

REVISTA ELETRÔNICA DE  
**DIREITO**  
DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

N.27 | Setembro / Dezembro de 2015

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO

## ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE: Antônio Roberto Beldi

REITOR: João Paulo Beldi

VICE-REITORA: Juliana Salvador Ferreira

DIRETOR ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO: Cláudio Geraldo Amorim de Sousa

SECRETÁRIA GERAL: Jacqueline Guimarães Ribeiro

COORDENADOR DA ESCOLA DE DIREITO: Emerson Luiz de Castro

COORDENAÇÃO ADJUNTA: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo e Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva  
[Periódico] / Michael Cesar Silva (Organizador). – Belo Horizonte:  
Centro Universitário Newton Paiva, 2015.

n. 27, set. /dez. 2015.

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Silva, Michael Cesar. II. Centro Universitário  
Newton Paiva. III. Título.

CDU: 34

Ficha Catalográfica: Bibliotecária Kênia Amaral da Silva – CRB/6:2053

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

Unidade Juscelino Kubitschek: Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara

Unidade Buritis: Rua Jose Claudio Rezende, 26 - Buritis

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Quem se prepara, não para.

# EXPEDIENTE

## ORGANIZADOR

Michael Cesar Silva

## CONSELHO EDITORIAL

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

Carlos Augusto Teixeira Magalhães | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, 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

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

David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

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

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

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro Araújo | 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

Júlio César Faria Zini | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, 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 | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 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

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 València, València, Espanha

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

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

## APOIO TÉCNICO

NÚCLEO DE PUBLICAÇÕES ACADÊMICAS DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

<http://npa.newtonpaiva.br/npa>

EDITORA DE ARTE | PROJETO GRÁFICO | DIAGRAMAÇÃO: Helô Costa - Registro Profissional: 127/MG

COLABORAÇÃO: Ariane Lopes e Marina Pacheco (estagiárias do curso de Jornalismo)

# **editorial**



# APRESENTAÇÃO

A Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva apresenta-se como um relevante mecanismo de difusão da pesquisa científica, da análise crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo.

O presente número do periódico compõe-se por trabalhos cujas temáticas proporcionam ao leitor apreciações técnico-jurídicas sobre questões do contexto hodierno do Direito, sob a imprescindível perspectiva do Estado Democrático do Direito e dos valores e preceitos norteadores da Constituição da República de 1988.

O primeiro artigo consiste em uma contribuição estrangeira de Carlos Alberto Jaramillo Rojas, Doutor em Direito pela Universidad Externado de Colombia e Diretor do Grupo de Investigación “Derecho y Razón” da Universidad Santiago de Cali/Colombia, e Cristian David Ocampo Macias, Graduando em Direito na Universidad Santiago de Cali/Colombia e Membro do Grupo de Investigación “Derecho y Razón” da Universidad Santiago de Cali, com o texto intitulado “El derecho al sabbath: una interpretación del culto al sabbath desde la teoría jurídica de Ronald Dworkin”, no qual analisa o direito ao Sabbath dos membros de comunidades adventistas do sétimo dia partindo do arcabouço teórico traçado por Ronald Dworkin, realçando a importância da relação Direito e Moral para tanto.

O segundo artigo aborda, por meio de uma análise de caso, as violações de direitos humanos ocorridas na base naval de Guantánamo pelo Governo dos Estados Unidos da América. Intitulado “Guantánamo: zona livre de leis (e de humanidade)”, o texto é de autoria de Leandro Caletti, Mestrando em Direito da Faculdade Meridional/RS e Membro dos Grupos de Pesquisa “Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos” e “Ética, Cidadania e Sustentabilidade” da mesma instituição.

Danyele da Silva Machado, Graduanda em Direito na Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, e Michael César Silva, Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, escreveram sobre mídia e democracia. O artigo intitulado “Mídia e Democracia: contrapontos sobre a construção da influência do poder midiático sobre o poder político” tem como escopo “demonstrar a construção da sociedade contemporânea, fundada na quadripartição de poderes, relevando-se a influência do poder midiático sobre o poder político”.

“Governança Sustentável e Pregão Eletrônico” é a contribuição de Leandro Bussolotto, Mestrando em Direito da Faculdade Meridional/RS, e da professora Salete Oro Boff, Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Doutora em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS), texto no qual o pregão eletrônico é destacado como modalidade de licitação, já que “é uma ferramenta moderna, célere no processo de compra, proporciona transparência, auxilia na economia financeira, permite disputa do objeto por lance reverso e pode servir de meio para implementação de política pública em favor da sustentabilidade”.

Cristian Kiefer da Silva, Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, e Matheus Vieira Araújo, Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, abordam, no texto intitulado “A banalização do dolo eventual: reflexões a respeito do caso da ‘Boate Kiss’”, a necessária diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente como forma de superação do vigente populismo penal.

Sustentando a existência de trabalho escravo na sociedade contemporânea, Adélia Procópio Camilo, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, e Ana Paula Caram Luiz, Graduada em Direito pela Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, sustentam, no artigo intitulado “Redução a condição análoga à de escravo: uma análise sob a conjuntura atual dos trabalhadores urbanos”, que esta situação persiste na zona urbana devido “a desigualdade, a herança cultural e a impunidade”.

“A função Social das Obrigações sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito”, texto de autoria da professora Giselle Marques de Araújo, Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida/RJ, questiona, tendo como ponto de partida a constitucionalização do Direito Civil, se o instituto jurídico das obrigações deve atender à função social delineado no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, temos a contribuição do professor Vinícius Lott Thibau, Doutorando e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com o artigo intitulado “A distribuição judicial do ônus da prova e o direito do consumidor”, no qual analisa a relação ônus da prova e direito do consumidor ressaltando “as divergências que se instalam na dogmática jurídico-consumerista a respeito da delimitação conceitual dos requisitos autorizativos desta distribuição, da exigência da alternatividade dos requisitos para a sua realização, bem como do momento procedimental adequado para a sua ocorrência”.

Cumpramos a honra de apresentar mais um número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, elaborado a partir da produção científica de renomados pesquisadores, nacionais e estrangeiros, e do compromisso intelectual de qualidade editorial do periódico. Esperamos que o diálogo e as reflexões propostas pelos autores nos articulados aqui publicados possam colaborar para futuras pesquisas, e, para o enriquecimento de toda a comunidade acadêmica.

## **PROFESSOR DOUTOR JÚLIO CÉSAR DE FARIA ZINI**

Membro do Conselho Editorial da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva

## **PROFESSOR DOUTOR MICHAEL CÉSAR SILVA**

Editor da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva

# sumário



El DERECHO AL SABBATH: una interpretación del culto al sabbath desde la teoría jurídica de Ronald Dworkin Carlos Alberto Jaramillo Rojas   Cristian David Ocampo Macias.....	8-19
Guantánamo: zona livre de leis (e de humanidade) Leandro Caletti .....	20-25
MÍDIA E DEMOCRACIA: contrapontos sobre a construção da influência do poder midiático sobre o poder político Danyele da Silva Machado   Michael César Silva .....	26-34
GOVERNANÇA SUSTENTÁVEL E PREGÃO ELETRÔNICO Leandro Bussolotto   Salete Oro Boff .....	35-43
A BANALIZAÇÃO DO DOLO EVENTUAL: reflexões a respeito do caso da “boate kiss” CRISTIAN KIEFER DA SILVA   MATHEUS VIEIRA ARAÚJO.....	44-57
REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO: uma análise sob a conjuntura atual dos trabalhadores urbanos Adélia Procópio Camilo   Ana Paula Caram Luiz .....	58-67
A FUNÇÃO SOCIAL DAS OBRIGAÇÕES SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO Giselle Marques de Araújo .....	68-76
A DISTRIBUIÇÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA E O DIREITO DO CONSUMIDOR Vinícius Lott Thibau.....	77-85

---

# EL DERECHO AL SABBATH: una interpretación del culto al sabbath desde la teoría jurídica de Ronald Dworkin

## THE RIGHT TO SABBATH: an interpretation of the cult of the sabbath from the legal theory of Ronald Dworkin

CARLOS ALBERTO JARAMILLO ROJAS <sup>1</sup>

CRISTIAN DAVID OCAMPO MACIAS <sup>2</sup>

**RESUMEN:** Este artículo presenta el resultado de investigación que aborda el problema de interpretación y justificación del derecho al Sabbath, de los miembros de comunidades adventistas del séptimo día, desde la teoría jurídica construida por Ronald Dworkin. El autor realiza una lectura crítica de *Taking Rights Seriously* (1984) y *Law's Empire* (1986), con el propósito de identificar algunas de sus tesis fundamentales, y sobre esa base, interpretar el derecho al Sabbath. Para empezar, el autor hace una caracterización del filósofo jurídico norteamericano, con el propósito de establecer como punto de partida la idoneidad de su elección teórica. En segundo lugar, se identifica el contexto en que surge la teoría de los derechos individuales y se define en los términos fijados por Dworkin. En tercer lugar, se expone brevemente el aporte de Ronald Dworkin a la teoría de los casos difíciles, es decir, su distinción entre argumentos de principio y directrices política, fundamento principal de su "tesis de los derechos". Finalmente, el autor aborda la importancia de la relación entre Derecho y moral como un aspecto clave en la interpretación del derecho al Sabbath.

**Palabras Clave:** Ronald Dworkin. Derecho al Sabbath. La teoría de los derechos individuales. Casos difíciles. Relación entre Derecho y moral.

**ABSTRACT:** This article presents the result of research that addresses the problem of interpretation and justifies the right to Sabbath, members of the Seventh-day Adventist communities, from the legal theory built by Ronald Dworkin. The author makes a critical reading of *Taking Rights Seriously* (1984) and *Law's Empire* (1986), in order to interpret the Sabbath law and identify some of his fundamental thesis, on that basis. For starters, the author makes a characterization of the American legal philosopher, in order to establish it as its starting point for the eligibility of its theoretical choice. Secondly, the author identifies the context in which the theory of individual rights emerges and is defined in the terms set by Dworkin. Thirdly, the author outlines the contribution of Ronald Dworkin's theory of hard cases, namely his distinction between principles and policy arguments guidelines, main foundation of his "thesis on the rights". In conclusion, the author discusses the importance of the relationship between law and morality as a key aspect in the interpretation of the right to Sabbath.

**KeyWords:** Ronald Dworkin. The right to Sabbath. Individual rights. Hard Cases. Moral and law relationship.

---

<sup>1</sup> Magister en Filosofía Analítica de la Universidad del Valle y Doctor en Derecho (PhD) por la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Pensamiento Político Contemporáneo de la Universidad del Valle - Cali/Colombia. Licenciado en Filosofía de la Universidad del Valle - Cali/Colombia. Director del Grupo de Investigación "Derecho y Razón" de la Universidad Santiago de Cali/Colombia. Abogado de la Universidad de San Buenaventura de Cali/Colombia. E-mail: carlosjaro@hotmail.com

<sup>2</sup> Estudiante de derecho de la Universidad Santiago de Cali/Colombia. Miembro del Grupo de Investigación "Derecho y Razón" de la Universidad Santiago de Cali. Diploma de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la American University Washington College of Law. E-mail: cristiandavid.0993@gmail.com



## 1. INTRODUCCIÓN

Los problemas de fundamentación filosófica de los derechos constitucionales fundamentales, requieren acudir a un marco teórico que privilegie la idea de los derechos humanos individuales, por encima de criterios oscuros como el bienestar general o promedio defendido, a menudo, por un enfoque que privilegia el uso del análisis económico.<sup>3</sup>

La teoría construida por el filósofo norteamericano Ronald Dworkin refleja esta preocupación. Su premisa para la crítica de la teoría jurídica dominante en el contexto anglosajón, consistió en que ninguna otra crítica de la que había sido objeto hasta entonces, sostenía que su falla fundamental se hallaba en rechazar sin más, la idea de que los individuos pueden tener derechos contra el estado que sean previos a los derechos creados por la legislación positiva (DWORKIN, 2012, p.36). ¿Cómo, entonces, desde el utilitarismo económico, centrado en el objetivo del bienestar promedio, garantizaban los jueces y juezas los principios y valores constitucionales? más aún, “Los principios más fundamentales de la constitución [...] ¿pueden ser considerados también parte del derecho?” (DWORKIN, 2012, p.32-33) Estos interrogantes engloban en términos generales las fallas que Dworkin atribuyó a la teoría jurídica dominante; teoría que se compone de una parte conceptual y una parte normativa.

La parte normativa que corresponde al deber ser de la teoría jurídica dominante se compone de los planteamientos básicos del utilitarismo económico de Bentham. Esta doctrina sugiere que “las instituciones jurídicas componen un sistema cuyo objetivo general es la promoción del bienestar promedio más elevado posible entre dichos individuos” (DWORKIN, 2012, p.34). Por su parte, Calsamiglia (1985) argumenta lo siguiente: “si bien es cierto que durante décadas el utilitarismo se ha considerado una doctrina progresiva que ha facilitado y promovido el bienestar social, también es cierto que en la actualidad constituye un serio obstáculo para el progreso moral” (p. 160), en la medida que Dworkin pretende que el bienestar social se justifica si y sólo si se respetan los derechos individuales por encima de los objetivos sociales y de las mayorías (p. 160). Es probable que las ideas de Dworkin representen un objeto de estudio pertinente y eficaz **a menos que** se desee continuar anclado a un modelo cuyo origen obedece a un momento histórico muy distinto del actual y que significa el paso del orden cuantitativo al orden cualitativo. El paso del formalismo jurídico al orden de los “principios” y “las directrices políticas” en que se basa la toma de decisiones judiciales. El reconocimiento de los derechos del individuo se opone, en efecto, a una de las tesis principales del utilitarismo económico:

El utilitarismo económico rechaza la idea de que los derechos políticos puedan ser anteriores a los derechos jurídicos, es decir, de que los ciudadanos puedan justificadamente oponerse a una decisión judicial en base a cualquier motivo que no sea el hecho de que la decisión no sirve al bienestar general. (DWORKIN, 2012, p.36).

Si bien el análisis económico proporciona las normas que permiten identificar y medir el bienestar promedio de los individuos que conforman una comunidad y, sobre esta base, se estructuran las instituciones jurídicas, la idea de derechos individuales sostenida con frecuencia por la tradición liberal va más allá al establecer restricciones a las decisiones judiciales que pugnen con la realización personal del individuo; esto quiere decir a grandes rasgos que la teoría de Dworkin brinda un marco que posibilita el desarrollo progresivo de las disposiciones intrínsecas al Estado constitucional democrático en cuyo seno ha adquirido una importancia capital la defensa de contenidos jurídicos materiales (CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-406/1992. Bogotá. D.C., 1992). De este modo, el bienestar promedio de la comunidad, como criterio de justificación en la toma de decisiones, resulta subordinado a los derechos constitucionales fundamentales del ciudadano y –si se quiere– a los Derechos Humanos<sup>4</sup>.

La posición positivista del jurista inglés Herbert Lionel Adolphus Hart representa la parte conceptual de la teoría jurídica dominante –inclusive– fuera del ámbito anglosajón. Herbert Hart reconstruye “la teoría que explica el derecho como un conjunto de órdenes generales respaldadas por amenazas, emitidas por un soberano (independiente y supremo) generalmente obedecido” (BONORINO; PEÑA, 2006,

---

3 Dworkin (2012) hace una aproximación al análisis económico en *Taking rights seriously*, al enfatizar que “el análisis económico proporciona las normas para identificar y medir el bienestar de los individuos que constituyen una comunidad (aunque se discuta mucho la naturaleza de tales normas), y sostiene que todas las cuestiones normativas de una teoría de la legitimidad, de la justicia legislativa, de la jurisdicción y la coacción, deben ser respondidas suponiendo que las instituciones jurídicas componen un sistema cuyo objetivo general es la promoción del bienestar promedio más elevado posible entre dichos individuos”.

4 La afirmación acerca de que la teoría de Ronald Dworkin brinda un marco teórico que permite el desarrollo de las disposiciones intrínsecas al Estado Constitucional democrático, y con esto la primacía de los Derechos Humanos sobre cualquier otro tipo de criterio de justificación de las decisiones judiciales no puede ser descartada *prima facie* sin antes considerar la reflexión que la Corte Constitucional plasmó en Sentencia T-406/1992: “El Estado Constitucional Democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista de Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política”. Este razonamiento explica de qué modo se han integrado a la Constitución, la segunda y tercera generación de derechos humanos como contenidos jurídicos internos de cada país que pasan a ser interpretados como principios en términos Dworkinianos.

p.43). Pero H.L.A. Hart va más allá: propone una *concepción*<sup>5</sup> del derecho como un sistema complejo de reglas cuya validez puede ser verificada empíricamente a través de un *test* de procedencia derivado de su *Regla de Reconocimiento*. (HART;DWORKIN, 1997, p.15-84). En esta oportunidad no pretendo profundizar la versión positivista de Hart, ni asumir una posición respecto del debate contemporáneo “Hart-Dworkin”; es suficiente para los efectos de este artículo recordar que el positivismo jurídico considera la validez de cualquier ordenamiento jurídico independientemente de su contenido moral, de modo que su característica principal se haya en el escepticismo ético<sup>6</sup>.

Este artículo sigue que algunos «problemas éticos y de derecho constitucional» como: los casos de objeción de conciencia médica al aborto o la objeción de conciencia frente al servicio militar, el matrimonio entre parejas del mismo sexo, el libre desarrollo de la personalidad o el derecho a la vida y eutanasia (estudiada a profundidad por el Profesor Angelo Papacchini desde un enfoque moral centrado en los ideales de dignidad, autonomía y solidaridad) son solamente una pequeña muestra, un listado no exhaustivo, una observación a simple vista que permite inferir que es necesario adoptar enfoques que no sólo subrayen la importancia de la idea de los derechos individuales, sino que también relacione el pensamiento moral y el pensamiento jurídico; de este modo se crearían verdaderas condiciones para romper con la anquilosada visión positivista. En este marco específico voy a situar el problema de investigación que intentaré resolver en las siguientes páginas:

¿Cómo desde los planteamientos de Ronald Dworkin en *Taking Rights Seriously* (2012) y *Law's Empire* (2012) se comprende el conflicto constitucional y ético que representan las objeciones de conciencia de los Adventistas del Séptimo Día fundamentadas en la práctica del Sabbath, y en qué medida esto constituye recrear el debate intelectual inspirado en la confrontación entre Derecho y Moral?

El objetivo de este artículo se limita a explorar la teoría jurídica del jurista norteamericano Ronald Dworkin<sup>7</sup>, con el propósito de fundamentar racionalmente la práctica jurídica del *Sabbath*. Esta pretensión se traduce en general en la negativa del individuo que hace parte de la comunidad Adventista del Séptimo Día (objeto) a realizar cualquier actividad laboral los días sábados, por pugnar esta situación con la condición moral implícita en una de sus 28 creencias fundamentales: “la observancia del día *sábado como día de descanso, adoración y ministerio* en armonía con las enseñanzas y prácticas de Jesús, el señor del sábado.”<sup>8</sup> (Cursivas añadidas)

Se espera que la teoría jurídica de Ronald Dworkin justifique el aval al poder interpretativo de los jueces para imponer restricciones a las mayorías, pero teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico se compone tanto de reglas como de principios y directrices políticas<sup>9</sup>; luego, la adopción de este enfoque permitiría captar las interrelaciones en que incurre el derecho con la moral en los casos que comprende la práctica religiosa del *Sabbath*, a efectos de que ésta se integre mediante principios establecidos en la Constitución Política colombiana de 1991.

La hipótesis del artículo consiste en que el entramado teórico que representa la obra del filósofo norteamericano (*Law's Empire, Taking Rights Seriously, Sovereign Virtue: a theory and practice of equality, A Matter of Principle, El dominio de la vida, religión sin Dios, etc.,*) está en capacidad de responder el problema de interpretación y justificación sugerido. Por un lado, se propone una interpretación de la jurisprudencia constitucional en la perspectiva de Dworkin de los casos difíciles. De este modo, se estaría en capacidad de rastrear algunas deficiencias que se presentan con frecuencia en la práctica judicial para afrontar los casos del *Sabbath*. Por otra parte, se acoge la premisa

5 Al plantear las teorías jurídicas de los distintos autores como concepciones, claramente se acoge la distinción introducida en principio por John Rawls entre *conceptos y concepciones de justicia* y luego por Ronald Dworkin entre *Conceptos y concepciones del derecho*. De este modo, Dworkin (2012, p.76) presenta tres concepciones rivales que estarían en resonancia con el siguiente pasaje: “Las concepciones de derecho mejoran la interpretación inicial, indiscutible, que según mi sugerencia, proporciona nuestro concepto de derecho. Cada concepción provee las respuestas relacionadas a las tres preguntas que plantea dicho concepto. Primero, ¿se justifica la supuesta relación entre derecho y coerción? ¿tiene sentido exigir que se utilice la fuerza pública sólo en las formas que estén de acuerdo con los derechos y responsabilidades que “proviene” de decisiones políticas del pasado? Segundo, ¿si dicho sentido existe, cuál es? Tercero, ¿qué interpretación de la palabra “proviene” es la mejor? La respuesta que da una concepción a esta tercera pregunta determina los derechos y responsabilidades legales concretos que reconoce”.

6 Aquí se comparte la definición establecida por Bonorino;Peña (2006) respecto del escepticismo ético: “esto es la creencia de que no existen juicios morales objetivamente verdaderos, universalmente válidos y eternos (o bien que, en caso de que existieran, no podrían ser conocidos por el hombre mediante el empleo de la razón)”.

7 Cfr. El derecho como integridad es la *concepción* de la teoría jurídica *alternativa* al positivismo jurídico construida por Ronald Dworkin (2012, p.164): “El derecho como integridad [...] sostiene que los reclamos legales son juicios interpretativos y por lo tanto, combinan elementos progresivos y regresivos; interpretan la práctica legal contemporánea como una narrativa política en desarrollo. De modo que el derecho como integridad rechaza, por inútil, la antigua cuestión de si los jueces encuentran o inventan la ley; *sugiere* que entendemos el razonamiento legal sólo al entender el sentido en el que hacen ambas cosas y ninguna”. (Cursivas añadidas).

8 Recuperado el 18 de noviembre de 2014 de <<http://adventista.es/creemos/nuestras-creencias/>>.

9 El Doctor en Derecho por la Universidad de Heidelberg y profesor de filosofía de derecho de la Universidad Iberoamericana, Rojas Amandi, expone las tesis que refuta la teoría de principios propuesta por Dworkin: “La teoría de los principios refuta tres tesis positivistas: a) que el derecho consiste sólo en reglas, las que sólo con base en su origen pueden ser examinadas por cuanto hace a su validez o pertenencia al sistema y que sólo de esa forma se pueden distinguir de las normas de otros tipos de sistemas normativos como sería la moral o las reglas de trato social; b) que el juez en casos difíciles posee una facultad discrecional que le permite decidir según parámetros extrajurídicos, y c) que en casos difíciles el juez declara un derecho que aún no existe”. (ROJAS, 2006, p. 356).

desarrollada por la Corte Constitucional en cuanto que “el derecho fundamental a la libertad religiosa de toda persona, incluye la protección de guardar un día de descanso para la adoración de Dios cuando ésta constituya un elemento fundamental de la religión que se profesa y la creencia de la persona es seria y no acomodaticia.” (CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-327/2009. Bogotá. D.C., 2009).

Finalmente, Dworkin (2012, p.37) sugiere que “los individuos pueden tener derechos legales diferentes de los creados por una decisión o una práctica explícita; es decir que pueden tener derecho a resoluciones judiciales específicas incluso en casos difíciles en que no hay decisión o una práctica explícita que exija una decisión en ningún sentido.”

Ahora bien, el debate intelectual que ha sido fuente de inspiración a lo largo de esta investigación, se rehabilita en la medida en que se confronta la posición que sostuvo el pensador inglés H.L.A. Hart con la posición mantenida por el pensador norteamericano Ronald Dworkin frente a la relación moral-derecho. Hart considera que si bien existen muchas conexiones contingentes entre la moral y el derecho, no existe ninguna conexión necesaria entre el contenido del derecho y la moral, *a contrario sensu* Dworkin ha hecho manifiesto la necesidad de relacionar el pensamiento moral con el pensamiento jurídico y ha puesto de relieve su relación conceptual.

La metodología se basa en un paradigma constructivista de orientación a la interpretación y a la comprensión (CORONA, 2006). Desde 1989 se empieza adoptar este enfoque, también denominado cualitativo, interpretativo o histórico-hermenéutico y ofrece, sin duda, una alternativa interpretativa de comprensión de los fenómenos centrándose básicamente en las intenciones, motivos o razones de los sujetos implicados. En tal sentido el esfuerzo se centra en analizar la documentación ofrecida por el teórico Ronald Dworkin a efectos de describir y comprender el fenómeno objeto de la comunidad Adventista del Séptimo Día, al menos, en el contexto de las Américas.

