriais ou comerciais, com exceção daquelas que expressamente lhes sejam autorizadas por uma lei específica. Tal lei deverá ser aprovada com um quórum especial. O Estado, em sua atividade empresarial, receberá o mesmo tratamento que os particulares, não poderá contratar empréstimos com o Banco Central e suas necessidades de financiamento deverão ser resolvidas mediante recursos ordinários de créditos e através dos canais normais de colocação.<sup>21</sup>

Apesar de reconhecer o direito constitucional das pessoas de atividades econômicas, autoriza o Estado a realizar tais atividades em casos extremos. Neste sentido, a Constituição chilena de 1980 cria uma estrutura econômica liberal ao adotar o princípio da subsidiariedade, isto é, o Estado chileno somente intervém na atividade econômica quando esta for insuficiente para atender necessidades essenciais da população.

Em suma, inspirada pelas propostas neoliberais difundidas pela Escola de Chicago, a Constituição chilena é construída a partir de um modelo destinado a proteger e estimular a livre economia de mercado, resguardando a esfera de autonomia das pessoas e grupos intermediários e, paralelamente, neutralizando o papel do Estado, ao conferir-lhe atribuições regulatórias mínimas, ou seja, o necessário para garantir o pleno exercício das liberdades econômicas.<sup>22</sup>

---

21 Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, vol. 11, sesión 388º, celebrada el 27 de junio de 1978

22 Sobre o tema Juan Carlos Ferrada Bórquez pondera que: “La ‘constitución económica’ chilena es una expresión normativa del sistema y modelo económico definido por los economistas liberales del régimen militar que se diseña, teniendo como modelo un programa económico neoliberal impulsado por la Escuela de Chicago. En este sentido, el rol que se entrega al sector privado y al mercado dan cuenta de un enfoque institucional en el que el Estado carece de protagonismo, salvo para garantizar las libertades económicas reconocidas a los ciudadanos” (FERRADA BÓRQUEZ, 2000, p. 53).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retomando o que já foi dito acima, a América Latina é um clássico exemplo de economia agroexportadora que produza bens agrícolas para abastecer o mercado mundial e importava bens industrializados. Com a crise econômica mundial, gerada pela Grande Depressão (1929), há falência desse modelo. Para os países crescerem e se desenvolverem, era necessário promover uma mudança profunda na economia.

Para fomentar a indústria nacional, os governos brasileiro e chileno, bem como de outros países, ergueram barreiras protecionistas. Esta opção pelo protecionismo, sobretudo após a Segunda Guerra mundial, foi influenciada por ideias não alinhadas ao pensamento liberal clássico, especialmente dos países centrais (Estados Unidos e Reino Unido).

Existem diferentes escolas de pensamento econômico e, conseqüentemente, diferentes abordagens acerca do comércio internacional. A concepção clássica desse assunto está fundamentada nas ideias desenvolvidas pelo economista clássico inglês David Ricardo. De maneira muito simplificada, sua teoria pode ser reduzida ao seguinte conceito: o comércio traz vantagens porque gera especialização. Cada nação vai produzir o que faz de melhor e importar o que não produz tão bem. No final da década de 1940, começou a se formar, na América Latina, uma escola de pensamento que rejeitou a visão liberal de comércio e desenvolveu uma argumentação bastante interessante sobre esse tema, corrente esta que foi seguida por Brasil e Chile.

Estes pensadores ficaram sendo conhecidos como estruturalistas e tinham, como seu maior representante, o economista argentino Raúl Prebisch. Coube a ele a famosa percepção de que estava havendo uma “deterioração dos termos de troca” contra a América Latina. Isso significava, simplesmente, o seguinte: os produtos exportados pela América Latina (bens primários) estavam se tornando mais baratos em relação às importações (produtos industrializados). A partir dessa constatação, os estruturalistas concluíram que livre comércio não estava beneficiando a América Latina.

Historicamente, o subcontinente latino-americano especializou-se na produção de bens agrícolas. Entretanto, essa especialização não trouxe vantagens, muito pelo contrário, era a principal causa do subdesenvolvimento na região. O pensamento estruturalista teve uma influência enorme na condução das políticas de desenvolvimento latino-americanas após a Segunda Guerra. Resumidamente, os estruturalistas entendiam que desenvolvimento latino-americano passava, necessariamente, pela industrialização e que esse processo deveria ser feito mediante substituição de importações pela produção local.

Este processo de industrialização e conquista de soberania econômica foi levando à frente por Brasil e Chile exatamente até os seus respectivos golpes militares (1964 e 1973), momento pelo qual, é acentuada a substituição das importações pelo desenvolvimento de uma indústria nacional, quebrando a dependência de exportação de produtos primários.

Porém, com os regimes militares, há uma substituição da indústria nacional pelas empresas transnacionais que se instalam nos países com incentivo dos governos nacionais. Com a instalação destas empresas há a diminuição do papel do Estado na atividade econômica, levando à necessidade de uma série de alterações constitucionais de forma a permitir que estas empresas tenham segurança jurídica em seus empreendimentos.