El camino que he trazado para alcanzar el objetivo propuesto se compone de tres momentos: primero, voy a plantear en términos generales el punto de partida de la teoría general del derecho de Dworkin lo cual comprende desarrollar su concepción del derecho y enfatizar la idea de derechos individuales; segundo voy a explorar la interpretación que establece Dworkin a la teoría de los casos difíciles de Hart para hacer una lectura de la jurisprudencia constitucional, y finalmente, introducir la crítica de Dworkin del presupuesto de la separación absoluta entre derecho y moral sostenida por la tradición positivista. Me centraré especialmente en este último punto para tratar de dimensionar la importancia de captar las relaciones recíprocas entre el Derecho y la Moral en el estudio de los problemas éticos y de derechos constitucional.

## 2. RONALD DWORKIN Y LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Antes de intentar una inmersión en la teoría jurídica de Dworkin, considero que es fundamental examinar las calidades de este autor: ¿Quién fue Ronald Dworkin? ¿En qué consiste su obra? ¿Qué herramientas intelectuales nos ofrece? ¿Qué ventajas trae consigo la adopción de sus teorías jurídicas? ¿Qué crítica retoma Dworkin del viejo *iusnaturalismo*? Y finalmente ¿Cuál es su originalidad? Ronald Dworkin demostró ser, antes que nada, un destacado filósofo del derecho así como un famoso representante de la teoría liberal del Estado de Derecho, según consta en la revista de estudios sobre el Estado y la Sociedad «la Política» No. 4 de 1998. (HABERMAS; DWORKIN; GÜNTHER; ELSTER; ARATO; RIVERO RODRÍGUEZ; SILVEIRA; COLLIER; LEVITSKY; O'DONNELL, 1998, p.5).

Su obra consiste en construir una teoría general del derecho desde la crítica al positivismo jurídico en la versión de su antiguo profesor H.L.A. Hart. La teoría que ofrece Dworkin (2012) tiene como punto de partida, al menos en *Taking Rights Seriously*, la idea de los derechos individuales; siguiendo a Dworkin los individuos pueden tener derechos contra el Estado que sean previos a los derechos creados por la legislación positiva. El positivismo jurídico no acepta esta idea. En primer lugar, no acepta la idea de que los individuos puedan tener derechos contra el estado que sean previos a los derechos creados por la legislación positiva porque entraría en oposición con la regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento de H.L.A. Hart ese define como un criterio que debe cumplir toda regla para poder pertenecer al sistema jurídico, dado que su naturaleza es la de un *test* para identificar lo que es parte del derecho atendiendo sólo al origen de la norma y no al contenido de la misma. En segundo lugar, niega la idea de los derechos individuales anteriores a cualquier forma de legislación, desde luego, porque descarta la unidad conceptual necesaria entre derecho y moral.

La ventaja de esta postura consiste en poner de relieve la idea de los principios y ubicarla lado de las reglas como parte esencial del derecho en las argumentaciones judiciales. Para Dworkin los jueces en la práctica judicial deben realizar un estudio esencialmente interpretativo<sup>10</sup> de la doctrina legal:

Como se desprende de lo anterior, Dworkin aborda el concepto de derecho como un “concepto interpretativo” y no como un “concepto semántico” [...] para esclarecer qué se entiende por derecho, es inútil pretender sacar a la luz las reglas que regulan el uso del término, sino que se requiere más bien un proceso *interpretativo* en el que están presentes, inevitablemente, valoraciones *políticas*. (SANTOS PÉREZ, 2003, p. 352).

Esta postura fue defendida por el autor con la publicación de *Law's Empire*. En esta obra Dworkin (2012) sustentó su programa teórico,

10 Dworkin (2012, p.164-165) afirma que “El derecho como integridad es, por lo tanto, más inexorablemente interpretativo que el convencionalismo o el pragmatismo. Estas últimas teorías se ofrecen *como* interpretaciones. Son concepciones del derecho cuyo objetivo es mostrar nuestras prácticas legales desde su mejor perspectiva y recomienda, en sus conclusiones posinterpretativas, estilos o programas bien definidos para la adjudicación. Pero los programas que recomienda no son en sí programas de interpretación: no piden a los jueces que deben decidir casos difíciles que realicen un estudio esencialmente interpretativo de la doctrina legal.”

con el que pretendía construir y presentar una tercera concepción del derecho<sup>11</sup>. Esta se fundamentó, entre otros aspectos, en dos principios de integridad política (DWORKIN, 2012, p.132), uno de los cuales es el principio adjudicativo (DWORKIN, 2012, p.132) y que nos interesa de manera particular para examinar los casos del Sabbath, en cuanto toca la forma en que los jueces deciden los casos sometidos a su juicio:

El principio adjudicativo de integridad instruye a los jueces a que identifiquen los deberes y los derechos legales, hasta donde sea posible, sobre la suposición de que todos fueron credos por un mismo autor (la comunidad personificada) que expresa una correcta concepción de justicia y equidad. (DWORKIN, 2012, p.164).

Seguramente cuando no sea posible resolver con base en una regla explícita, sí podrá basarse la decisión judicial en un principio<sup>12</sup>. De hecho, Dworkin (2012, p.164) asegura que “según el derecho como integridad, las propuestas de ley son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad.” Por consiguiente, Dworkin suministra una visión más completa del derecho al permitir integrar *el abanico de los principios* a la práctica legal y judicial.

Santos Pérez se ha encargado de respaldar el argumento de la fortaleza de la concepción de Ronald Dworkin en su idea de los principios:

A juicio del autor (Dworkin) se obtiene una comprensión mejor del proceso judicial si se admite que el derecho está integrado no sólo por reglas positivas sino también por *principios*, una clase de normas que no son creadas deliberadamente pero de cuya existencia nos cercioramos en el proceso de solución de los casos difíciles, y que mantienen una relación interna con las reglas vigentes en la medida en que las informan, les prestan justificación y, al tiempo, guían la interpretación de la totalidad del material jurídico. (SANTOS PÉREZ, 2003, p. 351).

Finalmente, en su obra *Taking Rights Seriously*, Dworkin retoma la idea de los derechos naturales, pero evita fundamentaciones fantasmales o de un carácter metafísico especial, constituyendo esto último, sin duda, el aspecto original de su crítica en contra del positivismo jurídico:

Pero la idea de los derechos individuales que se defiende en estos ensayos no presupone forma espectral alguna; en realidad no es una idea cuyo carácter metafísico difiera del de las ideas principales de la propia teoría dominante. Muestra, de hecho, una dependencia de la idea principal del utilitarismo, que es la de una meta colectiva de la comunidad como un todo. (DWORKIN, 2012, p. 37).

Parece como si la idea de derechos individuales definida con anterioridad permitiera sortear las exigencias de la regla de reconocimiento, en la medida en que Dworkin considera que hay normas que integran el ordenamiento jurídico que no cumplen con dicho criterio de validez. Si la regla de reconocimiento, entendida como un *test* de procedencia de las reglas jurídicamente válidas descarta la unidad conceptual necesaria entre el derecho y la moral, Dworkin va a sugerir que se revisen las tesis de la separación entre derecho y moral. La verdadera relevancia de la teoría filosófico-política y jurídica de Ronald Dworkin se halla, desde este punto de vista, en mostrar la estrechez perceptiva del positivismo jurídico para suministrar una visión completa del derecho.

En el ensayo *Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin* de María Lourdes Santos Pérez se perfila un garante del punto de vista enunciado:

La crítica de Dworkin al positivismo, con su insistencia en el papel que desempeñan los principios en la práctica de aplicación del derecho, abrió una crisis muy profunda en la teoría del derecho que había dominado en las décadas anteriores: no sólo obligaba a revisar la tesis de la separación entre derecho y moral, sino que además ponía en cuestión la tesis hartiana sobre la discreción judicial y la llamada “tesis sobre las fuentes sociales del derecho”. Pero además estaba cargada de implicaciones *filosófico-políticas*. Que la teoría del derecho de Dworkin tenía relevancia filosófico-política es algo que inmediatamente se puso de manifiesto cuando las discusiones sobre el modelo dworkiniano de sistema jurídico se pusieron en conexión con las discusiones que por entonces se estaban produciendo sobre la naturaleza, la estructura y los fundamentos del Estado constitucional. (SANTOS PÉREZ, 2003, p.351).

---

11 “Nuestra tercera concepción del derecho, nuestra tercera perspectiva acerca de qué derechos y deberes surgen de las decisiones políticas del pasado, se forma al volver a exponer esta instrucción como una tesis sobre los fundamentos del derecho”. (DWORKIN, 2012, p.164-165).

12 Parafraseando a Rojas Amandi (2006), en su ensayo *El Concepto de Derecho de Ronald Dworkin*, la práctica judicial representa para Dworkin la interpretación de una concepción del derecho, esto es, expresa una determinada concepción de la naturaleza y la esencia del derecho. En la base de su teoría se halla un pensamiento consistente en poner la idea de los principios al lado de las reglas como parte del derecho en las argumentaciones judiciales. De este modo, en los casos difíciles en que el juez no encuentre norma particular aplicable al caso que se tiene entre manos, se encuentra vinculado por el derecho, toda vez que a pesar de que no puede resolver con base en una regla explícita, si en cambio podrá encontrar un principio jurídico de donde derivar su criterio de decisión judicial.

## 2.1. La teoría de los Derechos Individuales

La tesis que voy a defender en las siguientes líneas consiste en una primera aproximación teórica a *los sabbatarian cases* en la jurisprudencia constitucional colombiana. Según esta interpretación obligar al individuo miembro de una comunidad Adventista del Séptimo Día ir en contravía de la convicción que supone la práctica del *Sabbath*, tal como ha presentado en la práctica judicial, significa un claro desconocimiento de la categoría de derecho individual formulada por Dworkin, aquí entendida como principios morales o políticos incorporados en la Constitución Política de 1991 (entiéndase libertad de conciencia, libertad religiosa y libertad de cultos, etc.) y que son objeto de protección constitucional. En esa medida, tal afirmación debería ser acompañada de una teoría intermedia que permita aterrizar al contexto colombiano la idea de derechos individuales formulada *en y para* el contexto anglosajón; no obstante, me parece que la respuesta que Dworkin formula al siguiente interrogante permite un pronóstico positivo al objetivo trazado en este acápite: los principios más fundamentales de la constitución ¿pueden ser considerados también como parte del derecho? veamos:

Si los principios políticos incorporados en la constitución son derecho, entonces la autoridad de los jueces para decidir sobre lo que exige la constitución queda confirmada al menos *prima facie*; si estos principios son derecho pese a que no son producto de una decisión social o política deliberada, entonces el hecho de que el derecho pueda ser –en ese sentido– natural es un argumento en favor de las restricciones al poder mayoritario que impone una constitución. (DWORKIN, 2012, p.33).

Para argumentar adecuadamente la tesis expuesta se procederá de la siguiente manera: por un lado, se va a identificar el contexto en que surge la idea de derechos individuales y se define dicha categoría sin desbordar los límites fijados por el autor. Por otro lado, se expone la conclusión a la que se arriba en este apartado acompañado de una ilustración que facilitará, sin duda, la comprensión total del argumento.

La idea de derechos individuales surge como respuesta al utilitarismo económico y al positivismo jurídico que se había perfilado desde la escuela analítica, por pensadores como John Austin y Jeremy Bentham. Este último presenta una teoría general del derecho que se compone de una parte conceptual (positivismo jurídico) que responde básicamente a los interrogantes ¿Qué es el derecho? ¿Quién debe obedecer el derecho? y ¿Cuándo lo debe obedecer? Y una parte normativa (utilitarismo económico); esta última, sostiene en términos muy generales, que las decisiones políticas deberían apuntar a mejorar la felicidad promedio en la comunidad en general. Bentham afirmaba que los derechos naturales no pueden tener lugar en una concepción empírica del derecho y haciendo un uso burlesco del lenguaje, los anunció como: “disparates en zancos”.

La frase de Bentham, por supuesto, no quiere decir otra cosa que desde una visión utilitarista que privilegia los deberes de bienestar que tiene el Estado con las mayorías, los derechos individuales no pueden oponer mayor resistencia al Estado o a las mayorías ya que prima un oscuro sentido de justicia procesal y no como debería un sentido de justicia sustantiva. Este es el contexto que sirve a Dworkin para perfilar su crítica en contra de esta posición del positivismo jurídico, con el fin de poner de presente la idea de los derechos individuales.

La idea de los derechos individuales es, pues, el punto de partida de la crítica de Dworkin a las teorías jurídicas dominantes. Los derechos individuales de Dworkin son definidos como triunfos políticos en manos de los individuos: “Los individuos tienen derecho cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio” (DWORKIN, 2012, p.37). Para Dworkin los individuos pueden tener derechos contra el Estado que sean anteriores a la legislación positiva. Esta postura estaría en capacidad de narrar el modo en que los jueces pueden justificar suficientemente sus decisiones judiciales con respecto a lo que podría ser llamado como unos *derechos implícitos*, es decir, pretensiones jurídicas que se incluyen en proposiciones jurídicas contenidas o derivadas de la Constitución Política de 1991.

Dos argumentos respaldan esta postura de Dworkin: primero, si el positivismo no acepta la idea de que los derechos pueden preexistir a cualquier forma de legislación, entonces los individuos no tienen más derechos que los que han sido creados por el legislador. Segundo, si el utilitarismo económico rechaza la idea de que los derechos políticos puedan ser anteriores a los derechos jurídicos, no podrá justificarse desde ese punto de vista una oposición a una decisión judicial en base a motivos que no sean propiamente el hecho de que la decisión no sirve al bienestar general (DWORKIN, 2012).

La perspectiva del utilitarismo parece utilizar en muchas de sus argumentaciones una justificación última totalmente ajena a la idea de los derechos individuales, sino apuntar a mejorar la felicidad promedio (o el bienestar promedio sobre la base de otra concepción) en la comunidad en general (DWORKIN, 2012). La idea de los derechos individuales es, entonces, lo que hay de original en la crítica de Dworkin a las ideas promovidas por Bentham y por tanto a las ideas promovidas por la tradición jurídica positivista en general.

El límite que fija a su tesis de los derechos individuales consiste en marcar una separación con la idea de derechos naturales que ha sostenido la tradición iusnaturalista. En efecto, Dworkin se aparta de otras teorías de los derechos naturales más antiguas, que buscaban su justificación en criterios “fantasmales”:

Pero la idea de los derechos individuales que se defiende en estos ensayos no presupone forma espectral alguna; en realidad, no es una idea cuyo carácter metafísico difiera del de las ideas principales de la propia teoría dominante. Muestra, de hecho, una dependencia de la idea principal del utilitarismo, que es la de una meta colectiva de la comunidad como un todo. (DWORKIN, 2012, p.37).

Dworkin se rehúsa a justificar su idea de los derechos individuales en la suposición de un derecho natural universal originado en Dios

o en la razón humana, tal vez, para apartarse de las críticas que puedan perfilar quienes aún se adhieren al positivismo jurídico. Por ejemplo, los positivistas, comúnmente, comparten la tesis de que “no existen principios de moralidad eternos y universalmente verdaderos” (BONORINO; PEÑA, 2006, p.20). Este tipo de críticas son eludidas por la formulación de los derechos individuales que hace el autor, pues, en última instancia “muestra, de hecho, una dependencia de la idea principal del utilitarismo, que es la de una meta colectiva de la comunidad como un todo.” (DWORKIN, 2012, p.37).

Ahora bien, me resulta casi forzoso concluir que un derecho individual existe si y sólo si triunfa frente a la mayoría o frente a un objetivo social beneficioso, de modo que los miembros de comunidades Adventistas del Séptimo Día podrían ejercer su *Derecho al Sabbath*, es decir, rehusar el cumplimiento de obligaciones laborales el día sábado, si y sólo si los jueces en sus providencias privilegian principios morales o políticos tales como la dignidad humana, la autonomía, la libertad de conciencia y religión como criterios a los que se apelaría para fundamentar sus decisiones judiciales<sup>13</sup>; esto implica sin duda que las exigencias sociales de los Adventistas del Séptimo día se amparan en valores cuya exigencia moral y jurídica estará por encima de criterios tan abstractos y peligrosos como, por ejemplo: (i) el bienestar económico de la empresa, (ii) la autonomía universitaria, (iii) la subordinación y dependencia del empleador, etc., criterios usados a menudo por los jueces para negar las pretensiones de los miembros de la Iglesia Adventista del Séptimo Día.

Luego, trabajar en la perspectiva de Dworkin es un intento por hacer convergir la teoría con el mundo real. Así como en *Law's Empire* demuestra sus planteamientos a partir de algunos casos reales decididos por jueces en Estados Unidos e Inglaterra, aquí se hace análogo esfuerzo al traer la sentencia T-327 de 2009 de la Corte Constitucional en la que se estudia la pretensión de un ciudadano de que se le garantice su libertad de cultos y de conciencia, permitiendo la guarda del Sabbath. En este caso se identificó el siguiente patrón fáctico:

El día 24 de abril de 2008 Salomón Mattos Mejía es despedido de su lugar de trabajo, la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A., - Clínica del Prado- en la que trabajó alrededor de 9 años. Desde niño, Salomón es miembro activo de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, razón por la cual debe guardar el día sábado como día de adoración y culto. Entre el trabajador y el empleador había un acuerdo que se venía cumpliendo regularmente hasta principios del año 2008 en el que se estipulaba que el horario de Salomón sería de lunes a viernes “*toda vez que compensaba en la semana, las horas de la jornada de los sábados*”. Pese a lo anterior, se produjo el despido por justa causa argumentando, precisamente, el incumplimiento de las obligaciones estipuladas por la empresa, en especial, en relación con el acatamiento del horario. El apoderado del peticionario sostenía que como Salomón es miembro activo de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, debe guardar el día sábado; por lo tanto, una oposición en ese sentido representa una violación del derecho a la libertad religiosa. Por su parte, la clínica del prado aduce que no ha desconocido el derecho a la libertad religiosa del señor Salomón Mattos Mejía, sino que dio por terminado el contrato por una justa causa.

En el caso del señor Salomón Mattos Mejía, que aquí se usa como ilustración, los argumentos de los jueces que decidieron en primera y segunda instancia se caracterizaron por eludir la confrontación de los asuntos morales y por subordinar los derechos individuales a criterios que no se avienen con los principios del Estado Social de Derecho. Por un lado, el juez sexto penal municipal de Barranquilla, en sentencia del 22 de mayo de 2008 consideró que los presupuestos del contrato de trabajo suscrito por el señor Salomón justifican la dependencia que éste le debe al empleador, por tanto basta acudir al artículo 7 del decreto 2351 de 1965 que estatuye las justas causas para terminar un contrato de trabajo para emitir una decisión conforme a derecho.

Por otro lado, el juez cuarto penal del circuito de Barranquilla, consideró en sentencia del 19 de agosto de 2008 que el empleador no se puede acomodar a los horarios que el empleado convenga, por cuanto eso implica una desorganización administrativa en detrimento de la operabilidad de la empresa.

La duda que parece sugerir la teoría jurídica de Ronald Dworkin, hasta aquí, es si efectivamente basta el tipo de análisis llevado a cabo por los jueces tanto en primera como en segunda instancia para determinar los verdaderos intereses jurídicos en juego; porque ¿Cuál sería entonces el concepto de derecho si este desconoce la relación conceptual entre moral y derecho, al hacer primar una serie de criterios oscuros como el del bienestar general, o los intereses de la mayoría o peor aún un concepto económico como el de operabilidad de la empresa?

### 3. LA TEORÍA DE LOS CASOS DIFÍCILES EN LA VERSIÓN DE DWORKIN

El objetivo general de mi investigación es, sin duda, lograr una inmersión en la teoría jurídica de Ronald Dworkin con el fin de iluminar el fenómeno objeto de la comunidad Adventista del Séptimo Día y en consecuencia justificar la práctica del *Sabbath*. Dworkin también examinó con detenimiento la respuesta que ofrece la teoría de Hart a los casos difíciles; en esta sección voy a sostener que la versión de Dworkin de los casos difíciles, que implica una distinción entre argumentos de principio y directrices políticas, constituye una herramienta intelectual imprescindible para la interpretación de fenómenos jurídicos que requieren una justificación moral de sus prácticas. Para tal fin, en primer lugar, voy a identificar la postura de Hart frente a los casos difíciles y luego plasmaré la crítica que Dworkin le atribuye. En segundo lugar definiré qué es un argumento de principio y qué un argumento político para finalmente mostrar cómo se traduce esto a la decisión judicial de los Adventistas del Séptimo Día.

Para la teoría jurídica de Hart los casos difíciles se definen como aquellos casos en que el sistema jurídico no proporciona una regla explícita que establezca el criterio para solucionarlos. Frente a esta situación el positivismo jurídico en la versión de Hart considera que el juez tiene un poder discrecional para decidir el caso. El poder discrecional del juez puede ser definido como el poder creador que tiene para

---

13 Cfr. López Palomino (1993); Estrada Valencia (2009, p. 231-235).

decidir los casos que no se subsumen fácilmente en una proposición jurídica.

Dworkin se niega a otorgar sin más un poder creador de derecho a los jueces, porque implica una aplicación retroactiva del derecho, y en cambio propone apostar a la actividad interpretativa de los jueces. La perspectiva de los casos difíciles Dworkin es así una teoría normativa de la función judicial que subraya la distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos, y defiende la tesis de que las decisiones judiciales basadas en argumentos son compatibles con los principios democráticos. En los casos difíciles en que el juez no encuentre norma particular aplicable al caso que se tiene entre manos, el juez se encuentra vinculado únicamente por el derecho, toda vez que al menos en apariencia no puede fallar con base en una regla explícita, pero sí puede encontrar un principio jurídico de donde derivar el criterio que respalde su decisión judicial.

### 3.1. Distinción entre Argumentos Políticos y Argumentos de Principio

La perspectiva de los casos difíciles de Dworkin se asienta, entonces, en dos ideas fundamentales: (a) los argumentos políticos; y (b) los argumentos de principio. A continuación se expone la tipología de los argumentos introducida por Ronald Dworkin:

(a). Los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo. El argumento en favor de un subsidio para los fabricantes de aviones, que afirma que con él se protegerá la defensa nacional, es un argumento político (DWORKIN, 2012, p.148).

En este sentido el convenio de derecho público interno No. 1 de 1997, entre el Estado Colombiano y algunas Entidades Religiosas no Católicas, que afirma el descanso laboral semanal para los fieles de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, esto es, cuyo día de precepto o fiesta de guarda, es decir el sábado, podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, desde la puesta del sol del viernes hasta la puesta del sol del sábado, corresponde a un argumento político cuya validez en la argumentación de los *Sabbatarian Cases* no es discutible.

Por otra parte,

(b). Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo. El argumento en favor de las leyes que se oponen a la discriminación, y que consiste en que una minoría tiene derecho a igual consideración y respeto, es un argumento de principio (DWORKIN, 2012, p.148).

Es por medio de argumentos de principio que la teoría jurídica de Ronald Dworkin justifica el aval al poder interpretativo de los jueces; es en esa medida que se admiten restricciones a las mayorías, pues el ordenamiento jurídico se compone tanto de un primer nivel de reglas como de un segundo nivel de principios y directrices políticas que en términos de Alexy exigen su ponderación.

Un ejemplo que permite aclarar esta noción es el argumento vertido por la sala sexta de revisión de tutelas de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Jorge Ignacio Pretel Chaljub, al abordar el caso *Salomón Mattos Mejía Vs. la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A.- Clínica del Prado* (Sentencia T-327 de 2009), que consiste en que el empleador no puede impedir al trabajador que practique un culto relacionado con su convicción religiosa y mucho menos despedirlo, sin intentar así contra la libertad de conciencia y libertad religiosa.

La postura de la Corte fue que la decisión de imponer a Salomón Mattos Mejía el cumplimiento del horario limita en forma grave el derecho fundamental a la libertad religiosa y a la libertad de conciencia, afectando de este modo el derecho al Sabbath. Luego, El derecho al Sabbath es una modalidad de objeción de conciencia donde el individuo pretende rehusar el cumplimiento de cualquier actividad laboral, académica o de otro tipo los días sábados, por considerarlo día de descanso conforme a sus creencias religiosas: "Acuédate del día sábado para santificarlo. Seis días trabajaras y en ellos harás todas tus faenas; pero el séptimo día es día de descanso en honor del señor, tu Dios [...] (ÉXODO 20, p.8-10).

Hasta aquí se evidencia que la decisión de la Corte Constitucional colombiana, a diferencia de la decisión del juez sexto penal municipal de Barranquilla y del juez cuarto penal del circuito de Barranquilla, que fundamentaron sus fallos en (i) la facultad de subordinación y dependencia del empleador o (ii) la operacionalidad de la empresa, acepta una visión comprensiva, en primer lugar, del precedente constitucional como fuente de derecho con carácter vinculante y, en segundo lugar, otorga un verdadero valor a los principios jurídicos en juego hasta el punto que ampara los derechos fundamentales de Salomón Mattos Mejía.

Quizá pueda concluirse en esta sección afirmando que la propuesta teórica de Ronald Dworkin, eventualmente, podría corregir las deficiencias de los operadores judiciales frente al análisis de casos del tipo *Salomón Mattos Mejía Vs. la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A.- Clínica del Prado* que involucran una relación entre Ética y Derecho. Si los jueces asumen el punto de partida expuesto en este ensayo (la idea de derechos individuales), seguramente se pueden esperar interpretaciones más dinámicas. La idea que hice latente aquí no es otra que la necesidad de romper con la tradición positivista cuando esta ya no resulta fructífera para el análisis de problemas jurídicos actuales. Nuestros jueces no están acompañando sus decisiones judiciales con teorías que estén en capacidad de resolver los casos que involucran cuestiones eminentemente morales, porque se perfilan decisiones desde el positivismo jurídico dominante, que niega en general la existencia de este tipo de problemas.

## 4. LA IMPORTANCIA DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

La idea de derechos individuales vista anteriormente no es la única premisa que sirve a Ronald Dworkin para fundamentar su teoría jurídica. Además, la teoría jurídica de Dworkin se construye teniendo como punto de partida la crítica del presupuesto de la separación absoluta

entre derecho y moral sostenida por las corrientes positivistas. Quizá el estudio de la importancia de la relación entre derecho y moral permita aclarar la necesidad que se hace latente a lo largo de este artículo, en cuyo seno habita la idea de acudir a nuevos referentes teóricos para repensar fenómenos jurídicos que involucran una conexión entre derecho y moral.

Como corolario resumiré brevemente la posición de Dworkin frente a la relación entre derecho y moral. Después haré un balance que muestre la importancia de este segundo criterio orientador, para interpretar el problema de derecho constitucional del que son objeto los Adventistas del Séptimo Día. El rasgo fundamental del problema abordado es, precisamente, la idea de que la conexión entre ética y derecho representa una dificultad para los jueces constitucionales a la hora de conciliar intereses sociales y jurídicos contrapuestos.

La adopción de este enfoque fundamenta la objeción de conciencia de los Adventistas del Séptimo Día a rehusar el cumplimiento de obligaciones jurídicas los días sábados, porque se reconoce el contenido moral de las creencias religiosas que profesan las comunidades cristianas Adventistas del Séptimo Día como parte integral de los principios de libertad de conciencia y religión enunciados en la Carta Política de 1991 en los artículos 18 y 19 respectivamente; ahora bien, para cumplir mi objetivo es preciso recrear un razonamiento que contraste las tesis que sostuvo el profesor Hart con las ideas de Dworkin.

Mi posición frente a este problema en general es que no es sano para el desarrollo de la interpretación jurídica seguir desconociendo, como lo viene haciendo aún hoy algún sector positivista, las interrelaciones en que a menudo incurre el derecho con la moral. No obstante, el positivismo jurídico moderno de Hart explica cierta relación entre derecho y moral, si se considera el aspecto de la validez del derecho. Según H.L.A. Hart cualquier sistema jurídico cuenta con dos grupos de reglas que se diferencian lógicamente por la función que cada una de ellas cumple; por un lado, tenemos las reglas primarias, definidas como aquellas que describen un comportamiento determinado, autorizan o facultan a algo; por otro lado, están las reglas secundarias que se divide en reglas de decisión, reglas de modificación y regla de reconocimiento *per se*. La regla de reconocimiento o las reglas de reconocimiento establecen un criterio lógico que debe cumplir una regla para poder pertenecer al sistema jurídico. De ahí esta postura sostiene la independencia de la validez frente a los contenidos jurídicos.

Frente a esto Dworkin replica que todas las normas que son susceptibles de ser reconocidas en la *praxis* jurídica como derecho, no siempre pueden cumplir los requisitos que para pertenecer al sistema jurídico prescriben las reglas de reconocimiento. Esto debido a que, los principios jurídicos que no han sido reconocidos por una fuente jurídica oficial, pero que han sido desarrollados por los juristas o por directrices políticas sólo con base en un sentido de propiedad o adecuación forman parte asimismo del sistema jurídico. La postura de Dworkin según el punto de vista de Rojas (2006) se traduce en negar dichos criterios de validez postulados por el positivismo jurídico de Hart como los únicos para determinar qué normas integran el ordenamiento jurídico.

Si todo comportamiento humano es a la vez objeto de consideración tanto por la moral como por el derecho, si bien desde diverso punto de vista, no tiene sentido hacer una separación radical entre ambos, sino que en el pensamiento confluye la filosofía jurídica con la filosofía moral. Esto sería a grandes rasgos el enfoque de integridad sugerido por el profesor Dworkin. Sin duda el pensador por antonomasia que pone de manifiesto esta necesidad, es decir, la necesidad de relacionar el pensamiento moral con el pensamiento jurídico es Ronald Dworkin: [...] es él afirma el profesor Calsamiglia Blancafort (1985) a quien se le atribuye el mérito de restablecer el puente entre el razonamiento Moral y el Jurídico.

Ahora bien, descendamos nuevamente al conflicto de los Adventistas del Séptimo Día para ilustrar estas cuestiones teóricas. Aquí asistimos a una práctica que encuentra sustento en la tradición Judeo-Cristiana y que es referida por varios libros Bíblicos, entre ellos, este pasaje:

Guarda y santifica el día del sábado, como te ha mandado el Señor, tu Dios. Seis días trabajarás y harás tus obras. Pero el Séptimo es descanso para el Señor, tu Dios: no harás en él trabajo alguno, ni tú, ni tu hijo, ni tu hija, ni tu siervo, ni tu sierva, ni tu buey, ni tu asno, ni ninguna de tus bestias, ni el extranjero residente; de esta manera podrán descansar tu siervo y tu sierva lo mismo que tú. Acuérdate de que tú fuiste siervo también en Egipto y de que el señor, tu Dios, te sacó de allí con mano fuerte y brazo poderoso. Por eso el Señor, tu Dios, te manda guardar el sábado. (DEUTERONOMIO 5, p.12 y ss.)

No se puede desgajar el mundo de la moral del entramado jurídico como en esferas de cristal aisladas entre sí. Tal como sostuvo la Corte Constitucional colombiana de principios de la década de los 90s:

El hombre es un ser tanto físico como moral, es decir, un ser perfectible por la *virtud*. La persona humana tiene, como bien inherente a su ser, la tendencia hacia la vida moral; sin la moral no puede hablarse de integridad personal; de una u otra manera el individuo que obra en contra de la moral social no actúa dignamente, pues la dignidad abarca el merecimiento personal hacia el desarrollo integral físico, moral e intelectual del hombre. (CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-503/1994).

Pero no se trata sólo de comprender las interrelaciones en que a menudo incurre el mundo de la moral con el mundo del derecho, se trata, a mi modo de ver, de lograr que los principios morales sirvan como criterios de justificación de las decisiones judiciales. Un acercamiento muy interesante a esta idea lo hace Carlos Antonio Santiago Nino (1990) en su ensayo *sobre los derechos morales*. Nino expone las distintas tesis que se perfilan respecto de los derechos morales. En primer lugar, desarrolla lo que denomina “una negativa extrema respecto de los derechos morales” la cual en términos generales no puede ser sostenida. En segundo lugar, “la negativa atenuada” que consiste en sostener que si bien es admisible reconocer conceptualmente a los derechos morales y hasta admitir que las normas que los establecen pueden justificar acciones y decisiones, sin embargo, no puede aceptarse que esas normas que proveen derechos morales tengan, en su campo de aplicabilidad, un carácter justificatorio excluyente. Esta posición también es descartada por Santiago Nino; en cambio, opta por



adherirse a una tesis fuerte opuesta consistente en que “los principios morales son excluyentemente justificatorios en su campo de aplicación, y que sólo los derechos establecidos directa o indirectamente por tales principios, y que son por lo tanto derechos morales, pueden servir de razones para actuar”.

Tal planteamiento, sin embargo, supone para Nino determinar en qué medida el discurso práctico es un discurso independiente o autosuficiente o si es parte –o un caso especial- del discurso moral general. Esta postura implica sin duda el despliegue de las calidades *iusfilosóficas* más elevadas del individuo porque revive el debate intelectual central de la filosofía del derecho que en mi ponderada opinión puede cifrarse en la relación entre derecho y moral. Para Nino nada parece más claro que: lo que distingue a los juicios normativos jurídicos de los morales es el hecho de ser aceptados, en el razonamiento práctico que justifica una acción o decisión, por el hecho de haber sido formulados por cierta autoridad, que puede ser legislativa o convencional.

Para los efectos de este artículo se trae el pensamiento de Nino para demostrar la paradoja en que se halla nuestro sistema jurídico. Las normas jurídicas se identifican como tales -afirma Nino- por su derivación en el razonamiento práctico de juicios de índole moral, a pesar de que así se sugiere por el rasgo de *autonomía* de los juicios morales enfatizado por Kant. La hipótesis que presenta Nino es la siguiente: “si un juicio que deriva lógicamente de un juicio moral también lo es, de aquí se sigue que las normas jurídicas, entendidas como proposiciones justificatorias, son un caso especial de juicios morales” (NINO, 1990, p. 320). Como señala el autor, Kelsen sin duda no compartiría esta posición dado que podría derivar en una confusión entre el derecho y la moral que él quería evitar, para lo cual propone una teoría de la norma básica. ¿Pero qué replicaría frente a esto H.L.A. Hart? ¿Y cuál es el avance que podemos rastrear con Dworkin? Tales son cuestiones que deben guiar próximas investigaciones.

## 5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En primer lugar, se pudo evidenciar la idea de derechos individuales tal como responde al planteamiento de Ronald Dworkin. Este primer aspecto es fundamental para entender la teoría general del derecho, porque constituye el punto de partida de su crítica a la teoría jurídica dominante en el contexto anglosajón. En *Taking Rights Seriously* Dworkin (2012) se propuso alcanzar dos objetivos: por una lado, definir y defender una teoría general del derecho, desde la crítica a la teoría jurídica dominante, compuesta por una parte conceptual y una parte normativa, que corresponden según su parecer al positivismo jurídico de la escuela analítica y al utilitarismo económico de Jeremy Bentham. El otro objetivo que se trazó el autor consistió en subrayar la idea de los derechos humanos individuales a la que Bentham llama «el disparate en zancos».

De lo expuesto debe retenerse que la idea de derechos individuales funge como criterio orientador a la hora de analizar alcances, límites y garantías exigibles en cuanto a la seriedad de cualquier derecho constitucional fundamental. Este aspecto merece un lugar privilegiado en el razonamiento que avoca este artículo. En efecto, su contenido implica que pueden existir derechos anteriores a cualquier forma de legislación, y sustituye el antiguo criterio último de justificación de las prácticas jurídicas atribuido al bienestar general, en virtud del cual se sacrifican los derechos fundamentales constitucionales. Se trata entonces de exaltar la idea más romántica de que existen unos derechos naturales pero tal como son concebidos por el jurista norteamericano Ronald Dworkin.

En segundo lugar, se mostró en líneas generales la teoría de los casos difíciles. El capítulo 4 de *Taking Rights Seriously* titulado “Hard Cases” ofrece una teoría de la función judicial que subraya la distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos, y defiende la proposición de que las decisiones judiciales basadas en principios son compatibles con los principios democráticos. A diferencia de lo que hace el positivismo actual que considera que el sistema normativo se compone exclusivamente de normas que se aplican en todo o nada, Dworkin distingue entre norma, principio y directriz política. Esta clasificación otorga a los jueces e investigadores un ámbito de dominio más amplio para interpretar las decisiones judiciales, porque acepta la realidad de que los individuos pueden tener derechos anteriores a los positivamente legislados.

Pese a que Ronald Dworkin hace la salvedad de que no ofrece un procedimiento mecánico para demostrar cuáles son los derechos de las partes en los casos difíciles, como por ejemplo: la norma fundamental de Hans Kelsen o el mandado del soberano de John Austin, o más recientemente, la regla de reconocimiento de H.L.A. Hart; considero que basta con identificar las directrices políticas y los principios para tener un enfoque preciso de interpretación constitucional y de teoría jurídica actual para suministrar decisiones judiciales que enlacen cuestiones de filosofía política, jurídica y moral.

Es por esa razón que se adoptó la perspectiva de los casos difíciles de Ronald Dworkin y no otra para el análisis doctrinal del derecho al Sabbath. Por un lado, no se siguió a Kelsen en relación con su tesis de la completud del derecho porque implicaba asumir que el ordenamiento jurídico no tiene lagunas, por lo tanto, cuando no exista norma aplicable el juez debe rechazar, sin alguna otra consideración, la demanda. El argumento que subyace es que todo lo que no está prohibido está permitido; por otro lado, se descartó la posición que mantiene H.L.A. Hart porque implica que el juez tiene discreción para decidir los casos difíciles, lo que aparentemente introduce normas con carácter retroactivo para decidir los casos actuales y por ventura socaba el principio la tripartición de poderes (Legislativo, Judicial y ejecutivo) del liberalismo clásico de John Locke y Tomas Hobbes.

Pero nada más satisfactorio que cerrar estas consideraciones con una apología de la teoría jurídica Dworkiniana, presentando un aparte de una carta de 28 de diciembre de 1983 en la que definió su teoría como sigue:

De modo general puedo decir que me he ido concienciando progresivamente de la importancia de considerar la filosofía jurídica como parte importante de la filosofía moral y política y, por tanto, de la filosofía. Creo que nuestra materia ha sufrido de aislamiento, en el sentido que los conceptos legales pueden ser explotados por sí mismos de

un modo útil, lo cual da como resultado un trabajo analítico estéril. He intentado poner especial énfasis en el hecho de que los conceptos jurídicos fundamentales, incluyendo la idea misma de derecho, son conceptos contestados o interpretativos, de tal modo que ya no pueden explicarse utilizando las formas convencionales de análisis conceptual o lingüístico que se usan para explicar, por ejemplo, el concepto de justicia. (DWORKIN, 1984, p.79).

Hasta ahora, el estudio de los problemas éticos y de derecho constitucional evidenció la necesidad de acudir a referentes teóricos que no admitan una visión restringida del ordenamiento jurídico sólo como un sistema de reglas. De igual modo parece vislumbrarse la necesidad de introducir elementos de filosofía política que acompañen el análisis de este tipo de conflictos, con los cuales se superen las tensiones entre las demandas de las comunidades religiosas y los principios igualitarios y libertarios de la ideología liberal. La revisión de la teoría jurídica de Ronald Dworkin, con fines tendientes a la interpretación y justificación de la práctica religiosa del Sabbath, ha permitido mostrar la interrelación en que incurre el derecho y la moral en estos casos, así como la integración de dicha práctica a través de principios jurídicos preestablecidos en la Constitución Política de Colombia.

En una próxima entrega se hará una lectura dinámica de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana relativa al derecho al Sabbath de los miembros de comunidades cristianas Adventistas del Séptimo Día. Tratando de explotar al máximo que el tema de la jurisprudencia de los jueces dentro del sistema de fuentes del derecho ha cobrado especial relevancia, y se ha llegado a sostener que “el derecho positivo es tan sólo un marco en el que diferentes actores explotan (a) la indeterminación de una norma singular o (b) las contradicciones valorativas en las que incurre un sistema complejo de derecho.” (LÓPEZ MEDINA, 2009).

## BIBLIOGRAFÍA

- BONORINO, P. R.; PEÑA AYAZO, J. I. *Filosofía del derecho*. 2ª ed. Publicación Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá, D.C.: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006.
- CALSAMIGLIA BLANCAFORT, A. ¿Por qué es importante Dworkin? *Doxa*. N°02, 1985, p.159-165.
- CORONA, A. *La investigación científica en preguntas y respuestas*. El sistema Modular. Corporación Uniandes. 2006.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Sentencia T-327 de 2009*. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Sentencia T-406 de 1992*. M.P. Ciro Angarita Baron.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Sentencia T-503 de 1994*. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- DWORKIN, R. *Law's Empire*. Barcelona, España: Editorial Gedisa S.A, 2012.
- DWORKIN, R. *Problemas abiertos en la filosofía del derecho*. Doxa. N°1, 1984.
- DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Barcelona: Editorial Planeta, S.A, 2012.
- DWORKIN, R. *Religion without God*. México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2014.
- ESTRADA VALENCIA, Fabio. El derecho a profesar libremente su religión y a difundirla de forma individual o colectiva. *Revista Derecho del Estado*. N°23, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2009, p. 231-235.
- GRUESO, D. *La justicia: una categoría moral de la política*. 2012, p.1-33.
- HABERMAS, J.; DWORKIN, R.; GÜNTHER, K.; ELSTER, J.; ARATO, A.; RIVERO RODRÍGUEZ, A.; SILVEIRA, P. da; COLLIER, D.; LEVITSKY, S.; O'DONNELL, G. ¿Se oponen la democracia y el constitucionalismo? *La Política: Revistas de estudios sobre el Estado y la Sociedad*, N°. 4, 1998.
- HART, H.L.A.; DWORKIN, R. *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin: Estudio preliminar de César Rodríguez*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.
- LÉTOURNEAU, Jocelyn. *La caja de herramientas del joven investigador*. Medellín: Editorial Lealon. 2007.
- LÓPEZ MEDINA, Diego. *El Derecho de los jueces*. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Bogotá, D.C., Legis Editores S.A., 2009.
- LÓPEZ PALOMINO, Rafael. *Las objeciones de conciencia en el derecho norteamericano*. Tomo I; Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1993.
- NINO, Carlos Santiago. *Sobre los derechos morales*. Doxa. N°. 07, 1990, p.311-325.
- PECES-BARBA, Martínez. *Desobediencia civil y Objeción de Conciencia, en Derecho y Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.
- PECES-BARBA, Martínez. *Cuadernos "Bartolomé de las casas", la dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. 2a edición. Universidad Carlos III de Madrid: Editorial Dykinson, 2003.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. El concepto de derecho de Ronald Dworkin. *Revista de la Facultad de Derecho de México* N° 246, 2006, p.355-412. \_\_

SANTOS PÉREZ, María Lourdes. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. *Cuadernos de filosofía del derecho*. Doxa. No. 26, 2003, p.347-384.

---

**Recebido em:** 09/12/2015

**Aprovado em:** 24/01/2016

---

# GUANTÁNAMO: zona livre de leis (e de humanidade)

## GUANTANAMO: free zone law (and humanity)

LEANDRO CALETTI <sup>1</sup>

RESUMO: O presente estudo de caso tem por escopo examinar as inúmeras violações de Direitos Humanos perpetradas na base naval de Guantánamo pelo Governo dos Estados Unidos da América, ações e omissões que se protraem no tempo, desvelando-se permanentes. Além disso, a criação de uma extraterritorialidade artificial, que redundava num vácuo de proteção jurisdicional aos detidos (“zona livre de leis”), desafia os tratados internacionais de Direitos Humanos de que os Estados Unidos da América são parte, acarretando interessante debate acerca dos incumprimentos internacionais e possíveis sancionamentos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Guantánamo. Proteção Jurisdicional. Violações de Direitos Humanos.

ABSTRACT: The case study presented here aims to examine the numerous Human Rights violations perpetrated in the naval base American at Guantanamo bay by the Government of the United States of America, acts and omissions that bulge in time. Besides, creating an artificial extraterritoriality, which results in a jurisdictional protection vacuum detainees (“free zone laws”), defies international Human Rights treaties that the United States are parties, leading to interesting debate about the international sanctions and possible defaults.

Keywords: Human Rights. Guantanamo. Judicial Protection. Human Rights Violations.

---

<sup>1</sup> Mestrando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Castelo Branco (UCB/RJ). Membro dos Grupos de Pesquisa “Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos” e “Ética, Cidadania e Sustentabilidade” vinculados ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Bolsista PROSUP/CAPES vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Advogado. E-mail: cttlers@gmail.com

## 1. DESCRIÇÃO SINTÉTICA DO CASO

Sete dias depois dos fatos ocorridos em 11 de setembro de 2001, o Congresso dos Estados Unidos da América emitiu Resolução Conjunta intitulada *Authorization for the Use of Military Force*, facultando ao Presidente da República

[...] to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015a, não paginado).

Em 13 de novembro de 2001, o então Presidente George W. Bush assinou o Decreto Executivo n. 66, autorizando a detenção, tratamento e julgamento de certos não cidadãos na guerra contra o Terrorismo<sup>2</sup> (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015b, não paginado). As pessoas submetidas ao precitado decreto são definidas como membros da organização conhecida como Al-Qaeda, indivíduos que tenham participado, apoiado ou instigado atos de terrorismo internacional ou indivíduos que, conscientemente, tenham dado abrigo a ditos terroristas interacionais.

O decreto estabelece ainda que o Presidente da República, por si só, determinará quais indivíduos estão submetidos a essa definição. Ademais, prevê que os detidos deverão ser julgados por Comissões Militares, não possuindo o privilégio de apresentar recurso ou ajuizar procedimentos, de maneira direta ou indireta, bem assim proíbe que tais recursos ou procedimentos em representação de um indivíduo sejam apresentados à corte federal dos Estados Unidos da América, à de um de seus Estados, à de uma nação estrangeira ou internacional.

Com alegado fundamento na Autorização e Decreto alhures citados, centenas de pessoas foram capturados no Afeganistão e em outros países durante os meses posteriores aos ataques de 11 de setembro de 2001. O Governo dos Estados Unidos da América escolheu deter esses prisioneiros na base naval da Baía de *Guantánamo*, Cuba.

A opção pela manutenção dos detidos fora do território norte-americano decorreu de uma interpretação do Departamento de Defesa no sentido de que essa extraterritorialidade artificial subtrairia a jurisdição das cortes federais americanas. Acerca do ponto, confira-se o seguinte excerto do Informe da Comissão Interamericana de Direitos Humanos denominado *Hacia el cierre de Guantánamo*:

El 28 de diciembre de 2001, con posterioridad a las propuestas de detener a Al-Qaeda y a los miembros Talibanes en la Bahía de Guantánamo, los Fiscales Generales Auxiliares Adjuntos Patrick Philbin y John Yoo enviaron un memorando al Departamento de Defensa relativo a la cuestión de si las cortes federales tendrían jurisdicción para conocer un recurso de hábeas corpus presentado por un extranjero detenido en Guantánamo. El memorando concluye que “el gran peso de la autoridad legal indica que una corte federal distrital no podría ejercer adecuadamente su jurisdicción sobre un recurso de hábeas corpus presentado a favor de un extranjero detenido en [Guantánamo]”. Incluso observa que el acuerdo entre Estados Unidos y Cuba para el uso de la Bahía de Guantánamo expresamente establece que “Estados Unidos reconoce la continuidad de la soberanía máxima de la República de Cuba respecto del territorio y las aguas sometidas a este acuerdo”. Por lo tanto, de conformidad con este acuerdo, la Bahía de Guantánamo fue considerada como una zona libre de leyes donde los agentes podían detener a no ciudadanos fuera del territorio soberano de Estados Unidos y sin interferencia de las cortes federales. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2015, p. 42-43).

Noutras palavras, as prováveis denúncias de violações aos direitos dos encarcerados não encontrariam foro adequado nas preditas cortes federais, criando um (absurdo) vácuo de competência jurisdicional à tutela dos direitos dos detidos em *Guantánamo*.

Os primeiros prisioneiros chegaram à base naval em 11 de janeiro de 2002. Atualmente, o já citado Informe da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2015, p.10) estima que setecentos e setenta e nove pessoas estão ou estiveram detidas no centro de detenção, todos homens e, na grande maioria, muçulmanos. Destes, 93% não foram capturados pelas forças americanas, mas vendidos ou entregues por meio de recompensas oferecidas pelo Governo dos Estados Unidos da América.

Não bastassem tais dados, vinte e duas crianças e adolescentes foram detidos, relevando citar o caso de Omar Khadr, capturado aos quinze anos de idade.

De acordo com o mencionado Relatório (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2015, p.23), as principais violações de Direitos Humanos perpetradas na base naval de *Guantánamo* são as seguintes: (1) detenção indefinida; (2) tortura ou outros atos cruéis, desumanos ou degradantes; (3) falta de acesso ou acesso limitado à proteção judicial; (4) julgamentos por comissões militares, sem observação do devido processo legal; (5) cerceamento ao direito de defesa ou prestação de defesa inócua ou inadequada; e (6) regime discriminatório.