Aqui surgem as diferenças. O Chile redige uma estrutura constitucional em que o Estado se retira de praticamente todas as atividades econômicas ao adotar o Princípio da Subsidiariedade. Com isso, o estado chileno somente atua naquilo que a iniciativa privada

é incapaz de atuar. Diferentemente, o Brasil tem uma Constituição em que o Estado é protagonista da atividade econômica, atuando de forma permanente, em concorrência com a iniciativa privada, para atingir os fins sociais previstos na Constituição.

Com a onda neoliberal ocorrida nos países latino americanos na década de 90, que acabou por ampliar a presença de empresas transnacionais na América Latina dada a nova rodada de abertura comercial promovida especialmente pelos Estados Unidos, temos que o Chile não necessitou de grandes alterações legislativa vez que, o texto de 1980 já possui um condão liberal, possuído em verdade, um movimento inverso com as reformas de 2005 que incluíram novos temas na agenda constitucional chilena. No Brasil, considerando a decisão política fundamental tomada na Assembleia Nacional Constituinte de 1988, o Estado é o centro da econômica, criando o chamado Capitalismo de Estado. Tal estrutura econômica, tomada soberanamente pela constituinte, é alterada pelo poder constituinte reformador, de forma ilegítima, no momento que o governo brasileiro (Collor e FHC) aderem ao Consenso de Washington.

## REFERÊNCIAS

Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, vol. 11, sesión 388<sup>o</sup>, celebrada el 27 de junio de 1978.

ANDERSON, Pery. Historia y lecciones del neoliberalismo. Revista del Centro de Estudios del Trabajo. Disponível em: <<https://cedetrabajo.org/wp-content/uploads/2012/08/25-7.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2009.

BAUER, C. Derecho y economía en la Constitución de 1980. Revista Perspectivas, N<sup>o</sup>1, 1998.

CEPAL. *Horizontes 2030: A igualdade no centro do desenvolvimento sustentável*, 2016. Disponível em: <[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40161/S1600654\\_pt.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40161/S1600654_pt.pdf?sequence=4&isAllowed=y)>. Acesso em: 28 mar. 2019.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição ou políticas públicas? uma avaliação dos anos FHC. In: ABRCUIO, Fernando Luiz; DURAN, Maria Rita Loureiro (orgs.) *O Estado numa era de reformas: os anos FHC*. Brasília: Enap, 2003, pp. 01-39.

CONTIPELLI, Ernani. Brazil: A Short Guide to Comprehend Its Current Institutional Crisis. *Indrastra Global*, 002, n.02. Disponível em: <<http://www.indrastra.com/2016/02/PAPER-Brazil-Short-Guide-to-Comprehend-Current-Institutional-Crisis-002-02-2016-0037.html>>. In: *Teoría de la Constitución y Bases de la Institucionalidad*. Santiago: RIL, 2015.

CHILE. Constitución Política de República de Chile.

FISCHER, Karin. *Clases Dominantes y Desarrollo Desigual*. Santiago: Universidad Alberto Hurtado, 2015.

FFRENCH-DAVIS, Ricardo. *Chile, entre el Neoliberalismo y el Crecimiento con Equidad*. Revista de Economía Política, vol. 22, n<sup>o</sup> 4 (88), outubro-dezembro/2002, p.30-47.

GRAU, Eros Roberto. *As Relações entre os Poderes no Décimo aniversário da Constituição de 1988*. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros (Orgs.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p.75-96.

GROSFOGUEL, Ramón. Desenvolvimentismo, modernidade e teoria da dependência na América Latina. In: *Epistemologias do Sul*, Foz do Iguaçu/PR, vol. 2 n. 1, p.10-43, 2018.

MALAN, Pedro Sampaio. Transcrição da palestra do ministro Pedro Malan no *XI Fórum Nacional do Instituto Nacional de Altos Estudos - Inae*, Rio de Janeiro, 17/05/1999. Mimeo.

PINHEIRO, Amando Castelar, GIAMBIAGI, Fabio and MOREIRA, Mauricio Mesquita. *Brazil in the 1990s: A Successful Transition?* Texto para Discussao 91. Rio de Janeiro: BNDES, 2001.

PASSANESI FILHO, Reynaldo. Impacto Fiscais da Privatização: Aspectos Conceituais e análise do caso brasileiro. In: MEYER, Arno (Org.) *Finanças Públicas e Ensaios Seleccionados*. Brasília: IPEA, 1997.

STAL, Eva; CAMPANÁRIO, Milton de Abreu. *Empresas multinacionais de países emergentes: o crescimento das multilatinas*. Economia Global e Gestão v.15 n.1 Lisboa abr. 2010, p.55-73.

SOTO KLOSS, E. Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiariedad., *Revista de Derecho Público*, N° 39, Santiago, 1986.

---

**Recebido em:** 22/03/2019

**Aprovado em:** 15/07/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

CONTIPELLI, Ernani; MENEZES, Daniel Francisco Nagao. Empresas multinacionais: comparação Chile Brasil. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.37, p.144-158, jan./abr. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/09/DIR37-09.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.





**Newton**