## 2. JUSTIFICATIVA

O presente estudo de caso é pertinente devido às inúmeras violações de Direitos Humanos perpetradas na base naval de *Guantánamo* pelo Governo dos Estados Unidos da América, ações e omissões que se protraem no tempo, desvelando-se permanentes.

2 Categoria com o seguinte Conceito Operacional: “[...] prática política de quem recorre sistematicamente à violência contra as pessoas ou as coisas provocando o terror [...]”. (BONANATE, 2010, p. 1.242).

Demais disso, a criação de uma extraterritorialidade artificial, que redundava num vácuo de proteção jurisdicional aos detidos (“zona livre de leis”), desafia os tratados internacionais de Direitos Humanos de que os Estados Unidos da América são parte, acarretando interessante debate acerca dos incumprimentos internacionais e possíveis sancionamentos.

### 3. RECURSOS METODOLÓGICOS E TÉCNICAS MAIS IMPORTANTES

A partir dessas premissas, este artigo utiliza o método dedutivo<sup>3</sup>, cuja premissa maior é a avaliação das principais violações aos Direitos Humanos perpetradas em Guantánamo, objetivando descortinar a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos (premissa menor). As técnicas utilizadas são a Pesquisa Bibliográfica<sup>4</sup>, a Categoria<sup>5</sup> e o Conceito Operacional.<sup>67</sup>

### 4. REFERENCIAIS TEÓRICOS E AVALIAÇÃO DOS RESULTADOS

O estudo de caso ora apresentado tem como referenciais teóricos o Informe da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2015) denominado *Hacia el cierre de Guantánamo*, que narra e quantifica as violações a Direitos Humanos ocorrentes no centro de detenção, e a obra de Antonio Cassese (2012).

Importa ressaltar que, para a edição do predito Informe

[...] la CIDH tomó en cuenta información recibida en el contexto de audiencias públicas y reuniones de trabajo celebradas ante la Comisión, así como materiales presentados en el marco del procesamiento de medidas cautelares y peticiones individuales. El informe también se basa en información pública oficial obtenida de fuentes gubernamentales, informes emitidos por organismos de Naciones Unidas, estudios de investigación académicos e información publicada por organizaciones no gubernamentales y medios de comunicación. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2015, p. 17)

A partir do *Patriot Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001, não paginado), promulgado pelo Senado americano no dia 26 de outubro de 2001, e da abertura do centro de detenção na base naval da Baía de *Guantánamo*, Cuba, o Governo dos Estados Unidos da América articulou esforços para que as violações aos direitos dos lá encarcerados, alhures apontadas, não encontrassem foro adequado nas cortes federais norte-americanas, do que derivou um já apontado vácuo de competência jurisdicional à tutela dos direitos dos detidos em *Guantánamo*.

A posição adotada pelo Governo norte-americano, que dá aos detidos em *Guantánamo* mero *status* de “combatentes inimigos” – conceito inexistente e indeterminado no cenário jurídico internacional –, ao invés de tratá-los como “prisioneiros de guerra” – o que faria incidir o artigo 21 da III Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra, de 12 de Agosto de 1949 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015a, não paginado) –, muito se assemelha a um verdadeiro estado de exceção (eliminação do direito e das garantias a pretexto de um alegado combate ao terrorismo).

De efeito, se se aplica a lei nacional (*Patriot Act*) numa extraterritorialidade artificial desenhada exclusivamente para manter as violações aos direitos dos detidos fora do alcance da jurisdição das cortes federais estadunidenses, pela mesma razão dever-se-ia reputar aplicável à situação as normas internacionais de Direitos Humanos, do que não se tem ventilado.

Em suma, os detidos em *Guantánamo*, além de não gozarem da condição de “prisioneiros de guerra” – em que lhes socorreria o predito artigo 21 da III Convenção de Genebra –, não são assistidos pela lei americana – *Patriot Act* –, ao determinar que, no prazo máximo de sete dias, o estrangeiro detido deve ser expulso ou acusado de violação da lei sobre imigração ou algum outro delito –, constituindo-se em seres juridicamente inomináveis e inclassificáveis. (AGAMBEN, 2004, p. 14).

El Gobierno de Estados Unidos mantiene la posición de que está facultado para detener de manera continuada a los prisioneros en el centro de detención de la Bahía de Guantánamo sin que existan cargos o procesos en su contra. Al respecto, ha indicado que “el derecho de la guerra permite a Estados Unidos – y a cualquier otro país involucrado en un combate- privar de libertad a enemigos combatientes sin cargos o acceso a abogados mientras duren las hostilidades. La detención no es una sanción sino una necesidad militar y de seguridad. Sirve el propósito de prevenir que los combatientes continúen alzándose en armas contra los Estados Unidos”. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2015, p. 41).

3 “[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral”. (PASOLD, 2011, p. 205).

4 “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. (PASOLD, 2011, p.207).

5 “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia”. (PASOLD, 2011, p.25, grifo do autor).

6 “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. (PASOLD, 2011, p.37, grifo do autor).

7 Para efeitos deste artigo, as Categorias cujos Conceitos Operacionais estejam nessa qualidade identificados em notas de rodapé, aparecerão, no corpo do texto, grifadas com a letra inicial maiúscula.

Sucedo, todavia, que o pretexto de se estabelecer uma persecução a suspeitos de terrorismo não outorga um direito a se engendrar uma verdadeira Cruzada, no mais clássico modelo maquiavélico de que os fins justificam os meios. Deter-se e encarcerar-se pessoas, dentre as quais crianças e adolescentes, e mantê-las em regime desumano e degradante, inclusive com relação à raça e ao credo, impor-lhes torturas e ameaças de todo o gênero, testemunham uma permanente e inaceitável violação de Direitos Humanos, semelhante ou maior do que aquela que inaugurou a “Guerra Contra o Terrorismo”.

## 5. TERRORISMO QUE “JUSTIFICA” TERRORISMO

O Terrorismo, historicamente presente na humanidade, é uma opção nefasta que precisa ser condenada em todas as instâncias das relações humanas e entre os povos.

Na gênese desse agir sorrateiro se encontram diversas situações que refletem as gritantes desigualdades sociais, concepções de mundo não refletidas, religiões autoritárias e dominadas por líderes comprometidos com interesses individuais e políticos e práticas de imperialismo orientadas sob diversos métodos por objetivos econômicos.

Nessa esteira, o Terrorismo se associa ao Fanatismo<sup>8</sup> que, em suas convicções e práticas, tem expressões de patologias, sejam pessoais, institucionais ou sociais.

Não se pode, por isso, erigir o terror como fundamento de um salvo-conduto para praticar o terror.

Como bem esclarece Cassese (2012, p.198), até mesmo os terroristas – em se conjecturando de eventual condenação criminal – possuem Direitos Humanos que precisam ser respeitados:

Che invece i diritti umani siano da osservare anche contro coloro che li calpestano credo sia un principio indiscutibile. È un principio que ha un fondamento non solo pratico, ma anche etico e giuridico. Quanto al primo, è evidente che, se si imbecca la strada delle deroghe e delle limitazioni, si corre l'enorme rischio di finire nell'arbitrio. Chi stabilisce fino a que punto si può picchiare, malmenare o addirittura torturare un sospetto terrorista perché parli? Gli esempi cui ho sopra accennato, di Guantánamo e Abu Ghraib, mostrando chiaramente que, se si consente dall'alto de usare metodi normalmente vietati perché contrari ad i diritti dell'uomo, gli esecutori non esitano ad arrivare alla tortura.

As práticas ilegais apontadas pelo Informe da Comissão Interamericana de Direitos Humanos são incontroversas, visto que, durante a avaliação dos Estados Unidos da América pelo Comitê das Nações Unidas contra a Tortura, que aconteceu em Genebra, nos dias 12 e 13 de novembro de 2014, as autoridades norte-americanas reconheceram que a Convenção da ONU contra a Tortura e Outros Tratamentos e Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes tem aplicação na prisão mantida na base militar de *Guantánamo*. (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015, não paginado).

Não fora sem razão que, ainda em 2013, o atual Presidente norte-americano Barack Obama afirmara que *Guantánamo* “é uma instalação que nunca deveria ter sido aberta e em todo o mundo se transformou num símbolo de que os Estados Unidos da América depreciam o estado de direito” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c, não paginado).

Essa confissão faz parte de um discurso que, admitindo alguma espécie de controle de órgão das Nações Unidas, intenta camuflar o regramento jurídico internacional que efetivamente deveria ser direcionado à situação de *Guantánamo*, a saber, do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional (crimes contra a Humanidade – artigo 5º, item 1, alínea “b”, combinado com o artigo 7º, item 1, alíneas “e”, “f”, “h” e “k”). (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015b, não paginado).

É bem verdade que os Estados Unidos da América não assinaram o Estatuto que reconhece a jurisdição do Tribunal, de modo que, a rigor, não pode sofrer catalogação e sancionamento penais internacionais por essa via.

Ainda assim, não se livra de cortes internacionais de Direitos Humanos, porquanto é membro da Organização dos Estados Americanos desde 1951, submetendo-se às obrigações derivadas da Carta da OEA, do artigo 20 do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e do artigo 51 de seu Regulamento. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2015, não paginado).

## 6. CONCLUSÃO

Seja como for, nem as exortações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, nem a pressão internacional exercida por influentes Organizações Não-Governamentais de anteparo aos Direitos Humanos têm conseguido a responsabilização dos agentes dos Estados Unidos da América por crimes contra a Humanidade ou quaisquer outros. Igual modo, não se tem conseguido sequer obstar as agressões diárias em *Guantánamo*, tampouco acelerar o processo de fechamento do centro de detenção, não obstante já existam algumas deliberações governamentais nesse sentido.

8 “[...] definir fundamentalismo, em minha concepção, como a construção da identidade coletiva segundo a identificação do comportamento individual e das instituições da sociedade com as normas oriundas da lei de Deus, interpretadas por uma autoridade definida que atua como intermediária entre Deus e a humanidade”. (CASTELLS, 1999, p. 29).

Causa estranheza que as violações narradas neste estudo ainda ocorram no Século XXI e aos olhos de todos, ainda mais porque se consubstanciam em ofensas a normas de *jus cogens* (normas de direito internacional imperativo – artigos 53 e 63 da Convenção de Viena), suscetíveis de encaminhar qualquer (outra) nação à jurisdição da Corte Internacional de Justiça.

Desde 2013, o Governo americano tem admitido a gradativa liberação de detidos em *Guantánamo*, através de duas catalogações jurídico-militares *sui generis* como de exceção é, *grosso modo*, todo o processo –, a saber: (1) “libertação”, que consiste no fim da privação de liberdade sem medidas de segurança contínuas no país receptor; e (2) “traslado”, hipótese de fim da privação de liberdade sujeito às medidas de segurança adequadas.

Diante de uma tal omissão do ponto de vista de proteção aos Direitos Humanos (*jus cogens*) – tão eloquente quanto os brados vindos das celas de *Guantánamo* –, o que resta a todas as nações é se candidatarem a receber os detidos que serão “liberados” ou “trasladados” daquela fábrica de violações, procurando, através da fraternidade e da alteridade, devolver minimamente a dignidade achatada por longos anos de sofrimentos de toda a ordem.

Quanto ao país violador, malgrado tribunais talvez não alcancem o julgamento de tais crimes, haverá a corte moral das gerações futuras a cobrar da atual a responsabilidade de ter, no mínimo, sido partícipe de uma afronta que tal aos Direitos Humanos.

Ao fim e ao cabo, é de se notar que talvez o mundo clame não só por justiça. Talvez seja preciso aguçar a audição para escutar sussurros que reclamam Tolerância<sup>9</sup> e Responsabilidade.<sup>10</sup> Tolerância com o outro. Responsabilidade pelo outro. Até porque sem a existência do outro, não somos.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução: Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANISTIA INTERNACIONAL. *EUA admitem que Convenção contra a Tortura tem aplicação em Guantánamo*. Disponível em: <<https://anistia.org.br/noticias/eua-admitem-que-convencao-contra-tortura-tem-aplicacao-em-guantanamo/>>. Acesso em: 29 de outubro de 2015.

BONANATE, Luigi. Terrorismo político. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 13. ed. Brasília: Editora da UnB, 2010, v. 2.

CASSESE, Antonio. *I diritti umani oggi*. 3. ed. Bari: Editori Laterza, 2012.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e terra: 1999, v. 2.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Hacia el cierre de Guantánamo*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Hacia-cierre-Guantanamo.pdf>>. Acesso em: 10 de agosto de 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Authorization for Use of Military Force*, Pub. L. No. 107-40, 115 Stat. 224 (2001). Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ40/pdf/PLAW-107publ40.pdf>>. Acesso em: 27 de outubro de 2015a.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Military Order of November 13, 2001*. Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism. Disponível em: <<http://fas.org/irp/offdocs/eo/mo-111301.htm>>. Acesso em: 27 de outubro de 2015b.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Remarks by the President at the National Defense University*. Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/05/23/remarks-president-national-defense-university>>. Acesso em: 25 de outubro de 2015c.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *The USA PATRIOT Act*. Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism. Congress, Washington, DC, 26 out. 2001. Disponível em: <[http://www.justice.gov/archive/ll/what\\_is\\_the\\_patriot\\_act.pdf](http://www.justice.gov/archive/ll/what_is_the_patriot_act.pdf)>. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

LÉVINAS, Emmanuel. *Ética e infinito*: diálogos com Phillipe Nemo. Tradução de João Gama. Lisboa: Edições 70, 2000.

9 “A Tolerância é um valor moral necessário às sadias relações humanas por causa das diferenças constitutivas de cada Sociedade. A sua viabilidade nas relações cotidianas e no âmbito das interações entre os povos depende do combate às causas que evitem a construção de valores que estão na origem da não tolerância, das quais se podem destacar: o fanatismo político e religioso, o analfabetismo endêmico, a ausência de integração de povos limitados por governos dominados por ditaduras, a inexistência de participação política livre, o controle da comunicação e a informação, a não difusão de tecnologias benéficas para todos, a indiferença dos laboratórios farmacêuticos frente às mazelas humanas pela força do capital, entre outros. Sob essa mesma intensidade, é missão de todos e do Estado prevenir e evitar ações ou práticas que fomentam a intolerância e as suas consequências. Não se age exclusivamente a partir do dever instituído pelas leis de um país, mas pelo reconhecimento de que pertença ao gênero humano: Ser tolerante é uma preocupação na qual se irradia em todo gênero humano pela Alteridade, Humanidade, Perdão e Responsabilidade”. (ZAMBAM; AQUINO, 2015).

10 “Entendo a responsabilidade como responsabilidade por outrem, portanto, como responsabilidade por aquilo que não fui eu que fiz, ou não me diz respeito [...]”. (LÉVINAS, 2000, p. 87-88).



ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *III Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra, de 12 de Agosto de 1949*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-conv-contra-tortura.html>>. Acesso em: 30 de outubro de 2015a.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional*. Disponível em: <[http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)>. Acesso em: 17 de outubro de 2015b.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_A-41\\_Carta\\_de\\_la\\_Organizacion\\_de\\_los\\_Estados\\_Americanos\\_firmas.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos_firmas.htm)>. Acesso em: 18 de outubro de 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ZAMBAM, Neuro José; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Tolerância: reflexões filosóficas, políticas e jurídicas para o século XXI. In: *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 142, n. 137, p. 377, março de 2015. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/389/323>>. Acesso em: 04 de out. de 2015.

---

**Recebido em:** 16/12/2015

**Aprovado em:** 25/01/2016

---

# MÍDIA E DEMOCRACIA: contrapontos sobre a construção da influência do poder midiático sobre o poder político

## MEDIA AND DEMOCRACY: counterpoints to the construction of the mediatic power over the political power's influence

DANYELE DA SILVA MACHADO<sup>1</sup>

MICHAEL CÉSAR SILVA<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente estudo tem por objetivo demonstrar a construção da sociedade contemporânea, fundada na quadripartição de poderes, relevando-se a influência do poder midiático sobre o poder político. Busca-se evidenciar as formas de a mídia expressar-se em face da sociedade, perquirindo-se acerca de sua contribuição para a formação da opinião e conhecimento dos cidadãos, bem como analisar a sua forma de promover e lidar com a interação social e a sua aptidão para o reconhecimento de um legítimo espaço público. Reconhecendo-se o poder dos meios de comunicação como um instrumento vinculativo, na relação entre o poder político e a sociedade, pretende-se desvelar a face parcial da mídia, simultaneamente à sua vestimenta democrática e não polarizante. A fim de se alcançar este escopo, estudar-se-á as formas de influência dos mecanismos midiáticos frente à sociedade, salientando-se sua ação em face do cidadão, dado que este constitui ator preponderante frente ao poder político adjacente.

**Palavras-chave:** Poder. Legitimidade. Democracia. Mídia. Espaços Públicos.

**ABSTRACT:** The scope of this article is to demonstrate the construction of contemporary society whose foundation lies in a four way division of powers of which the mediatic power over the political power's influence. The study seeks to clarify the means by which the media expresses itself to society, investigating its contribution into shaping public opinion and the knowledge of citizens, analyzing its form of promoting and dealing with public interaction and its capacity to recognize a lawful public space. Recognizing the mediatic power as a binding factor in the relationship between the political power and society, this study intends to unveil the partiality of a media disguised as democratic and unbiased. Moreover, to achieve this scope, the influence of mediatic tools upon society will be studied, stressing their activity on the individual citizen, the primary actor in front of the adjacent political power.

**Keywords:** Power. Legitimacy. Democracy. Media. Public Spaces.

---

<sup>1</sup> Discente da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito de Empresa pela PUC Minas. Professor da Pós-Graduação lato sensu da PUC Minas. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogado.

## 1. INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido a respeito da influência dos meios de comunicação sobre a política na atual conjuntura social. Hoje, após o reconhecimento do papel desempenhado pela mídia na época das manifestações populares no Brasil, notadamente, em meados de 2013, e, consciente da questão ideológica atrelada ao atentado contra o Jornal Charlie Hebdo, em França, a matéria cresce em relevância.

Assim, digna de ser identificada como o quarto poder, a mídia, sustentada pela noção de ser o veículo de informação mais utilizado nos últimos tempos, obtém a prerrogativa de ser caracterizada como espaço público, ou melhor, ambiente em que não só as informações são divulgadas, como também são questionadas, valoradas e utilizadas como base para definições de opiniões, convicções e tendências políticas.

Nesse contexto, ciente de todo este complexo político-social, mister se faz aclarar o poder dos instrumentos midiáticos atuais em face da legitimação do poder político e da participação popular nesta seara.

## 2. PODER POLÍTICO E SOCIEDADE BRASILEIRA

Vive-se na denominada *Era da Sociedade Contemporânea*. Além de poder ser definida como a fase posterior à Idade Moderna, contemporaneidade reflete a forma com que as sociedades atuais se organizam, estruturam, desenvolvem instituições e regulamentam a vida cotidiana.

A própria noção de Estado como a união dos elementos *povo, território, poder e fins* (SILVA, 2014, p.99-100) já pode expressar que a mudança jurídica observada entre a Idade Moderna e a atual é fomentada, principalmente, nestes conceitos e em suas implicações. Dentre estes, a alteração mais discutida e vivenciada permeia a questão da estrutura de poderes na sociedade.

Desde a antiguidade, a humanidade sempre tentou organizar-se com o intuito de garantir sua sobrevivência e facilitação da vida em sociedade. Esta ordem, na maioria das situações, implementou-se mediante a conjunção de fatores incongruentes como poder, autoridade, obediência, subordinação e legitimidade.

A fim de unir estas instituições, várias foram as teses e filosofias desenvolvidas, as quais buscaram um meio de legitimação do poder atribuído a um, a um grupo ou a todos os homens de uma coletividade.

A começar pelos pré-socráticos e suas ideias baseadas na força dos elementos da natureza, considerando-se os socráticos e a teorização da ética na *polis* grega, chega-se à medievidade com a autoridade fundada em um Deus. Após este contexto, instaura-se a fase iluminista, com a consagração de novos pensadores como Jean Bodin, Hobbes, Rousseau e Locke (CHEVALLIER, 1999); cada qual desenvolve seu raciocínio conforme a razão moderna, e esta, em certo sentido, por concentrar no ser humano a razão e a vontade de todo poder, institui a raiz de toda ideologia contemporânea de legitimidade de poderes, da qual se relevam Hegel, Kant, Hanna Arendt, Habermas, dentre outros.

Também pode ser atribuída a modernidade o desenvolvimento da distinção entre sociedade e Estado na busca da melhor ordenação de poder e autoridade perante a coletividade.

[...] Nem os filósofos antigos nem os teólogos medievais estabelecem distinção entre sociedade e Estado. A polis grega é, ao meso tempo, *societas* ou *societas política*. [...] Na polis antiga, a convivência e a ação conjunta de uma coletividade em prol do bem comum tem seu fundamento na ética. [...] Segundo Aristóteles, o homem é, por natureza, 'animal político'. Para os teólogos medievais, por sua vez, os homens devem pôr em prática a vontade de Deus. É Hegel quem, pela primeira vez, cunha o termo sociedade civil (*bürgerliche Gesellschaft*), estabelece sua diferença em relação ao Estado e atribui a cada uma das duas instâncias sua própria esfera de ação. [...] O que caracteriza e diferencia a sociedade civil e o Estado é, para Hegel, a natureza, particular ou geral, do interesse que move os homens à ação ou do bem que buscam por meio dela. As ações que derivam de um interesse particular dão origem à sociedade civil. E se inscrevem nela. Por outro lado, o Estado é produto de uma ação que obedece ao interesse geral de toda a coletividade. Dirigi-se ao bem universal. (RESTREPO, 1990).

Nesta relação dicotômica entre sociedade e Estado foram-se disseminados graus e meios de poder ou soberania, por meio dos quais a coletividade se subordina e expressa obediência a fim de garantir a harmonia e a ordem do convívio social. Necessário se faz evidenciar que esta noção de poder é intrínseca à atualidade, "*sem a qual sequer seria possível falar em 'societas'*". (LEBRUN, 1991, p.46).

O Estado, como instrumento de expressão da vontade geral da coletividade, apoia-se na supremacia de normas, tais como: leis, princípios, decretos, regulamentos, portarias, costumes, jurisprudência, decisões judiciais etc. para explicitar seu poder e, simultaneamente, legitimá-lo. Como bem ensina Bonavides (2015, p.115):

[...] O Estado moderno resume basicamente o processo de despersonalização do poder, a saber, a passagem de um poder de pessoa a um poder de instituições, de poder imposto pela força a um poder fundado na aprovação do grupo, de um poder de fato a um poder de direito.

Percebendo esta vinculação, Gérard Lebrun explicita os ensinamentos do sociólogo Parsons, que consagram a noção de poder legítimo e fundam a autoridade exercida pelo Estado.

[...] Ora, as relações de domínio ou de poder institucionalizado não constituem a totalidade do sistema de comportamento socialmente imposto. Os costumes, leis, preconceitos, crenças, paixões coletivas contribuem também para determinar a ordem social. [...] o *political power* é 'a aplicação de uma capacidade generalizada, que consiste em obter que os membros da coletividade cumpram obrigações legitimadas em nome de fins coletivos, e que, eventualmente, permite forçar o recalcitrante através de sanções negativas.' (LEBRUN, 1991, p.13-14).

Após este contexto histórico-elucidativo, cumpre ressaltar que cada Estado, conforme seu ordenamento jurídico, experiências históricas, cultura e influências externas, define a estruturação de poderes e o desenvolvimento de suas instituições a partir destes.

Nesta senda, a República Federativa do Brasil, consoante o artigo 1º da Constituição da República de 1988, funda a gestão de poderes do Estado baseada em normas e na participação popular, haja vista a sua caracterização como Estado Democrático de Direito. Isto significa que as normas são utilizadas como instrumentos de expressão do poder, na medida em que a superveniência e obediência da população são observadas em face destas. Além disso, a atividade popular numa democracia direciona-se à "participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo" (SILVA, 2014, p.121) e à legitimidade do poder político, uma vez que a soberania estatal tem como sustentáculo a representação do povo, a qual deve ser honrada.<sup>3</sup>

Toda esta construção doutrinária e política somente faz sentido quando é reconhecido no povo o ser político, que é inerente a este. Nessa linha de intelecção, Paulo Bonavides (2015, p.79) preconiza em seu escólio que a "história que vai do sufrágio restrito ao sufrágio universal é a própria história da implantação do princípio democrático e da formação política do conceito de povo."

De igual modo, observa-se que o poder está tão arraigado na forma atual de existência humana, que acaba constituindo e estabelecendo a figura do cidadão. "'*Dominus originarius*': esta expressão de Kant significa que o poder é menos aquilo que domina os súditos, que aquilo que cria os cidadãos." (LEBRUN, 1991, p.52).

Observando a vida cotidiana, ver-se-á elementos identificadores da condição de cidadão, tais como: a vinculação do indivíduo maior de 18 anos a participar de decisões políticas, a necessidade do título de eleitor, de certificado de reservista e de comprovante da participação em consultas políticas para a prática de algumas atividades, a indispensabilidade da condição cidadã para poder se candidatar a cargos políticos, dentre outros.

Este quadro fático evidencia uma situação rotineira e demonstra os meios instituídos pelo Estado brasileiro, para o reconhecimento e exercício da condição de cidadão, o qual é circunstância intrínseca à efetivação da democracia, em seu viés da participação popular. A esses meios dá-se o nome de direitos políticos que, nas palavras de José Afonso da Silva (2014, p.349), "consistem na disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular."

A vivência social certifica, neste sentido, que a concretização da cidadania pelos nacionais não ocorre de maneira eficaz. Hodiernamente, o povo não identifica a cidadania por sua atuação política na seara do poder, ao contrário, esta qualidade é vista como determinação estatal, uma imposição político-jurídica.<sup>4</sup> A capacidade de votar nos seus representantes e ser votado, dentre outras, não supre a população, em seu anseio pela participação nas decisões políticas. O descrédito ultrapassa esta matéria, alcançando a indignação com os crescentes escândalos de corrupção. Ninguém se sente representado diante de um corpo político instável, com ausência de verossimilhança nas promessas de campanha e saturado de fatos corruptos.

À crise de legitimidade do Estado-Nação acrescenta-se a falta de credibilidade do sistema político, fundamentado na concorrência aberta entre partidos. Capturado na arena da mídia, reduzido a lideranças personalizadas, dependente de sofisticados recursos de manipulação tecnológica, induzido a práticas ilícitas para obtenção de fundos de campanha, conduzido pela política do escândalo, o sistema partidário vem perdendo seu apelo e confiabilidade e, para todos os efeitos, é considerado um resquício burocrático destituído de fé pública. (CASTELLS, 2001, p.402).

O povo, que em 2013, demonstrou sua indignação face à situação exposta<sup>5</sup>, por meio das manifestações populares, gradativamente, perde o interesse em se manifestar no setor político brasileiro, e migra sua atenção para outro poder, o qual cresce em relevo, já que além de informar e conduzir as pessoas à existência intelectual, hoje, tem a atribuição de ofertar aos nacionais, local passível de serem implementados debates e discussões públicas acerca de diversos assuntos, sobre os quais a população ouve, lê, fala, discute, é ouvida e entendida, um espaço em que suas vozes ecoam e presumem-se ser ouvidas. A ágora grega<sup>6</sup> agora se corporifica por iniciativa de outro poder, que não o político.

### 3. OS QUATRO PODERES

A ordenação de poderes políticos num Estado determina a vida cotidiana, prescreve as ações e as abstenções vinculantes, além de

3 Art. 1º, parágrafo único da Constituição da República de 1988: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

4 "Os cidadãos continuam sendo cidadãos, mas não sabem ao certo a qual cidade pertencem, nem a quem pertence essa cidade." (CASTELLS, 2001, p.408).

5 Nesse sentido, "a crescente incapacidade de o Estado exercer controle sobre os fluxos de capital e de garantir a lei e a ordem compromete sua importância para o cidadão médio." (CASTELLS, 2001, p.402).

6 Para maiores informações sobre a ágora grega, remete-se a leitura de: Ekecrantz (2006, p.97-100).

propor quais fatores e quando um indivíduo pode ser identificado como cidadão. Enfim, ele gerência toda a existência social.

Neste sentido, seria utopia demonstrar as posições deste poder em face da sociedade, e omitir-se frente aos outros poderes que se relacionam com este e o influenciam diretamente, dado que “no contexto de uma verdadeira democracia [...] é crucial ainda ressaltar a existência, nas diversas sociedades, de diferentes formas de poder.” (GUARESCHI, 2006, p.36).

[...] Segundo Thompson, ‘a sociedade moderna organiza-se em torno de quatro poderes, o econômico, o político, o coercitivo e o simbólico’ (1998:22). Esses quatro poderes estabelecem relações simultâneas e complexas entre si, daí, a necessidade de entendermos como esses quatro poderes se desenvolvem no contexto social. (TREVISOL, 2009, p.166).

O poder político, como explanado, advém da coordenação e regulamentação, pelo Estado, da vida social; já o poder coercitivo é reflexo do poder estatal de editar normas, uma vez que expressa a utilização da força a fim de vincular o indivíduo à obediência à lei.

O poder econômico é considerado grande regulador da sociedade, independente da política econômica adotada. Ele reúne a força de empresas privadas que almejam o lucro crescente, alcançado na competição do mercado interno e internacional; assim, dispõe perante o Estado três elementos básicos e indispensáveis, os quais direcionam a vida cotidiana: *geração de empregos* – que garantem a manutenção da renda da população; *pagamento de tributos* – que formam o erário público e custeiam os gastos públicos; e *aumento da riqueza* – com o aumento do consumo e produtividade.

Por último, o quarto poder, definido por Thompson como poder simbólico ou cultural.

Este poder nasce na atividade de produção, transmissão e recepção dos significados culturais, isto é, uma sociedade produz e dissemina valores, normas e regras que estão intimamente ligadas ao patrimônio cultural. Assim, a atividade simbólica é característica fundamental da vida social, em igualdade de condições com a atividade produtiva, a coordenação dos indivíduos e a atividade coercitiva. (TREVISOL, 2009, p.167).

Como pode ser observado, este poder reflete os paradigmas construídos pela sociedade, a visão de mundo, as instituições e o legado cultural, valorizados por esta. As responsáveis pela construção e disseminação deste poder são as interações sociais, que, por meio da linguagem, fortificam a participação popular direta no âmbito soberano.

A ação política no sentido de interação social que envolve poder e autoridade é um componente necessário da cadeia total de relações de que é formada a estrutura social. Alfabetização, educação, centros urbanos e meios de comunicação de massa são não só o resultado da tomada de decisão (dependente do ente político), como também condições antecedentes da sua organização democrática. (WERTHEIN, 1979, p.11.)

Rousseau foi o grande divulgador deste poder, como bem rememora Paulo Bonavides (2015, p.484), ao analisar em seu escólio a importância dada por parte do filósofo iluminista à opinião na definição da sociedade política. Nesse sentido, destaca, ainda, que “sendo a quarta lei na divisão das leis políticas fundamentais, a opinião faz, segundo Rousseau, a ‘verdadeira constituição do Estado’, colocada ao lado dos costumes e mais poderosa que estes.”

A constituição e difusão deste poder, nas sociedades atuais, são empreendidas por iniciativa dos meios de comunicação. A mídia, por dominar todo espaço linguístico, é a principal instituição que sobreleva o poder simbólico.<sup>7</sup>

Assim preleciona Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (1994, p.61):

[...] podemos dizer que o significado de ‘informar’ é pôr em forma, ordenar. A imprensa é a responsável, de certa forma, por ordenar a sociedade, no sentido de difundir os acontecimentos socialmente relevantes, de repartir o progresso social na medida em que torna as pessoas cientes dos avanços técnicos, culturais etc.

#### 4. O PODER MIDIÁTICO<sup>8</sup>

Hodiernamente, “as trocas simbólicas passaram a ser fatores determinantes da vida social, tendo um papel importante na construção da sociedade global.” (TREVISOL, 2009, p.167-168). Esta função linguística, que permeia a captação e disseminação de informações, é assumida e exercida integralmente pelos meios de comunicação, que possuem poder de dar visibilidade a fatos e discussões de quaisquer searas, introduzindo, fortalecendo e vulgarizando conhecimentos, convicções e opiniões frente à sociedade.

7 “A influência dos meios de comunicação de massa, na legitimação ou criação de novos valores, é levada a termo, principalmente, através de novelas, histórias em quadrinhos, filmes, programas de televisão e programas de rádio.” (GUARESCHI, 1987, p.92).

8 “A imprensa é a vista da nação. Por ela é que a nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que sonegam ou roubam, percebe onde lhe alvejam ou nodam, mede o que lhe cerceiam ou destroem, vela pelo que lhe interessa e se acautela do que a ameça.” (BARBOSA, 2000, p.38).

9 “[...] a imprensa tem outra face: é veiculadora de informações, direito público, e nesse papel norteia-se pelo princípio de publicidade, colocando-se como intermediária entre os cidadãos e o governo.” (CAPELATO, 1994, p.18).

[...] Não obstante, deve-se considerar que o sistema dos media, ao disseminar informações em volume e escala sem precedentes, oferece insumos que alimentam interações dialógicas, com formatos variados, entre os cidadãos, seja em conversações informais do dia a dia, seja em discussões que se sobrepõem em fóruns organizados da complexa sociedade contemporânea. (MAIA, 2006, p.156.)

A importância<sup>9</sup> da mídia como agente simbólico ultrapassa sua função de difusão de conhecimentos e pode ser esmiuçada em quatro explanações já constatadas por Guareschi (2006, p.30-31): o poder de visibilidade e edificação da realidade; o poder de valoração do que é transmitido; o poder de determinar os assuntos debatidos pela população e, o poder de construir a subjetividade por meios das interações constantes entre espectadores e mídia.

O poder de construção da realidade pode ser atribuído a esta, já que tudo que existe para as pessoas compreende o que é disposto pelos meios de comunicação. A informação veiculada constitui-se como fonte de todo conhecimento e arguição a respeito de qualquer matéria. O que não se divulga não é conhecido nem legitimado pela população como existente.<sup>10</sup>

Verificando esta prerrogativa, José Manoel Moran (1991, p.72) assevera com concisão em seu escólio que “um acontecimento só existe socialmente se for comunicado, transmitido aos outros. Informar é recortar fragmentos da realidade, organizá-los dentro de alguns critérios ou normas preestabelecidas e fazê-los chegar ao maior número de pessoas.”

À primeira vista, isto pode parecer inofensivo, como uma consequência do papel informativo da mídia, contudo, se relacionar-se o que é disposto por esta com a assunção da realidade pelas pessoas, e a valoração<sup>11</sup> que se atribui, conjuntamente, à transmissão do fato, ver-se-á a tentativa de se manter um ciclo controlador do conhecimento, saber, convicção e pressuposto de existência da verdade que os indivíduos mantêm. Ante o exposto, destaca-se que “a visibilidade torna-se então equivalente àquilo que é verossímil, à imagem passível de ser fabricada, ampliada e refreada.” (WEBER, 2006, p.120).

Assim como os poderes de visibilidade e de valoração, a mídia tem o poder – privilégio de determinar os assuntos discutidos pela sociedade.

Nos dizeres de Liráucio Girardi Júnior (2005, p.73):

[...] um dos maiores poderes dos meios de comunicação não consiste em nos dizer propriamente o que pensar, mais em que pensar. Seu poder está na sua capacidade de estabelecer uma agenda a partir de determinados interesses (políticos, ideológicos, econômicos), em situação de concorrência, e a partir de sua própria lógica produtiva (necessidade de trabalhar com o novo e com o extraordinário de maneira a atrair o leitor ou o telespectador).<sup>12</sup>

De igual modo, com a prerrogativa de ditar o que é visto e conhecido, munida com a faculdade de valorar o que é exposto e ciente de que as matérias nela suscitadas serão a base do discurso público, e, nesse sentido, a mídia, com seu poder de interação influencia a construção da subjetividade da população. As verdades, convicções e argumentações empreendidas por um indivíduo muito se vinculam ao que o mesmo assiste, escuta, lê, e a mídia, hodiernamente, como canal de interação utilizado, instrui a concatenação destas ideias quando transmite conhecimentos e difunde informações.

Corroborar-se, assim, que além do papel sociológico desempenhado pelos meios de comunicação, estes mantêm relações crítico-argumentativas face à seara jurídico-política, tendo em vista que o cidadão, o qual contribui para a legitimação do Estado Democrático de Direito, é formado nestas estruturas. Seus paradigmas, crenças e, de certa forma, suas decisões políticas se oriundam do cenário ora descrito.

Consoante preconiza Moran:

Os meios de comunicação exercem poderosa influência em nossa cultura. Refletem, recriam e difundem o que se torna importante socialmente tanto ao nível dos acontecimentos (informação) como do imaginário (ficção). Desempenham também um importante papel educativo, transformando-se, na prática, numa segunda escola, paralela à convencional. Os meios são processos eficientes de educação informal, porque ensinam de forma atraente e voluntária (ninguém é obrigado, ao contrário da escola) a observar, julgar e agir individual e coletivamente. (MORAN, 1991, p.5).

Outrossim, a exposição constante de notícias, temas abordados em novelas, minisséries, discussões explanadas por programas interativos, emissões de opiniões em redes sociais, integram a visão de mundo do espectador; este é quem deve frear estas impulsões, criticar o que lhe é transmitido, questionar os fundamentos dos pareceres, enfim, formar sua própria convicção a partir do que se convencer como

---

10 “Tudo o que fica de fora do alcance da mídia assume a condição de marginalidade política”. (CASTELLS, 2001, p.368).

11 A respeito das técnicas mais importantes de diluição e recuperação de valores, remete-se a leitura de: Guareschi (1987, p.52-64).

12 “Nem todos os jornais são bons. Nenhum jornal é totalmente bom ou totalmente mal, justo ou injusto. Todos têm seus defeitos e suas tendências, assim como seus leitores. Mas – e é um mas terrivelmente significativo –, se os jornais não trazem à luz as notícias e as publicam, se não levam a sério as investigações e não fazem comentários, se não examinam os problemas e não os denunciam, então quem o fará?” Este pensamento de Howard Simons pode ser estendido a todos os mecanismos midiáticos. (CAPELATO, 1994, p.69).

correto, por si próprio, e não se conformar com o que está sendo difundido, sem exame da confiabilidade e razoabilidade da informação.<sup>13</sup>

Por conseguinte, afirma-se a peça chave entre os poderes político e simbólico, o sujeito principal nestas lutas de interesses: **o espectador cidadão**. Hanna Arendt o entende como essencial à análise do poder da mídia, e lhe confere uma força especial nestes jogos de poder.

A palavra espectador adquire importância e força, a partir do resgate do seu sentido original como elemento importante para tencionar as relações entre os poderes. [...] Nesse sentido, pode-se sempre acreditar na disputa de poderes e na partição de resultados entre a política, a mídia, a sociedade e os indivíduos, entre eles haverá um ponto cego e o benefício da dúvida, mesmo numa sociedade panóptica. (WEBER, 2006, p.133).

O ponto cego, referido acima, reflete não só a capacidade individual de absorver o que lhe é exposto, questionar ou não as justificativas, a veracidade e a confiabilidade das informações<sup>14</sup>, como também indica a interferência de outras circunstâncias sob a formação da subjetividade privada e, corolariamente, sob a construção da opinião política. Desta forma, o grau de escolaridade, os distintos parâmetros sociais já consolidados, a condição social, a filiação à ideologia dos partidos políticos e a própria experiência cotidiana são mecanismos que influenciam o desenvolvimento e a maturação da identidade subjetiva.

Não se pretende adotar posição reducionista, minimizando a capacidade crítica do espectador (cidadão) frente à mídia ou delimitando a esta toda interferência opinativa, já que “a dominação do imaginário, no entanto, sempre será, em algum nível, consentida, pois as paixões e emoções de cada indivíduo não estão à mercê de mensurações quali/quantitativas e sempre podem surpreender.” (WEBER, 2006, p.120).

## 5. MÍDIA E ESPAÇOS PÚBLICOS

Ressaltados os meios de comunicação como instrumentos de construção da identidade do cidadão, cumpre evidenciar outro modo de manifestação da mídia como quarto poder, qual seja, sua caracterização como espaço público, apto à exposição de ideias, pensamentos, convicções, debates político, cultural e econômico; enfim, local definidor, emissor e expensor da opinião pública.

Precipuamente, necessário se faz reconhecer que, internamente à sociedade, o debate público, construído motivadamente, por meio de concorrências linguísticas sobre assuntos variados, constitui, ou melhor, efetiva os axiomas norteadores da democracia. Esta se fundamenta na legitimidade popular e compõem-se da visibilidade e da discussão pública política.

Atualmente, pode-se observar que a ausência de interesse das pessoas quanto à eficácia dos meios de participação na política, corolário advindo da descredibilidade em face desta instituição<sup>15</sup>, minimiza a própria vontade de manifestar opiniões acerca da temática nestes espaços. Votar, para a maioria dos cidadãos, parece ser a única e ineficiente forma de expressar seus anseios e decisões na seara governamental.

Généreaux destaca como o terceiro grau do horror político em que vivemos, a falta de interesse pelo debate político (seja pela ausência de divisões ideológicas e programáticas claras, seja pela complexidade cada vez maior das questões apresentadas ao leitor, seja pela retórica que apresenta determinadas questões como inevitáveis, questões sobre as quais se deve silenciar). O interesse pelo debate político não deveria consistir no simples fato de participar de eleições, mas em participar de tal debate. Trata-se de recuperar a ação e o discurso, em fazer da participação política uma forma de aprendizado. (GÉNÉREAUX, 2005, p.66).

Neste impasse, visualiza-se a ascensão dos mecanismos midiáticos na seara pública, como espaço de exposição, discussão e fortificação dos debates públicos. Além de ser atribuído papel definidor da temática a se discutir, aptos também estão a configurar-se como local provedor, receptor e dinamizador destes embates.<sup>16</sup>

[...] Como os recursos disponíveis para interferir nas decisões governamentais são escassos, a mídia passa a ser o alvo mais visado não apenas por dar mais visibilidade ao movimento, mas por permitir que, através do tratamento

13 “Ler é perceber e julgar, descobrir as representações da realidade e simultaneamente situá-las numa determinada visão-de-totalidade. A dificuldade de julgamento de muitas pessoas consiste em obter muitos dados, por exemplo, através de jornais e telejornais, e não saber ou não conseguir encará-los nessa visão de totalidade, de conjunto. Esses dados permanecem soltos, não interligados e por isso não aproveitados, esquecidos imediatamente. A forma de relação que os meios estabelecem com o público facilita essa desintegração de dados, essa não incorporação num conjunto coerente, totalizante e organizado.” (MORAN, 1991, p.9-10).

14 Pois “a informação é um produto que sofre inúmeras interferências dos grupos econômicos e políticos, do poder de pressão dos grupos sociais.” (MORAN, 1991, p.73).

15 “A política se vê desqualificada enquanto exercício público; os partidos e, especialmente, seus membros parlamentares sofrem críticas sistemáticas da mídia. Ambos – partidos e políticos – tornam-se, em maior ou menor medida, alvos da baixa-estima dos cidadãos e campeões incontestes de perda de credibilidade nas pesquisas de opinião.” (CASTRO, 2006, p.143).

16 “A própria política, nos últimos anos, perdeu seu locus histórico, o espaço público das ruas e praças, onde os cidadãos se reuniam para discutir suas ideias. Hoje ela se dá quase integralmente através da mídia, o que confere aos órgãos de comunicação um considerável poder de convencimento.” (THOMPSON apud GUARESCHI, 2006, p.30).

controverso dado às suas questões, sejam construídos fluxos de opinião pública que poderiam vir a se tornar feixes de opinião pública tematicamente específicos. (GIRARDI JUNIOR, 2005, p.73).

Como visto, seu poder ultrapassa a definição da crença política individual, e alcança a constituição da convicção pública acerca das matérias de cunho governamental. O que se reclama das formas de participação pública política insere-se nos meios de comunicação. Portanto, “el acceso y la participación de los ciudadanos a los medios de comunicación de masas, representa en última instancia, una reivindicación de participación en la vida política y democrática de un Estado.” (FERNANDÉZ, 1990, p.37 *apud* CARVALHO, 1994, p.55).

Redes sociais, crônicas e editoriais de revistas e jornais, charges, paródias, dentre outros, são os instrumentos prediletos da sociedade contemporânea para a manifestação de pensamentos e opiniões políticas. Nesta seara, há polêmica quanto à legitimidade democrática do espaço público midiático. Como bem sustenta Jan Ekecrantz (2006, p.96):

[...] Comunicações democráticas pouco têm a ver com espetáculos midiáticos de uma sociedade moderna saturada de mídia, sejam eles chamados de ‘noticiários’, ‘debates públicos’ ou qualquer outro nome. Isso indica que há alguma variedade do show midiático do qual participam celebridades da política e de outras áreas a fim de se autopromoverem, em vez de se engajarem em debates sérios sobre questões reais. Nós não temos, aqui, diálogos de interesse público, discussões abertas, mas disputas espetaculares diante de espectadores, como um entretenimento de palco.

Esta crítica pode ser estendida a maioria das exposições midiáticas sobre debates públicos, pesquisas de opinião, entrevistas com autoridades políticas. Simultaneamente ao espaço disponibilizado pelos meios de comunicação, o acesso restrito e a singularidade destas formas de informação (via de mão única) dificultam a democratização e a não polarização destes instrumentos.

Bonavides alcança esta conclusão, ao expor que:

Na sociedade democrática, a opinião pública é por igual suspeita, pois sem embargo do pluralismo aí patente, os elementos de elaboração e transmissão de juízos que formam a opinião pública, não se concentrando em um poder único, como no Estado totalitário, têm contudo sua sede nas mãos de uma minoria, que são os “lordes” do poder econômico e financeiro, a cujo controle se acham sujeitos via de regra os meios de publicidade. (BONAVIDES, 2015, p.492).

De igual forma, deve-se “atentar para os princípios fundamentais que regem a mídia informativa: a corrida em busca de maiores índices de audiência, em concorrência direta com o entretenimento; e o necessário distanciamento da política, para conquistar credibilidade.” (CASTELLS, 2001, p.378).

Destarte, não obstante a advertência ora transcrita, alguns aspectos dos instrumentos midiáticos reduzem esta carga axiológica negativa e possibilitam à crença de serem estes a saída para a inclusão democrática dos cidadãos nos espaços de discussão pública.<sup>17</sup>

A simplicidade de tratamento de um tema, a globalização de assuntos e conteúdos, e a possibilidade de exposição de opiniões divergentes, com a necessária explanação argumentativa, são pontos evidenciados na defesa da mídia como fonte democrática de espaço público. Assim, assevera Ekecrantz: “Mas a nova mídia globalizada – a Internet é uma delas – pode servir como uma condição para uma democracia verdadeiramente cosmopolita, e a nova mídia interativa nos dá esperanças de uma democracia realmente participativa.” (EKECRANTZ, 2006, p.96).

Teses paradoxais como as suscitadas fundam-se em circunstâncias bem diversas acerca da mídia e da política, e na forma como estas se comunicam. A bem da verdade, a realidade fática demonstra que estas ideias contrapostas subsistem concomitantemente. Vê-se, com nitidez, a televisão, os jornais, as revistas, como exemplos de meios equivocados de debates públicos, na medida em que as opiniões e os conceitos transmitidos não foram construídos coletivamente. A importância destes mecanismos não permeia a própria noção de debates públicos, mas a possibilidade de se começar uma concorrência de posições políticas a partir do que é disseminado pela mídia. Os meios, ora expostos, não podem ser considerados legitimamente como espaços públicos, porém, devem ser reconhecidos como provedores destes na sociedade hodierna.<sup>18</sup>

Por outro lado, a internet constitui-se como autêntica ferramenta dos debates públicos. Este espaço público, em que todos têm acesso igualitário às opiniões divergentes e possuem a faculdade de se expressar como queiram, possibilita a formação e a participação em debates públicos, a exposição de correntes doutrinárias diversas e a construção coletiva da tão aclamada opinião pública.

Ives Gandra Martins, destacando esta conjuntura dicotômica, explicita que:

Com todas as insuficiências que a liberdade da imprensa representa, pois não exterioriza, necessariamente, a liberdade de pensar do povo, mas sim a de seus detentores, daqueles que a dirigem, a verdade é que sua permanência significa maior segurança para o cidadão comum, que pode, muitas vezes, contar com canais de difusão de seus anseios, críticas, apoios e decepções. (MARTINS, 2006, p.59).

---

17 “O discurso midiático, ao se apresentar através de uma linguagem não especializada e multifuncional, permite a composição de novos significados por parte de seus consumidores.” (LIRÁUCIO JUNIOR, 2005, p.71).

18 “Os veículos de comunicação de modo geral (e particularmente a televisão) constituem a principal fonte de informações políticas e opiniões para o grande público.” (CASTELLS, 2001, p.382).



Resta, como já fora observado, ao cidadão diferenciar as funções desempenhadas pela mídia, formar sua convicção a partir do diálogo argumentativo entre o que lhe foi transmitido e seus paradigmas já consolidados e, caso lhe interesse, expor suas convicções a fim de criar discussões temáticas, ou apenas disseminar seu ponto de vista.

Logo, dentro da conjuntura da sociedade contemporânea, sem a efetiva participação do indivíduo (cidadão), o qual vincula o papel midiático ao poder político, nenhuma das ramificações do poder simbólico faz sentido.<sup>19</sup>

## 6. CONCLUSÃO

Na atual conjuntura da sociedade brasileira, os meios de comunicação crescem em relevância. Além do papel sociológico que exercem, com a disseminação de informações e conhecimento pela sociedade, desempenham também atividade concernente à constituição da identidade e decisão política dos cidadãos.

Este papel, essencial à legitimação do poder político, convive com outro poder-privilegio dos instrumentos midiáticos: seu reconhecimento como espaço público, oriundo do descrédito nacional em face da instituição política hodierna.

Não obstante se admita que a atividade midiática não seja inofensiva ou inócua, dado que além de transmitir a informação, esta é valorada conforme paradigmas próprios do meio de comunicação, bem como, seu espaço público nem sempre prioriza a veste democrática, não se afasta sua necessária ação como ponte entre o poder político e a sociedade, além de sua disposição a ser sede de debates e públicas, ou, simplesmente, de emissões de opiniões e crenças.

A bem da verdade admite-se a indispensabilidade dos mecanismos midiáticos, porém, o desempenho destes deve ser vinculado à atitude dos cidadãos, os quais devem criticar, perquirir razoabilidade e confiabilidade da transmissão, além de contrastar esta com seus paradigmas a fim de formar a própria convicção e, corolariamente, seu assento político, identificando a mídia como um instrumento imprescindível na construção da democracia.

## REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- CAPELATO, Maria Helena Rolim. *A imprensa na história do Brasil*. Imprensa oficial e imprensa contestadora. O jornal como documento. O papel do jornal na história. 2. Ed., São Paulo: Ed. Contexto/ EDUSP, 1994.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1994.
- CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Vol. II. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. 3. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2001.
- CASTRO, Maria Céres Pimenta Spínola. Dilemas para a constituição do espaço público brasileiro: controvérsias midiáticas. In: MAIA, Rousiley; CASTRO, Maria Céres Pimenta Spínola (Orgs.). *Mídia, Esfera Pública e Identidades Coletivas*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2006, p.139-152.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1999.
- EKECRANTZ, Jan. Espetáculos midiáticos e comunicações democráticas: entre a hegemonia global e a ação cívica. In: MAIA, Rousiley; CASTRO, Maria Céres Pimenta Spínola (Orgs.). *Mídia, Esfera Pública e Identidades Coletivas*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2006, p.93-116.
- FOSSATI, Patrícia Muscariello. Manchetes de jornal: a criação de um caso. *Revista FAMECOS*. Porto Alegre, n.7, nov. 1997, p.74-77.
- GUARESCHI, Pedrinho A. *Comunicação e poder: a presença e o papel dos meios de comunicação de massa estrangeiros na América Latina*. 6. ed., Petrópolis: Ed. Vozes, 1987.
- GUARESCHI, Pedrinho A. Mídia e Cidadania. *Revista Conexão: Comunicação e Cultura*, UCS, Caxias do Sul, v. 5, n. 9, p. 27-40, jan./jun. 2006.
- GIRARDI JUNIOR, Liráucio. Poder simbólico, mídia e cidadania. *Revista Comunicare*. Volume 5, nº 1, 1º semestre. 2005, p.61-75.
- KRIEGHBAUM, Hillier. *A ciência e os meios de comunicação de massa*. Edições Correio da Manhã. Tradução de Maria Christina Lacerda Rodrigues. Rio de Janeiro: Ed. Livro SA, 1967.
- LEBRUN, Gérard. *O que é poder*. Tradução de Renato Janine Ribeiro Sílvia Lara. 11. ed., Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1991.
- LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. *Direito à liberdade de imprensa*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999.
- MAIA, Rousiley. Mídia e Deliberação: atores críticos e o uso público da razão. In: MAIA, Rousiley; CASTRO, Maria Céres Pimenta Spínola (Orgs.). *Mídia, Esfera Pública e Identidades Coletivas*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2006, p.153-179.

---

19 De igual modo, “[...] Eliminada a imprensa, está decretada a asfixia, sequestrada a representação nacional, condenada a Nação a uma atmosfera de calabouço. A imprensa não é só uma liberdade individual, é ainda uma instituição, uma grande instituição da ordem política. Sem ela expira o governo do povo pelo povo.” (NERY, 2000, p.72).

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Estado de Direito e o direito do Estado*: outros escritos. São Paulo: Lex Editora, 2006.

MELO, José Marques de. Jornalismo Político: Democracia, Cidadania, Anomia. *Revista FAMECOS*. Porto Alegre, n.35, abr. 2008, p.90-94.

MORAN, José Manoel. *Como ver televisão*: leitura crítica dos meios de comunicação. Coleção Comunicar. São Paulo: Ed. Paulinas, 1991.

NERY, Sebastião. *Grandes Pecados da Imprensa*. 3. ed., São Paulo: Geração Editorial, 2000.

RESTREPO, Luis Alberto. A Relação entre a Sociedade Civil e o Estado: elementos para uma fundamentação teórica do papel dos movimentos sociais na América Latina. Tradução de José de Souza Martins. *Revista Tempo Social*. Rev. Sociol. São Paulo, USP, volume 2, p.61-100, 2º semestre, 1990. Disponível em: <[http://www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/site/images/stories/edicoes/v022/A\\_RELACAO.pdf](http://www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/site/images/stories/edicoes/v022/A_RELACAO.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2015.

ROLDÃO, Ivete Cardoso de Carmo. Telejornais: técnica, texto e contexto: um exercício de leitura crítica e cidadania. Trabalho apresentado ao NP 11 – Comunicação Educativa, do *V Encontro de Núcleos de Pesquisa da Intercom*. Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

TREVISOL, Marcio G. Poder, Democracia e Cultura: inferência sobre os efeitos da comunicação nos contextos sociais. *Revista ALCEU*, v.10, n.19, jul./dez. 2009, p.164-174.

WEBER, Maria Helena. Visibilidade e Credibilidade: tensões da comunicação política. In: MAIA, Rousiley; CASTRO, Maria Céres Pimenta Spínola (Orgs.). *Mídia, Esfera Pública e Identidades Coletivas*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2006, p.117-136.

WERTHEIN, Jorge. *Meios de Comunicação*: realidade e mito. Tradução de Maria Cândida Diaz Bordenave, Sigrid Sarti, Teresinha J. Direne. São Paulo: Ed. Nacional, 1979.

---

**Recebido em:** 04/11/2015

**Aprovado em:** 15/02/2016

---

# GOVERNANÇA SUSTENTÁVEL E PREGÃO ELETRÔNICO

## GOVERNANCE SOSTENIBILE E MODALITÀ ELETTRONICA

LEANDRO BUSSOLOTTO <sup>1</sup>

SALETE ORO BOFF <sup>2</sup>

RESUMO: A gestão pública sofre constante modernização no Direito Licitatório<sup>3</sup> em função da necessidade de se adequar às novas exigências legais. Entre as modalidades de licitação, o pregão eletrônico é uma ferramenta moderna, célere no processo de compra, proporciona transparência, auxilia na economia financeira, permite disputa do objeto por lance reverso e pode servir de meio para implementação de política pública em favor da sustentabilidade. A legislação brasileira é rígida quanto ao processo de licitação<sup>4</sup> e, nos últimos anos, o Brasil carece de políticas voltadas à sustentabilidade do planeta. Com a análise do tema pretende-se avaliar se é possível prever no edital, por meio do termo de referência, descrição de produto ecologicamente correto, com qualidade e características de sustentabilidade, sem que isso comprometa o princípio da isonomia. O método utilizado para a pesquisa é o dedutivo, utilizando-se da técnica de pesquisa bibliográfica para ao final concluir que o pregão eletrônico poderá propiciar uma margem maior de aquisição de produtos sustentáveis por parte do poder público, sem que isso importe em responsabilidade do gestor por ato de improbidade ou de responsabilidade por descumprimento de princípio e/ou regra positivada.

Palavras-chave: Gestão pública. Licitações. Pregão eletrônico. Sustentabilidade.

SOMMARIO: La pubblica amministrazione soffre di costante aggiornamento della legge Bidding a causa della necessità di adeguarsi alle nuove disposizioni di legge. Tra le modalità di offerta, il sistema di commercio elettronico è uno strumento moderno, rapido nel processo di acquisto, fornendo la trasparenza, sostiene l'economia finanziaria, consente oggetto di contesa per l'offerta inversa e può servire come un mezzo per attuare la politica pubblica a favore della sostenibilità. legge brasiliana è rigorosa circa il processo di offerta e, negli ultimi anni, il Brasile manca politiche per la sostenibilità del pianeta. Con il tema di analisi mira a valutare se sia possibile prevedere la comunicazione, attraverso i termini di riferimento, ecologico descrizione del prodotto, caratteristiche di qualità e di sostenibilità, senza compromettere il principio di uguaglianza. Il metodo di ricerca è deduttiva, usando la tecnica di ricerca bibliografica alla fine concludere che il sistema di negoziazione elettronica può fornire un maggior margine di acquisto di prodotti sostenibili da parte del governo, senza provocare nella responsabilità del gestore per atto di disonestà o violazione del principio di responsabilità e / o regola valutata positivamente.

Parola-chiave: Gestione pubblica. Modalità elettronico. Offerte. Sostenibilità.

---

<sup>1</sup> Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Especialista em Direito Civil pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis (FCSF/CESUSC). Advogado. E-mail: bussolottoadv@gmail.com

<sup>2</sup> Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Professora da Universidade Federal da Fronteira Sul (UFFS). Professora do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA/RS). E-mail: salete.oro.boff@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

Promover a inovação na gestão pública, por meio de políticas públicas sustentáveis, é uma das atividades que abrange a Governança. O Estado deve focar suas ações no incentivo à melhoria da qualidade dos serviços prestados aos cidadãos e de fortalecimento dos princípios democráticos.<sup>5</sup> A preocupação crescente com a produção de resultados sustentáveis para a sociedade, em especial no aspecto ambiental, determina a mudança na agenda da gestão pública.

A Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, e a Lei nº 10.520 de 17 de junho de 2002, que instituiu o Pregão Eletrônico como nova modalidade de licitação para União, Estados, Municípios e Distrito Federal e com sua regulamentação e obrigatoriedade em sua forma eletrônica, no âmbito da União, pelo Decreto nº 5.450/2005, constituem a legislação básica sobre licitações e contratos para a Administração Pública, porém, sempre sob a ótica Constitucional dos artigos 225 e 170, inciso VI.

Diante desse quadro, pretende-se verificar se, por meio da modalidade de licitação denominada pregão eletrônico, é possível adquirir bens e serviços ecologicamente correto.<sup>6</sup> Parte-se da identificação do objetivo da licitação que é a seleção da proposta mais vantajosa, mas não só sob o enfoque da economicidade, e, sim, considerando a sustentabilidade. Toma-se em conta a Instrução Normativa n.º 1/2010<sup>7</sup>, que dispõe sobre critérios de sustentabilidade ambiental e sua efetiva aplicação no âmbito da Administração Pública, bem como, o que a Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) recomenda para se proceder a análise do tema.

O artigo, num primeiro momento, trata de forma sucinta o tema das licitações públicas, especificando peculiaridades acerca do amparo legal que envolve o processo de licitação e em especial a modalidade pregão eletrônico. Num segundo momento, o tema da sustentabilidade ambiental será abordado e, por fim, no terceiro enfoque a importância e a necessidade de ter a sustentabilidade ambiental como premissa maior na contratação para aquisição de bens e serviços, utilizando-se para tanto, de nova tecnologia contemplada na modalidade do pregão eletrônico, tudo, para que se possa verificar a possibilidade de ser implementado instrumento jurídico, gatilho jurídico para efetivar política pública ambiental nos processos licitatórios.

## 2. LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS, LEGISLAÇÃO E DELIBERAÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Considerando a crescente demanda da sociedade atual, que vem progressivamente se mobilizando com o tema da sustentabilidade socioambiental, o quadro legislativo tem sofrido significativas alterações, especialmente nos últimos anos com disposições constitucionais e normas que possibilitam sejam realizadas licitações sustentáveis, visando assegurar, que na contratação de aquisições, serviços ou obras por parte da Administração Pública, sejam selecionadas as propostas mais vantajosas dentre aquelas que cumpram os padrões de qualidade socioambiental aplicáveis. Sobre o tema destaca-se o artigo 23 da Constituição Federal de 88<sup>8</sup>.

Cabe ao Estado<sup>9</sup> uma nova postura após o surgimento da prática da sustentabilidade nas contratações públicas, pois existe um anseio social de viver sem impactar o meio ambiente e dessa forma surge políticas públicas com inovações jurídicas e valores cultivados neste processo histórico social que estabelecem critérios de mudanças culturais.

Sobre mudanças culturais Maffesoli (2014, p.14) esclarece que:

3 Nos anos 80, houve inúmeras normas regulamentadoras expedidas por todos os entes federados, resultando na consolidação do tema pelo Decreto-Lei n.º 2.300/8622, atualizado em 1987, considerado o primeiro estatuto a versar de forma global o Direito Licitatório (BRASIL. Decreto Lei nº 2300 de 21 de Novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Presidência da República. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 29 jan. 2016).

4 O registro mais antigo para o tema é o Decreto 2926/186216, ainda no período imperial, que regulamentava as contratações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. (BRASIL. Decreto nº 2926 de 14 de maio de 1862. Aprova o regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Câmara dos Deputados. Disponível em: <[www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. (Coleção Legislativa do Império). Acesso em: 29 de jan. de 2016).

5 A palavra democracia é formada pelos “demos”, significado “povo” e Kratos, “auteridade”. (MENEZES, 1999, p.267).

6 Ecologicamente correto em uma definição sociológica: A problemática ambiental propõe a necessidade de internalizar um saber ambiental emergente em todo um conjunto de disciplinas, tanto das ciências naturais como sociais, para construir um conhecimento capaz de captar a multicausalidade e as relações de interdependência dos processos de ordem natural e social que determinam as mudanças socioambientais, bem como para construir um saber e uma racionalidade social orientados para os objetivos de um desenvolvimento sustentável, equitativo e duradouro. (LEFF, 2010, p. 109).

7 A Instrução Normativa n.1, publicada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, abrange os órgãos da Administração Federal Direta, Autarquias e Fundações. Disponível em: <[http://www.comprasnet.gov.br/noticia1.asp?id\\_noticia=297](http://www.comprasnet.gov.br/noticia1.asp?id_noticia=297)>. Acesso em: 29 de jan. 2016.

8 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 29 de jan. 2016.

9 Estado: Simplesmente, aquilo que se conhece como forma do Estado é apenas um caso especial da forma do Direito em geral. É a forma do Direito, isto é, o método de criação jurídica no escalão mais elevado da ordem jurídica, ou seja, no domínio da Constituição. (KELSEN, 2009, p. 310).

[...] Durkheim viu, quando ele indica, repetidas vezes, que a 'lei segue os costumes'. São eles que devem nos servir de referência. Os costumes, e só eles, permitem estabelecer critérios de discernimento aptos a delimitar as configurações novas próprias da sociedade pós-moderna.

O administrador público, por meio de política pública, pode contribuir para que na prática os processos de licitação se tornem uma ferramenta de implementação das práticas de sustentabilidade. O maior desafio do gestor será interpretar um grande arcabouço jurídico e decisões, em especial, as dos Tribunais de Contas relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar. Os tribunais de Contas ao julgarem recursos derivados de processos de licitação, por uma questão de discricionariedade dos juízes, acolhe entendimento contrário da decisão do administrador, que optou por selecionar a proposta ecologicamente correta, sustentável, menos agressiva ao meio ambiente, do que a mais vantajosa economicamente.

O processo de licitação é regido, em especial quando existe a obrigatoriedade legal de se respeitar os princípios da isonomia ou igualdade, eficiência, celeridade, finalidade, justo preço, seletividade, legalidade. Tal rigidez dificulta que políticas públicas sejam implementadas, pois o gestor não possui segurança jurídica para optar por uma proposta sustentável em detrimento da mais vantajosa economicamente.

As normas gerais de licitação são rígidas e a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União possui respaldo na forma do art. 45, caput, da Lei nº 8.443/1992<sup>10</sup>, dispositivo amparado pela Súmula 222<sup>11</sup>:

Pode-se verificar que a Súmula 222 do Tribunal de Contas da União encontra respaldo nos artigos 22, 37, 71 e 73 da Constituição Federal de 1988.

Portanto, verifica-se que toda e qualquer modernização legislativa ou efetivação de critérios para fortalecer a sustentabilidade dependerá de norma federal. Nossa legislação é extremamente rígida, norteadas por princípios ou determinações legais já consagradas, assim, se a questão é modernização, resta justificada a utilização de nova tecnologia denominada de "pregão eletrônico", especificamente, no que tange a possibilidade de se conferir antecipadamente a qualidade do produto a ser fornecido pelo futuro vencedor/fornecedor, porém, sempre conservando o equilíbrio entre os participantes. Os órgãos públicos podem requerer aos participantes de qualquer modalidade de licitação um exemplar do produto que será objeto do certame. O diferencial da modalidade "pregão eletrônico" é sua agilidade e possibilidade de se ter um maior número de competidores e conseqüentemente um maior número de produtos ou serviços com o a garantia da sustentabilidade.

A Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, regulamenta o Art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, no que tange as aquisições dos bens e serviços que o ente público precisa adquirir frente ao particular para disponibilizar aos seus cidadãos e assim atingir a sua finalidade de alcançar o bem comum, tema abordado por Leff (2010, p.110) ao afirmar que "[...] A construção desta racionalidade ambiental aparece como um processo de produção teórica, desenvolvimento tecnológico, mudanças institucionais e transformação social."

O grande desafio é fazer com que o gestor público, nos atos de governança, possa sem ser punido, praticar políticas públicas, utilizando-se do processo licitatório, modalidade de pregão eletrônico e com amparo da ferramenta tecnológica da internet, porém, terá que enfrentar a rigidez e contar com julgados não consolidados, entendimento não positivados em nossa constituição.

### 3. DA RIGIDEZ DA NORMA EM RELAÇÃO AO PROCESSO DE LICITAÇÃO

A Lei nº 8.666/1993, conhecida como lei de licitações e contratos, teve seu conteúdo alterado pela Lei 12.349/2010, cuja origem foi a Medida Provisória 495/10. Dentre as principais alterações, cabe destacar a nova redação do caput do art. 3º que incluiu como finalidade da licitação o desenvolvimento nacional sustentável, alçando-o ao mesmo nível da observância do princípio da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para administração, já o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabeleceu normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a compras, obras, serviços, inclusive de publicidade, alienação e locação no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Em obediência aos princípios de transparência e de publicidade, permite-se a interessados o conhecimento das condições licitatórias, em qualquer momento do processo licitatório, por ser público, de modo a evitar a prática de irregularidades nos respectivos procedimentos e de contratação sigilosas, danosas ao erário.

De acordo com essa lei, a celebração de contratos com terceiros na Administração Pública deve ser precedida de licitação, ressalvadas as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Nas licitações públicas é vedado ao agente público admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão a naturalidade, de sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Proibido estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre as empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere à moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvendo financiamento de agência internacionais, ressalvado o dispositivo no 2º do artigo 3º da Lei 8666/1993 e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Importante para o nosso estudo é que nas contratações públicas da União, Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, conforme

10 A Lei 8.443/1992 dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

11 As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2015).

determina a Lei nº 123/2006, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, que objetive a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, devidamente previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente. A licitação não deve perder seu objetivo principal, que é obter a proposta mais vantajosa à Administração, mediante ampla competitividade, a teor do art. 3, caput, da Lei 8.666/1993.

Toda mudança legal, conforme entendimento já citado de Maffesoli pressupõe uma mudança cultural, e o conceito de proposta mais vantajosa advém de uma prática antiga, que precisa ser repensada, pois o processo de concorrência entre os ofertantes surge na Europa Medieval, durante as grandes navegações, para selecionar a proposta mais vantajosa para a Coroa na construção de navios, por exemplo, como narra Meirelles (2005, p.52):

[...] era usado o sistema que tinha como denominação “Vela e Pregão”, onde se apregoava a obra desejada e, enquanto ardia uma vela, os construtores que estavam interessados faziam as suas ofertas. O vencedor era declarado na hora que se extinguia a chama, e quem houvesse feito a melhor oferta antes desta extinção, era a quem seria feita a adjudicação.

O Estado segue a mesma lógica que a Coroa Medieval, pois o que importa é o preço. O Tribunal de Contas da União em acórdãos já decidiu sobre o assunto, e, como exemplo cita-se o Acórdão 1732/2009:

[...] até que seja editada lei dispor sobre licitações e contratos das empresas estatais e sociedades de economia mista, em atenção ao art. 173 § 1º, inciso III, da Constituição Federal, devem estas observar os preceitos da Lei nº 8.666/1993 e os princípios e regras da Administração Pública. (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p.79).

Fica esclarecido que o Tribunal é rígido quando trata de procedimento licitatório, pois nenhuma empresa poderá ser privilegiada. Devendo ser observado os princípios que regem a administração pública, sendo necessário o exato cumprimento da lei, portanto, sem espaço para decisões administrativas com a justificativa de ser admitida proposta sustentável e não mais econômica, ademais, deve ser respeitado o aspecto da competitividade.

Sobre o mesmo tema, o Acórdão 2010/2007 expressa o entendimento da corte:

Comprovado o descumprimento de dispositivo legais básicos na realização de certame licitatório, impõem-se a fixação de prazo para que a entidade infratora adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, procedendo à anulação do respectivo processo, sem prejuízo de determinação tendente ao aperfeiçoamento de futuras convocações. (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p.80).

No Acórdão 88/2008, a matéria é decidida da seguinte maneira: “A realização de procedimento licitatório para a aquisição de bens e serviços é obrigatória, se ficar configurada a viabilidade de competição entre fornecedores.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p.80).

O procedimento que envolve licitação sustentável sofre resistências, principalmente pelos obstáculos jurídicos que lhe são opostos, como por exemplo, a falta de segurança jurídica derivada dos julgamentos dos Tribunais de Contas, a impossibilidade de se garantir competitividade entre as empresas possuidoras de tecnologia e das que não possuem tecnologia sustentável a oferecer e principalmente por não existir previsão legal de que a proposta mais vantajosa sempre será a que respeite o meio ambiente e não a que possui menor preço.

Pode-se concluir que a legislação brasileira permite que nos processos licitatórios sejam incluídos critérios de sustentabilidade, porém existem obstáculos a serem superados, em especial no que se refere à aplicação do princípio da ampla competitividade, isonomia, da ofensa à proposta mais vantajosa ou menor preço e da economicidade.

#### **4. PREGÃO ELETRÔNICO COMO INSTRUMENTO DA SUSTENTABILIDADE**

O pregão foi instituído pela Lei 10520/2002, sendo que o pregão eletrônico poderá ser utilizado conforme estatuí o parágrafo 1º, artigo 2º da referida lei em comento. No âmbito Federal, o presencial é regulado pelo Decreto n. 3.555, de 8 de agosto de 2000; o eletrônico, pelo Decreto n.5.450, de 31 de maio de 2005 para satisfazer o interesse público.

Nesse sentido, a lição do Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau (2000, p.137):

A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Seu fundamento encontra-se no princípio republicano. Dele decorre, na abolição de quaisquer privilégios, a garantia formal da igualdade de oportunidade de acesso de todos, não só às contratações que pretenda a Administração avengear, mas também aos cargos e funções públicas.

Na contratação para aquisição de bens e serviços comuns para entes públicos ou privados, realizadas com recursos públicos da União, repassados por meio de celebração de convênio ou instrumento congêneros ou consórcios públicos será obrigatório o emprego da modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica, conforme estabelece o artigo 4º, §1º, do Decreto n. 5.504, de 5 de agosto de 2005. Órgãos e entidades privadas sem fins lucrativos, convenientes ou consorciados com a União, podem utilizar-se de sistema de pregão eletrônico próprio ou de terceiros.

Ainda que os serviços objeto da licitação possam sugerir, a priori, certa complexidade, não há óbices para que sejam enquadrados

como serviços comuns, eis que pactuados em especificações usuais de mercado e detentores de padrões objetivamente definidos no edital. Vejam-se algumas deliberações do Tribunal de contas da União:

Em atenção ao art. 4º do Decreto 5.450/2005, deve ser adotada a forma eletrônica nos pregões, salvo nos casos comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente, observado o dispositivo no item 9.2.1 do Acórdão n. 247/2008. (Acórdão 2340/2008 Plenário (Sumário)). (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p.80).

A realização de licitação na modalidade pregão não se configura instrumento hábil à aquisição de bens e serviços comuns. (Acórdão 1168/2009 Plenário (sumário)). (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p.80).

A utilização da modalidade de pregão é possível, nos termos da Lei n. 10.520/2002, sempre que o objeto da contratação for padronizados e disponível no mercado, independentemente de sua complexidade. (Acórdão 2172/2008 Plenário (Sumário)). (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p.80).

É possível o uso de pregão eletrônico para aquisição de equipamento eletrônico sem singularidade e amplamente disponível no mercado. (Acórdão 1105/2007 Plenário (Sumário)). (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p.80).

Portanto, o pregão eletrônico é modalidade de licitação pública realizada entre interessados do ramo de que trata o objeto da licitação que comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital, em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública. Pode ser presencial ou eletrônico.

Em licitações realizadas na modalidade de pregão, é obrigatória a elaboração de termo de referência, que deve dispor sobre as condições gerais de execução do contrato.

Termo de referência é documento prévio ao procedimento licitatório. Serve de base para elaboração do edital, a exemplo de projeto básico.

Outra importante característica no procedimento de pregão é a inversão das fases da licitação como dispostas na lei 8.666/93, em que, inicialmente, se procede a habilitação e depois dela, ao julgamento das propostas.

Existem dois tipos de pregão: o presencial e o eletrônico. No primeiro, os licitantes podem estar presentes fisicamente, numa determinada sessão, em que os procedimentos são realizados. No eletrônico, o processamento ocorre, basicamente, através da utilização da tecnologia da informação, à distância, onde os licitantes com suas propostas participam do certame valendo-se da internet.

Portanto, pregão eletrônico é um instrumento para a sustentabilidade e pode ser amplamente utilizada pelo poder público, inclusive para promover práticas de sustentabilidade ambiental, tema que será abordado no próximo capítulo com ressalvas em relação a rigidez legal.

## 5. PREGÃO ELETRÔNICO E SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

O artigo 225, caput, da Constituição Federal, prevê a necessidade de preservação da qualidade ambiental em atenção às gerações futuras. Sob tal ótica, se existe, efetivamente, imposto pela Carta Magna, o dever de as gerações futuras, parece certo não poderem dispor dele, no sentido da sua destruição ou degradação.

Pode-se inferir, no direito público, a existência do princípio da ecoeficiência como integrantes do princípio da eficiência, elencados no artigo 37, caput, da constituição Federal, conjugado ao princípio da defesa do meio ambiente, positivado no artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal.

Desta forma, quando o Estado toma a sustentabilidade como princípio norteador de seus contratos, além de racionalizar internamente a real necessidade contratação, estimula seus fornecedores a buscarem alternativas que atentem à responsabilidade ambiental por meio de incentivos ao mercado de consumo sustentável.

Uma forma de incentivo ao consumo ambientalmente sustentável pode ser dar quando das contratações com o Poder Público, pois a responsabilidade de zelar pelo planeta terra é tanto do poder público como do particular.

Em relação ao tema da responsabilidade pela preservação global, Bauman (2011, p.130) revela que todos possuem um grau de responsabilidade e diz:

[...] A “arte da vida” pode significar coisas diferentes para os integrantes de gerações mais velhas e mais novas, mas todos eles a praticam e possivelmente não poderiam deixar de fazê-lo. O percurso da vida e o significado de cada episódio que se segue, assim com o “propósito global” ou o “destino final” da existência, são tidos como atividades do tipo faça-você-mesmo, ainda que consistam apenas em selecionar e montar o tipo certo de Kit padronizado em caixas de papelão das lojas de móveis modulados. Espera-se que cada um e todo praticante da vida, assim como se espera dos artistas, assumam toda a responsabilidade pelo resultado do trabalho, e que seja elogiado ou culpado por seus efeitos. Hoje, cada homem e cada mulher é um artista não tanto por escolha, mas, por assim dizer, por decreto do destino universal.

Com a alteração do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, pela lei nº 12.349/2010, inserindo-se como dever da licitação garantia do desenvolvimento nacional sustentável, surge à possibilidade expressa de privilegiar, nas contratações públicas, produtos e serviços que levem em conta as consequências ambientais e sociais de sua produção.

Observa-se que a modificação da Lei nº 8.666/93, está atrelada ao conceito de ecoeficiência. Porém, para que haja a efetiva concretização de seus objetivos, é necessário um aprofundamento teórico, bem como sejam editadas outras normas disciplinadoras que delimitem

o alcance e conteúdo deste princípio.

Reforçando o que foi abordado anteriormente, o artigo 225, CF/88, estabelece a proteção e garantia do direito à sadia qualidade de vida através da qualidade do meio ambiente, como direito difuso, ou seja, direito de todos, impondo ao Poder Público, assim como a coletividade, a obrigação e dever de proteger e preservar o ambiente, respeitando as gerações presentes e futuras.

Para assegurar a efetividade desse direito, os incisos do referido artigo tratam da incumbência atribuída ao Poder Público quanto à implementação de medidas e políticas de conscientização ambiental, envolvendo, indiscriminadamente, todos os setores da sociedade que, direta ou indiretamente, tem responsabilidades e obrigações na efetivação da proteção ambiental, na sua integralidade.

A sustentabilidade, em conjunto com as diretrizes de desenvolvimento governamentais, tanto na esfera pública como na privada, torna-se parte fundamental do planejamento das ações de grupos empresariais, incentivados à criação de sistemas voltados à apresentação de recursos renováveis, produzindo resultados, a custos compartilhados, voltados ao propósito de renovação do atual modelo de desenvolvimento.

Cumpra, a cada parte envolvida, governo, empresas, sociedades, universidades e outros setores da comunidade, definir e realizar a sua parte, traduzidas em ações que contenham sinergia, integradas num único intuito de construção: o desenvolvimento sustentável.

Todas as modalidades de licitações podem auxiliar na implementação de políticas públicas de preservação do meio ambiente, porém, questiona-se: como especificamente o pregão eletrônico pode auxiliar no aspecto da sustentabilidade? A contribuição ocorre no aspecto da agilidade e na possibilidade de se ter um número maior de empresas participando do processo, principalmente naqueles em que o gestor opta pelo aspecto da sustentabilidade.

Exemplo é a compra de material de informática, onde após descrever o produto, bem a ser adquirido o gestor requer fornecimento de declaração ou amostra para comprovar a baixa incidência ou em níveis toleráveis de chumbo nos componentes de fabricação das placas que compõem um computador. Importante frisar que no procedimento de licitação por modalidade de pregão eletrônico, todos os participantes devem fornecer, quando exigidos no edital, amostra do produto ou comprovação da capacidade técnica para prestar o serviço e quando o objeto da licitação é a busca de sustentabilidade os participantes devem comprovar pelas amostras e atestados a adequada compatibilidade com tais critérios, assim, em ato contínuo da homologação da proposta vencedora abre-se prazo para a comprovação da documentação exigida no edital, porém, a amostra do produto a ser adquirido já deverá estar à disposição da comissão de licitações que poderá desclassificar a empresa vencedora por identificar que o produto agride o meio ambiente ou o serviço não possui capacidade técnica atendendo o que determina o edital.

Assim já decidiu o Tribunal de Contas da União:

O gestor, ao classificar bens e serviços como comuns, deverá certificar-se de que a complexidade das especificações não encetará insegurança ao adimplemento contratual pelos potenciais contratados em face da inexistência da habilitação prévia. (Acórdão 1614/2008 Plenário (Sumário)). (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p.80).

Bem ou serviço comum é aquele que pode ter seus padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. O conceito de serviço comum não está necessariamente ligado a sua complexidade. (Acórdão 1287/2008 Plenário (Sumário)). (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p.80).

De acordo com jurisprudência desta Corte de Contas, a licitação de bens e serviços de tecnologia da informação considerados comuns, ou seja, aqueles que possuem padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos pelo edital, com base em especificações usuais no mercado, deve ser obrigatoriamente realizada pela modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica. Quando, eventualmente, não for viável utilizar essa forma, deverá ser anexada a justificativa correspondente. (Acórdão 324/2009 Plenário). (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p.80).

Em todos os termos de referência e em todas as modalidades de licitações pode-se exigir o critério de sustentabilidade, mas o processo de licitação por meio de pregão eletrônico é a alternativa mais ampla e ágil para se programar política pública para a aquisição de bem comum com qualidade definida pelo gestor como de menor impacto ambiental e, portanto sustentável e não a mais vantajosa economicamente em um curto prazo de tempo.

Leciona Marçal (2010, p.618;619) que:

O preço representa o fator de maior relevância, em princípio, para seleção de qualquer proposta. A licitação sempre visa obter a melhor proposta pelo menor custo possível. [...] Quando institui licitação de menor preço, a Administração selecionará como vencedora a proposta de melhor preço. Na lei anterior, estabelecia-se uma presunção relativa, no sentido de que a oferta de menor preço seria a mais vantajosa para a Administração Pública. A supressão da regra expressa não elimina a presunção. [...] Menor preço não envolve apenas uma consideração a valores absolutos. O melhor preço configura-se em função da avaliação dos valores globais que a Administração desembolsará para fruição do objeto licitado. Não há defeito em se examinar questões técnicas para definir o melhor preço. Assim, o exame do rendimento e a apuração das qualidades propostas, enquanto meio de definir o melhor preço, não desnaturam a licita-

---

12 Portal Governo Eletrônico. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/noticias-e-eventos/noticias/regras-de-sustentabilidade-ambiental-serao-incorporadas-as-licitacoes-do-governo>>. Acesso em: 05 fev. 2016.



ção. Trata-se de apurar o menor preço real - aquele que acarretará o menor desembolso (custo) para a Administração.

Será elaborado pelo setor requisitante do objeto da licitação, em conjunto com a área de compras, e aprovado por quem autorizou a realização do procedimento licitatório. Definindo-se com exatidão a descrição do objeto do certame, de forma precisa, suficiente clara para que a aquisição seja de bem que promova a conservação do meio ambiente por se diferenciar dos demais, mas mesmo assim, respeite os princípios que caracterizam “bem comum” o gestor estará possibilitando a promoção da sustentabilidade.

Várias instâncias de governos em esferas Federais, Distrito Federal, Estadual e Municipal, dentro de suas atribuições, têm considerado como exemplo de aplicação de critério de sustentabilidade a compra computadores menos poluentes ao meio ambiente. A Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento recomenda que os órgãos públicos comprem computadores menos poluentes ao meio ambiente.

Em 08 de outubro de 2010, o Ministério do Planejamento<sup>12</sup> publicou regras de sustentabilidade ambiental e na oportunidade recomendou:

[...] que os órgãos públicos comprem computadores menos poluentes ao meio ambiente. Esses são equipamentos livres de chumbo e utilizam quantidade reduzida de ferro, alumínio, cobre, zinco, estanho, níquel, chumbo, cobalto, prata e ouro. Governo. (BRASIL, 2016).

Os responsáveis pela gestão dos recursos e obtenção dos desejados resultados devem buscar alternativas para viabilizar o aspecto da sustentabilidade e provar que se não ocorre a economia desejada em curto prazo ocorre em longo prazo. É fundamental o estabelecimento de prioridades governamentais de modo claro e isso ocorre quando se tem uma política pública definida.

Sobre Governança Shwanka e Oliveira (2008, p.124) afirmam:

Inserida no contexto de Estado em rede e de Governança Pública, a Administração Consensual revela-se como a nova face da Administração Pública no século XXI. Segundo Castells, Estado em rede é o Estado caracterizado pelo compartilhamento de autoridade em uma rede. Para Löffler, governança pública encerra uma nova geração de reformas administrativas e de Estado, que têm como objetivo a ação conjunta, levada a efeito de forma eficaz, transparente e compartilhada, pelo Estado, pelas empresas e pela sociedade civil, visando uma solução inovadora dos problemas sociais e criando possibilidades e chances de um desenvolvimento futuro sustentável para todos os participantes.

A boa governança é muito mais do que pôr as estruturas a funcionar, pugnar pela obtenção de bons resultados e não é um fim em si mesma. As melhores práticas de governança pública requerem um forte compromisso de todos os participantes. Isto exige uma boa orientação das pessoas, que envolve uma comunicação melhor; uma abordagem sistemática à gestão da organização; uma grande ênfase nos valores da entidade e conduta ética; gestão do risco; relacionamento com os cidadãos e os clientes e prestação de serviço de qualidade e no caso em tela, uma conexão com os problemas do cotidiano, sendo a degradação da terra mãe o mais simbólico.

Os princípios da governança requerem de todos os envolvidos que identifiquem e articulem as suas responsabilidades e as suas relações; considerem quem é responsável, o reconhecimento da relação existente entre os gestores e aqueles a quem confiam à gestão dos recursos; e que apresentem resultados.

Requer também uma compreensão clara e apreciação dos papéis e responsabilidades dos participantes no quadro da governança, onde os agentes políticos são componentes chaves de uma responsabilidade saudável. O afastamento destes requisitos impede a organização de conseguir os seus objetivos, assim, precisa-se fomentar uma cultura em prol da preservação ambiental e quando necessário enfrentar a rigidez da legislação, respeitando preceitos constitucionais, para obter dos entes públicos o exemplo em matéria de preservação ambiental.

A governança é um tema relacionado a um novo conjunto de ideias, instrumentos e práticas de gestão de organizações. Na literatura, observa-se que a noção sobre governança sofre alterações de acordo com o enfoque, o setor ou o segmento onde está sendo empregada. Entretanto, não há dúvidas sobre a sua importância. Uma boa governança contribui para o desenvolvimento de melhores políticas e estratégias públicas, constitui fonte de vantagem competitiva e desempenha importante papel para o desenvolvimento econômico e social.

---

13 O Tribunal de Contas da União ao julgar o AC -3034-17/13-2, processo n. 031.118/2010-0, firmou: “[...] Que na ponderação entre os princípios da isonomia e de seleção da proposta mais vantajosa, com base na razoabilidade, optou por descumprir aspecto formal da legislação. 11. A responsável remete à discussão sobre a forma de aplicação de princípios e que se resolve segundo a teoria desenvolvida por Robert Alexy (por meio da ponderação entre os dois princípios em jogo) e Ronald Dworkin (pela otimização dos princípios em jogo, de forma que ambos os princípios sejam atendidos em um ponto de equilíbrio que os maximize). 12. Tal discussão é totalmente inaplicável ao caso concreto, em que se discute o descumprimento de regra, o art. 30 da Lei 8.666/93, que estabelece rol exaustivo de exigências para a qualificação técnica. A aplicação de regra se dá modo disjuntivo, é tudo ou nada. Ou ainda, aplicando-se o modelo estatuído por Hans Kelsen, pela subsunção do fato à norma: se A (a conduta vedada) é, então B (a sanção) deve ser. 13. Outrossim, a ponderação (ou otimização) entre os dois princípios em jogo, pretendida pela justificante, já foi devidamente efetuada pelo Poder Legislativo ao regular a licitação por meio das Leis 8.666/93 e 10.520/2002. Não cabe à Administração descumprir regra válida, em vigor, sob o argumento de melhor ponderar os princípios em jogo que o Poder Legislativo”. (Disponível em: <www.portal.tcu.gov.br>. Acesso em: 05 fev. 2016).

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que é possível incluir nos editais de licitações a exigência de fornecimento de produtos e/ou serviços sustentáveis, pois o ordenamento jurídico brasileiro impõe, por meio de tratados internacionais, do texto constitucional, por leis ou normativos infralegais, a observância do aspecto ambiental quando do planejamento e execução das ações governamentais, a fim de atender aos princípios constitucionais da eficiência, da legalidade e da preservação do meio ambiente.

Embora positivado na constituição fundamentos de proteção ao meio ambiente, para embasar decisões do TCU, quando se trata de licitações sustentáveis, nota-se que não existe uma segurança jurídica, por conta da falta de uma padronização nos julgamentos envolvendo o tema.

Assim, para que o gestor implemente na prática uma agenda voltada a sustentabilidade do planeta e, conseqüentemente, se torne uma política pública onde os órgãos e entidades Federais, Distrito Federal, Estados e Município passem a adotar paulatinamente critérios de sustentabilidade, quando de suas contratações de serviços e obras ou aquisição de bens, é necessário que os órgãos responsáveis pela fiscalização e julgamento de contas dos entes públicos, como por exemplo o TCU, passem a analisar os processos de licitação envolvendo critérios de sustentabilidade de um forma que corrobore com a aplicabilidade de políticas públicas em relação ao tema da proteção ao meio ambiente.

Portanto, o pregão eletrônico, mesmo sendo um processo célere, moderno, via internet, que permite um maior número de participantes e com a possibilidade de no termo de referência descrever o produto ecologicamente correto, com qualidade e características de sustentabilidade, possibilitado o gestor implementar política pública, possui um entrave jurídico pela rigidez legal<sup>13</sup>, eis que a proposta ecologicamente correta na maioria da vezes não consegue superar o aspecto do melhor preço, proposta mais vantajosa e dificulta pela sua particularidade da obrigatoriedade da livre concorrência.

Limitar-se a escolher o vencedor da licitação exclusivamente pelo fato de seu produto ou serviço o mais barato do ponto de vista financeiro é administrar de forma limitada, retrógrada e ineficiente, sem considerar o conjunto de valores e princípios constitucionais de forma integrada.

## REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BOSSERMANN, Klaus. *O princípio da Sustentabilidade Transformação direito e Governo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BRASIL. *Constituição da República do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/626-gestão-planejamento-e-pesquisa/controle-interno/súmulas/18304-súmula-222-tcu>>. Acesso em: 16 dez. 2015.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação: riscos e controles para o planejamento da contratação/ Tribunal de Contas da União. – Versão 1.0.* - Brasília: TCU, 2012.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações jurisprudenciais do TCU*. Brasília. 2010
- FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. *Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo. Martins Fontes. 2009.
- LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Tradução de Sandra Valenzuela; revisão técnica de Paulo Freire Vieira. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- MAFFESOLI, Michel. *Homo Eroticus: comunhões emocionais*. Tradução: Abner Chiquieri. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MEIRELLES, Hely L. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MENEZES, Adson. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- SHWANKA, Cristiane; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A Administração Consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Anais do encontro XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*, Salvador, 19, 20 e 21 jun. 2008. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/gustavo\\_henrique\\_justino\\_de\\_oliveira.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/gustavo_henrique_justino_de_oliveira.pdf)>. Acesso em: 05 fev. 2016.

---

**Recebido em:** 16/12/2015

**Aprovado em:** 07/02/2016

---

# A BANALIZAÇÃO DO DOLO EVENTUAL: reflexões a respeito do caso da “boate kiss”

## THE TRIVIALIZATION OF EVENTUAL INTENTION: reflections about the case of “kiss nightclub”

CRISTIAN KIEFER DA SILVA <sup>1</sup>

MATHEUS VIEIRA ARAÚJO <sup>2</sup>

RESUMO: Atualmente, vive-se cada vez mais a aplicação banalizada do instituto do dolo eventual no direito penal brasileiro. Vê-se, deste exposto, a utilização do dolo eventual em razão do resultado ou da ação, sem qualquer análise da esfera psíquica do apenado, demandada pela escola finalista que adotamos desde a Reforma Penal de 1984. Nesse sentido, o presente artigo se reputa a esclarecer tal absurdo sob a luz dos princípios penais-constitucionais da legalidade (mais especificamente, de seu sub-princípio da taxatividade) e do favor-rei, aplicados ao caso concreto recente da Boate Kiss, dentro de um estudo detalhado sobre o dolo eventual e seus limites para com a culpa consciente. Esse estudo reputar-se-á, também, em expor duas causas para o problema, quais sejam: o populismo penal e uma má interpretação da concepção funcionalista de dolo.

Palavras-chave: Dolo eventual. Boate Kiss. Direito Penal.

ABSTRACT: Currently, more and more lives up to trivialization application of the eventual intention of the institute in the Brazilian criminal law. It is seen, this above, the use of any fraud because of the result or action, without any analysis of the psychic sphere of the convict, demanded by the finalist school we adopted from the Penal Reform of 1984. In this sense, this article is deemed to clarify such nonsense in light of the penal and constitutional principles of legality (more specifically, its sub-principle of taxativity) and favor-king, applied to the recent case of Nightclub Kiss, in a detailed study of the potential fraud and its limits with conscious guilt. This study will be deems also in exposing two causes for the problem, namely: the penal populism and a misinterpretation of the intent of functionalist design.

Keywords: Eventual intention. Kiss nightclub. Criminal law.

---

1 Doutorando em Teoria do Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual pelo CEAJUFE/IEJA. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário Newton. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário UNA. Professor da Escola de Direito da Faculdade de Minas (FAMINAS-BH). Membro associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Membro da Associação Brasileira de Sociologia do Direito e Filosofia do Direito (ABRAFI). Integrante dos Grupos de Pesquisas: Direito, Constituição e Processo “Professor Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior” e Direito, Sociedade e Modernidade “Professora Doutora Rita de Cássia Fazzi” junto ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: cristiankieferr@gmail.com

2 Graduando em direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

## 1. INTRODUÇÃO

A presente produção científica tem como fim a análise de um problema crescente que vem a assolar o direito penal brasileiro: a questão da banalização do dolo eventual. É muito comum, sobretudo em crimes de trânsito, a imputação de crimes a título de dolo eventual tendo por base apenas o desvalor do resultado ou da ação. Para tudo, usa-se do dolo eventual em contraprestação a uma esquecida noção de culpa consciente.

Pretendemos demonstrar, em um breve estudo sobre o dolo e a culpa, que tremenda banalização do instituto lesiona princípios penais, constitucionais e processuais importantíssimos, que atuam como fulcro de um Estado procedimental (ou democrático de direito).

Também, serão apontados os motivos que acreditamos ser relevantes para a banalização do instituto. Dois deles se destacam. O primeiro é o populismo penal, onde se vê a banalização do instituto para arrefecer os ânimos da massa. O segundo é fruto de um debate entre o dolo finalista e funcionalista, que legou uma má interpretação do dolo normativo-atributivista dessa segunda escola.

Em ares de conclusão, será analisado o caso recente do incêndio da Boate Kiss, onde se atesta, com clareza solar, a banalização do instituto em razão de ditames sobretudo populistas, prejudiciais em um Estado que se diz democrático de direito.

## 2. O ARGUMENTO CONSTITUCIONAL: A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL.

O direito penal, como bem se conhece, é um ramo jurídico que se reputa a uma função, sobretudo, protetiva de diversos fatores da vida em sociedade. Por certo, a noção que vem em mente ao estudioso da área quando se fala no fato-crime ou em direito criminal é a de *proteger* alguma coisa. A título de exemplo, quando o legislador decidiu criminalizar a conduta definida como furto<sup>3</sup> (de subtrair coisa alheia móvel para si ou para outrem), buscava regulamentar um fato e consagrar, em forma de norma, um valor ético-social (um bem jurídico), para protegê-lo com o direito. No caso em questão, o fim do legislador era proteger o patrimônio, que é um bem jurídico de grande valia nas sociedades capitalistas. Contudo, por mais que essa função de defesa dos bens jurídicos seja talvez a mais forte dentro do direito penal, ela não é a única. Nesse sentido, falamos em três funções:

a) função ético-social: é a função de proteção aos bens jurídicos (valores éticos-sociais) mais importantes de uma determinada cultura;

b) função de delimitação da resposta ao crime: em uma segunda linha, o direito penal visa proteger a resposta justa aos crimes, restringindo-a ao serviço público. Em outras palavras, quem entregará uma resposta ao sancionado pelo delito cometido não é a vítima (o particular), mas o Estado, que se utiliza da pena (a sanção característica do direito penal). Assim, vale lembrar que mesmo nos crimes de ação penal de exclusiva iniciativa privada, é o Estado quem detém o *ius puniendi* (direito de punir), por mais que o particular detenha o *ius accusationis* (direito de acusar) e o *persecutio criminis* (persecução penal). Essa função tem a sua razão de existir no fato de a ciência penal repudiar a vingança privada (o, coloquialmente, “fazer justiça com as próprias mãos”), atributo característico de sociedades rudimentares que resumem a solução de conflitos na autotutela<sup>4</sup> (uso de violência física não autorizado em lei);

c) função de garantia do sancionado em face do Estado: ao mesmo tempo que o direito penal entrega ao Estado o direito de punir, o entrega de maneira limitada. Essa função é, portanto, limitadora. Não pode o serviço público punir fora do que a lei (abarcando, aqui, as regras e os princípios) determinar.

No que se volta a esta última função (limitadora), o direito penal faz uso de vários princípios de assento Constitucional, sendo que os mais importantes são os princípios da dignidade da pessoa humana; da legalidade (ou reserva legal em matéria penal); do Favor-rei; da ofensividade; da culpabilidade; e da necessidade. Para os fins perseguidos neste trabalho, importa analisar os princípios da legalidade e do favor-rei, o que será feito a seguir.

### 2.1 A banalização do dolo eventual e a conseqüente violação do princípio da legalidade

Quando se estuda o princípio da legalidade, é importante ficar atento para as várias acepções que a expressão pode adotar. Nessa senda, como bem nos diz Guilherme Nucci (2011), podemos falar que a palavra legalidade comporta uma significação política e duas significações jurídicas. Assim sendo, politicamente, a legalidade pode ser entendida como uma garantia constitucional que busca limitar o poder do Estado (que se subsume, no direito penal, na já vista função limitadora). Em sentido jurídico amplo, entende-se a legalidade como a expressão máxima da liberdade dos modernos, ou seja, é o não ser o obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Já no sentido jurídico estrito, tratamos da legalidade no âmbito penal, manifestada no seguinte enunciado posto no art. 5º, XXXIX, de nossa Constituição: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 2012, p. 24).

Em qualquer de suas definições, seja na política ou nas jurídicas, a legalidade sempre invoca a ideia de lei como garantia e centro que organiza da sociedade. É garantia porque se um cidadão não é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, o princípio acaba por entregar grande estabilidade social e segurança jurídica. No que se volta ao crime, como a sua existência, bem

---

3 Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (BRASIL, 2012).

4 Autotutela, como nos mostra Rosemiro Pereira Leal (2008), não se confunde de forma alguma com a autodefesa, que é o uso de violência física autorizado em lei, cujo bom exemplo é a legítima defesa. O primeiro é característica de sociedades primitivas, enquanto o segundo é adotado na esmagadora maioria dos ordenamentos jurídicos modernos.

como a de sua sanção respectiva também estão atreladas única e exclusivamente à lei em sentido estrito<sup>5</sup> (reitera-se, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal), o cidadão se sente seguro em praticar determinadas condutas, pois, pela legalidade, sabe o que é e o que não é crime, o que o permite coordenar o seu agir apenas e, ao menos, para a prática de condutas penalmente irrelevantes (por mais que às vezes possam ser ilícitas civilmente, administrativamente etc.).

No bojo do princípio da reserva legal em matéria penal (outro nome que se dá à legalidade em sentido jurídico estrito), se frutificam vários outros subprincípios que, confluídos com este, irão auxiliar na função limitadora do poder Estatal. No caso em estudo, o princípio da taxatividade clama por especial atenção, tendo em vista que a banalização na aplicação do instituto do dolo eventual ataca imediatamente este disposto, e, indiretamente, o princípio maior da legalidade.

Nesse sentido, foi dito que o princípio da legalidade atua, no âmbito penal, como expressão da função limitadora do poder estatal. Por óbvio, ao estipular que só existe crime e sanção penal caso a lei em sentido estrito os convalide, entrega-se ao cidadão a garantia de que o Estado atuará dentro das limitações da lei, o que lhe dá segurança jurídica e estabilidade social. Essa lei, contudo, nos dizeres do princípio da taxatividade, não pode ser vaga, indeterminada ou imprecisa, sob pena de se esvaziar de sentido dessa função de limitar a atuação estatal. A lei incriminadora deve ser fechada, clara e concisa, isto é, *taxativa*. Em outros termos, não se pode deixar ao hermeneuta a faculdade de se realizar a interpretação que mais lhe aprouver. Bons exemplos de violações ao princípio da taxatividade podem ser encontrados em várias partes de nosso próprio ordenamento, como bem nos afirma, de maneira exímia, Cézár Roberto Bitencourt:

Mais recentemente, a Lei n. 10.792/2003, ao criar o regime disciplinar diferenciado de cumprimento de pena, viola flagrantemente o princípio da legalidade penal, criando, disfarçadamente, uma sanção penal cruel e desumana sem tipo penal definido correspondente. [...] É intolerável que o legislador ordinário possa criar tipos tão vagos e imprecisos como “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal” ou “recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação” (art. 52 §§1º e 2º), sem declinar que “tipo de conduta” poderia criar o referido “alto risco” ou caracterizar “suspeitas fundadas”, como sugere o diploma legal. (BITENCOURT, 2008, p. 12-13).

Outro bom exemplo de violação do princípio da taxatividade diz respeito à aplicação banalizada do dolo eventual, entrelaçada com a tênue linha que o separa da culpa consciente. Essa banalização encontra razão de ser porque, atualmente, testemunha-se o aumento da aplicação do instituto puramente por causa do desvalor do resultado, sem qualquer análise dos elementos anímicos: representação e vontade, característicos da essência do dolo. Por óbvio, essa aplicação só é possível porque estamos experimentando a inobservância do preceito legal respectivo.

Vejamus que o código penal, em seu art. 18, I, enuncia o conceito de dolo da seguinte maneira: “Diz-se o crime: doloso, quando o agente *quis* o resultado ou *assumiu o risco* de produzi-lo;” (grifo nosso) (BRASIL, 2012, p. 344). Embora, como já foi visto anteriormente nesse artigo, o código equipara o dolo direto com dolo eventual, o conceito é completo o suficiente para abarcar todos os requisitos necessários, já consagrados doutrinariamente, para se falar em dolo: consciência e vontade. Mesmo no dolo eventual, essa noção é de absoluta importância, porque “assumir o risco de produzir” implica, em algum ponto, aceitá-lo; e aceitar, por sua vez, implica em “querer”. Assim, mesmo no dolo eventual, o elemento volitivo tem, obrigatoriamente, de existir, sob pena de ser reduzido para culpa.

Nesses termos, entendemos que o princípio da taxatividade está sendo violado, mas não em razão de uma previsão legal imprecisa, como comumente se associa este princípio, pois, como já foi esquadrihado, o disposto normativo do art. 18 é taxativo (claro e conciso) ao estabelecer que, no dolo, o agente tem de querer ou assumir o risco de produzir o resultado, forçando uma análise da esfera psicológica do apenado. A violação se dá em razão de uma aplicação imprecisa da lei (e não da lei em si): que é ilegal, por parte dos agentes do direito.

O que se tem aqui é um conflito já muito bem conhecido e relatado por Kelsen (2009), quando trata da discussão dos mundos do “ser” e do “dever-ser”. A norma do art. 18 (dever-ser) é clara ao estipular que o conceito de dolo está profundamente entrelaçado com elementos anímicos, a despeito do fato de ela não estar sendo observada na prática (o ser). Mas assumir essa incompatibilidade entre os planos kelsenianos não significa, de forma alguma, que tenhamos de renunciar as tentativas de compatibilizá-los, em prol de uma melhor convivência na sociedade.

### 3. CONCEITUANDO DOLO EVENTUAL

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2005, p. 11), em celebrada obra que trata sobre direito civil afirmam de maneira muito

5 Vale lembrar que Miguel Reale (2002) fala em três sentidos distintos para a palavra lei: amplíssimo, amplo e estrito. No sentido amplíssimo, lei equivale a qualquer norma, seja ela de direito ou não (um costume, por exemplo); no amplo, lei equivale a todo texto normativo geral e abstrato, produzido ou não pelo poder legislativo (como normas de organização interna dos tribunais, feitas por eles próprios); no estrito, lei é todo texto normativo geral e abstrato produzido pelo poder legislativo.

6 Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: [...]

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

coerente, que empreender em uma conceituação é tarefa das mais difíceis encontradas por quem pretende explicar alguma coisa. Essa dificuldade reside na questão de que, na tentativa de explicar um tema da maneira mais didática possível, muitas vezes simplifica-se um conceito que detém maior grau de complexidade.

Em nossa investida de conceituar dolo eventual, portanto, tentaremos não cair nesse erro de restrição de seu significado. Antes de qualquer coisa, contudo, é necessário, de forma a entender a totalidade do tema, que venhamos a definir o que é dolo para só depois, no tratamento de suas espécies, definir o que vem a ser o dolo eventual.

### 3.1. Conceito de dolo

Em definição já clássica, de ordem finalista, dolo é a intenção para se alcançar determinado fim. A noção de intenção, por sua vez, é bipartida, pois pressupõe dois elementos: consciência (elemento cognitivo)<sup>7</sup> e vontade (elemento volitivo)<sup>8</sup>. Assim sendo, estamos intencionados (ou seja, estamos atuando dolosamente) à prática de determinada conduta, quando temos consciência e vontade para perseguir algo, que se traduzirá em forma de finalidade.

Desde já, importa ressaltar que a noção de dolo é *extrajurídica*. Isso significa que o dolo não encontra a sua raiz na ciência do direito, mas no próprio agir do homem, objeto de estudo da psicologia. Afirma-se isso, pois temos de quebrar certos paradigmas de pensamento que insistem em aplicar um juízo de valor negativo quando se fala em dolo, geralmente atrelado a uma aplicação do direito (sobretudo penal). Em verdade, atuamos dolosamente o tempo inteiro, considerando que a intenção constitui um processo psicológico natural de todo ser humano na busca de seus fins. O direito, portanto, se utiliza do dolo, enquanto processo psicológico cognitivo-volitivo com vistas a um fim, para a imputação de condutas a alguém.

Mas é óbvio que, dentro da seara do direito, o dolo muitas vezes virá acompanhado com alguma espécie de valoração negativa. Na norma penal incriminadora isso se faz por demais evidente, posto que se o agente realizar a conduta descrita no tipo penal dolosamente, poderá ser constituído dessa situação um fato crime, perturbação maior de nossa ordem jurídica. Certamente, em sentido *técnico-penal*, se conceitua o dolo, nos dizeres sempre bem acertados de César Roberto Bitencourt, como a “*vontade consciente de ação dirigida imediatamente contra o mandamento normativo*” (BITENCOURT, 2008, p. 267).

De fato, aproveitando o que foi exposto, vale a menção de que o dolo e a culpa, hoje, encontram-se alocados, dentro do conceito analítico de crime<sup>9</sup>, na tipicidade e não mais na culpabilidade (desde os estudos de Welzel). No direito penal brasileiro, pressupõe-se que todas as condutas descritas nos tipos penais são dolosas, como regra geral, sendo que os delitos culposos devem estar previstos expressamente. Nessa senda, não havendo dolo ou culpa na consumação de um resultado que seria descrito como crime, fala-se em atipicidade dessa conduta. Supondo, por exemplo, que José atropela Maria com seu carro, sendo que este não agia com dolo, e tendo, ainda, tomado todos os cuidados objetivos necessários (excluindo a culpa), a conduta praticada por ele é atípica, não acarretando sequer alguma responsabilidade.

Por fim, de forma concluir essa delimitação conceitual, importa fazer alguns apontamentos. Foi dito anteriormente que o dolo tem dois elementos: um cognitivo (consciência, conhecimento, representação ou previsibilidade subjetiva) e um volitivo (vontade). Nesses termos, vale dizer que o elemento cognitivo é requisito do elemento volitivo, pois vontade sem consciência é uma noção simplesmente inconcebível, sendo necessário *conhecer o que se quer*. Já consciência sem vontade não passa de mera esquematização na esfera psicológica do sujeito, o que é completamente irrelevante em termos de direito penal. Aliás, a própria Teoria Geral do Direito concebe a expressão “elemento” justamente quando quer implicar a existência de algo (plano da existência), em contraprestação a expressão “requisito”, que invoca a ideia de algo que existe, mas que pode ser inválido (plano da validade).

Em segundo lugar, deixamos assente que o elemento cognitivo, isto é, o conhecimento, diz respeito apenas àquilo que está descrito no tipo penal proibitivo (isto é, do fato objetivamente considerado). Com isso, queremos dizer que a consciência tratada no dolo não se trata de *consciência da ilicitude*, que é disposto integrador do nicho da culpabilidade.

### 3.2. Espécies de dolo: dolo direto e dolo eventual

Quando se aborda o tratamento das espécies de algo, busca-se, em verdade, diferenciar uma espécie da outra, tendo por destaque justamente essa distinção. No que se volta ao instituto do dolo, falamos em duas espécies em sentido técnico-penal: dolo direto e dolo eventual, sendo que a diferença entre elas está no grau de vontade na consecução de determinado resultado (ou seja, no grau do “querer”). Em rápida abordagem, de forma a esquematizar alguns preceitos básicos, há dolo direto quando o agente tem plena consciência e vontade de produzir determinado resultado ilícito. Isso significa que o sujeito ativo *deseja* a consumação de seu fim pretendido. No dolo eventual, por sua vez, o agente não deseja/quer o resultado de maneira tão imediata como no dolo direto. O grau de vontade é menor. Aqui, ele prevê o

7 Cognição significa ato ou processo de “conhecer”. O elemento cognitivo, dentro do estudo do dolo, tem como sinônimo as quatro expressões: consciência, conhecimento, representação, ou previsibilidade subjetiva.

8 Volitivo se refere a tudo aquilo que nos remete à “vontade”.

9 Analiticamente falando, define-se crime enquanto “conduta típica, ilícita e culpável”. 1) conduta: ação ou omissão, voluntária, direcionada a um fim, de uma pessoa humana; 2) típica: descrita e enquadrada em um tipo penal de ordem proibitiva; 3) ilícita: contrária ao todo do ordenamento jurídico; e 4) culpável: quando o sujeito ativo, apesar de conseguir entender os caracteres proibidos de sua conduta e de se portar segundo este entendimento, escolhe agir de maneira contrária ao direito, acarretando-lhe censurabilidade. Em outras palavras, a culpabilidade é o juízo de reprovação social que recai sobre o agente do injusto.

resultado em sua mente como possível (ou até mesmo provável), mas ainda assim decide *agir na dúvida*, assumindo o risco de produzi-lo. No dolo eventual, o fim maior da conduta não é a produção do resultado criminoso, mas este pode vir a se realizar tendo em vista que o agente aceita a possibilidade de sua consumação, e aceitar é uma forma de querer (embora isso esteja longe de ser pacífico na doutrina). Utilizando-se da famosa fórmula de Frank, o dolo eventual pode ser exposto na seguinte máxima: “*haja o que houver, custe o que custar, em qualquer hipótese não deixarei de agir*”.

No direito penal brasileiro, o tratamento que se emprega entre o dolo direto e o eventual é exatamente o mesmo, podendo o magistrado, como única nota diferenciadora, fazer alterações da pena em sua dosimetria. Isso fica evidenciado quando o próprio código, em seu art. 18, I, enuncia o conceito de dolo da seguinte maneira: “Diz-se o crime: doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;”. Apesar disso, ressalta-se que a problemática da banalização do dolo eventual não reside na equiparação desse tratamento (assunto para discussão diversa), mas nos limites imprecisos deste instituto em relação à culpa consciente (que será estudada mais a frente).

### 3.2.1. O que é dolo direto?

O que diferencia uma espécie de dolo da outra é a gradação do elemento volitivo: no dolo direto, o grau de vontade na consecução do resultado tipicamente previsto é maior do que no dolo eventual, e, por isso mesmo, este é mais censurável do que aquele. Diz haver dolo direto quando o agente deseja a realização de determinado fim de maneira imediata. Ele tem plena vontade e consciência na consumação de um resultado, que, para os entendimentos de direito penal, costuma ser ao menos típico (e provavelmente ilícito<sup>10</sup>).

### 3.2.2. O que é dolo eventual?

Tendo por base a nomenclatura do instituto, podemos traçar o esboço do dolo eventual conceituando-o como o *dolo das possibilidades*. Dolo, como já trabalhado, é a vontade e a consciência (intenção) com vista a realização de um determinado fim concebido. A palavra “eventual”, por sua vez, é utilizada quando avocamos a ideia de “possível”, pois aquilo que eventualmente ocorre pode ser equiparado como aquilo que ocorre *possivelmente*.

Assim sendo, falamos em dolo eventual (em sentido técnico-penal) toda vez que um determinado agente decide por assumir o risco na produção de um *possível* resultado, que se encontra tipificado por nosso direito criminal. Quando Caio, por exemplo, na ânsia de chegar a sua casa, decide acelerar seu carro de maneira exagerada, sabendo que, com isso, pode causar um resultado lesivo, como uma batida entre veículos ou até mesmo a morte de alguém, age com dolo eventual. Nessa senda, no dolo eventual, o agente não sabe se se irá consumir o resultado ilícito, e sequer tem plenas confianças em suas habilidades para evitar a sua ocorrência (caso em que se trataria de culpa consciente, o que será abordado mais a frente). Age, portanto, se conformando para com aquele resultado lesivo, o que pode ser exposto na famosa fórmula de Frank, já trabalhada aqui em tópico *supra*, a qual reiteramos: “*haja o que houver, custe o que custar, em qualquer hipótese não deixarei de agir*”.

Pelo o que já foi exposto, percebe-se o porquê de ainda hoje se discutir se o dolo eventual é, de fato, uma espécie de dolo ou de culpa. No dolo eventual, o elemento do “querer o resultado” (volitivo) é altamente questionável. Nesse entendimento, alguns arguirão se tratar de dolo, já que assumir o risco de produzir um resultado lesivo equivale a aceitar que ele ocorra; e aceitar, em algum nível, se trata de uma forma de querer. Outros discordarão disso, também com fundadas razões, ao argumentarem que se se perguntasse a um agente que agiu com dolo eventual se este desejava a ocorrência do resultado, sem sombra de dúvidas, o agente responderia com a *indiferença* pela qual o instituto se caracteriza (e indiferença não pode ser equiparada com desejo).

Filiamo-nos ao entendimento de que o instituto se trata de dolo, como atualmente é concebido. Vejamos o motivo: o que caracteriza o dolo eventual é a realidade de que o agente decide *agir na dúvida*. Isto é, sabendo que o resultado lesivo pode vir a ocorrer, ao invés de renunciar à prática da ação, o sujeito ativo decide por testar a sua sorte. Concordamos que, em razão do resultado lesivo, não poderíamos falar na configuração do dolo, pois entendemos que o elemento volitivo em relação a este não existe em sua completude. Indiferença não se confunde de forma alguma com desejo (querer). Mas alocar o entendimento do dolo eventual ao resultado não nos parece a postura que deveria ser tomada. Nesse sentido, depreende-se que o elemento volitivo se completa não em razão do resultado, mas do próprio agir do agente. Em outras palavras, ele pode até não desejar que a consumação lesiva ocorra, contudo, ele *deseja* agir na dúvida, configurando, por completo, o instituto do dolo.

## 4. DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE? UM BREVE ESTUDO SOBRE A CULPA

Uma das consequências da vida em sociedade é o constante dever de cuidado que temos que ter mutuamente entre seus membros. Joaquim, por exemplo, tem a obrigação de apagar o seu cigarro em um posto de gasolina, prevendo o perigo de que o contato do fogo com o combustível acarreta graves consequências no meio em que vive (como a destruição de propriedade ou até mesmo a morte de alguém). Nessa ordem, de maneira a viabilizar a paz e a estabilidade do corpo social, o direito penal buscará punir toda conduta que, embora dirigida a um fim lícito, resulta em um ilícito, desde que em decorrência da quebra desse dever de cuidado. No exemplo acima, se Joaquim, distraído, arremessa o cigarro pela janela de seu veículo, causando um incêndio, responderá penalmente pela quebra da cautela devida que deveria

---

<sup>10</sup> É ilícito, pois toda conduta tipificada pressupõe-se como tal até que se prove o contrário (por meio de uma causa de justificação, como, por exemplo, a legítima defesa, o estado de necessidade etc.).



ter sido tomada (apagar o cigarro e depositá-lo em um local seguro).

Com o que foi exposto, podemos definir a culpa, nos termos da doutrina já consagrada, enquanto a inobservância do dever objetivo de cuidado expressada em um resultado não desejado pelo agente, embora objetivamente previsível. Destrinchando esse conceito, temos:

a) inobservância do dever objetivo de cuidado...: é a quebra da obrigação da cautela devida, consequência da vida em sociedade, já mencionada;

b) [...] expressada em um resultado não desejado pelo agente: é a nota característica da culpa, posto que, nessa premissa, existe uma contradição flagrante entre o que o agente quer (um resultado lícito), e o que ele acaba realizando (um ilícito). Havendo o elemento do desejo, constituir-se-á dolo e não culpa;

c) [...] embora objetivamente previsível: o resultado não desejado pelo agente, acarretado pela quebra do dever de cuidado, deve ser objetivamente previsível. Isso significa que qualquer pessoa considerada inteligente, no lugar do sujeito ativo, teria condições de vislumbrar o acontecimento ilícito e tomar as cautelas necessárias. Mas trata-se, frisamos de previsibilidade *objetiva* e não subjetiva. Nessa senda, na formação de um delito culposo não se analisa a previsibilidade do sujeito ativo da conduta, considerando-o em si mesmo (previsibilidade subjetiva), mas se, em seu lugar, um homem considerado inteligente (modelo de homem médio) teria condições de prever a possível configuração de um resultado ilícito (previsibilidade objetiva).

O conceito de crime culposo, por seu turno, não se distanciará muito do de culpa. Há crime culposo toda vez que o agente não quer e nem assume o risco de produzir um resultado penalmente relevante, sendo que, por causa da quebra do dever objetivo de cuidado previsível objetivamente (culpa), acaba por fazê-lo.

Vale delinear, que pelo fato de o crime culposo e o instituto da culpa compartilharem intensa relação, vemos que muito de seus elementos são os mesmos. Contudo, de forma a podermos falar da existência de um crime culposo, além de tudo que já foi dito (tratado nas alíneas a, b e c acima), é essencial, também, outras premissas, quais sejam:

d) exigência de tipificação: a norma penal incriminadora deve prever, expressamente, o crime na modalidade culposa. Não havendo tipificação, não há crime;

e) um resultado: nas palavras de César Roberto Bitencourt, “*o resultado integra o injusto culposo*” (BITENCOURT, 2008, p. 284). De fato, o crime culposo não existe sem que lhe sobrevenha algum resultado. Assim, mesmo que alguém não observe o dever de cuidado objetivo e se, dessa conduta, não resultar um fato descrito como crime, estaremos em face de um caso de atipicidade (e o crime não existirá);

f) nexa causal: é necessário que o resultado ilícito ocorra por causa da quebra do dever objetivo de cuidado (caso contrário, estaríamos atuando dentro do nicho da responsabilidade objetiva, repudiada pelo direito penal).

#### 4.1. Espécies de culpa: culpa inconsciente e culpa consciente

Assim como o dolo tem as suas espécies: direto e eventual; a culpa também comportará duas: inconsciente e consciente. A diferença entre elas se encontra no maior ou no menor grau de previsibilidade subjetiva por parte do agente. Em rápidas palavras, incorre culpa inconsciente quando o sujeito não prevê um resultado ilícito que era *previsível*, e, em razão disso, acaba por consumá-lo; a culpa consciente, por seu lado, se caracteriza quando o sujeito prevê o resultado como possível, mas acredita, com toda a certeza, que este ilícito não irá se concretizar, sendo que este acaba se realizando.

Vale observar que a diferenciação tratada acima entre as espécies é subjetiva e não objetiva. Ou seja, para fins de diferenciar uma da outra, são analisados os predicados mentais próprios do sujeito que age, posto que a previsibilidade objetiva está sempre presente como elemento essencial da culpa, em qualquer caso. Reitera-se que se o resultado for objetivamente imprevisível, o que equivale dizer que uma pessoa considerada inteligente também não o vislumbraria, não há que se falar em crime culposo ou sequer em culpa. Contudo, a título de distinção da culpa inconsciente da culpa consciente, considera-se se o sujeito representou ou não desfecho em sua esfera psicológica. Na primeira, o desfecho é objetivamente previsível, mas o sujeito não o previu subjetivamente por qualquer razão; na segunda, o resultado *também* é objetivamente previsível, e, mais ainda, o sujeito o representou no seu consciente, contudo, não acreditou que se realizasse.

No que se volta ao direito penal brasileiro, não existe tratamento diverso entre as espécies (assim como entre dolo direto e eventual), até porque, na vida prática, diferenciar uma da outra é atividade extremamente complexa e dificultosa.

#### 4.2. Dolo eventual ou culpa consciente? A violação do princípio do favor rei em razão da banalização do dolo eventual

Foi dito que o dolo eventual ocorre quando o agente assume o risco na produção de um resultado não querido, se conformando com este. A culpa consciente, por sua vez, nasce quando o agente, prevenindo um possível resultado futuro não desejado, age porque acredita absolutamente na sua não ocorrência. Desse exposto, é de se perceber que o dolo eventual e a culpa consciente são institutos que se assemelham sob a ótica de vários prismas: além de serem dotados de corpo semelhante, ambos prelecionam que o agente não deseja o resultado (mesmo no dolo eventual, já que indiferença não se confunde com desejo). Também é característica comum o fato de o agente prever o possível desfecho ilícito, agindo a despeito disso.

Por certo, entre o dolo eventual e a culpa consciente existe uma linha fugaz. Ambos coabitam na região limítrofe (fronteiriça) em relação ao outro, sendo que a distinção entre estes pode ser exposta da seguinte maneira: na culpa consciente, o sujeito não assume o risco na

11 Podemos expressar os dois institutos nos seguintes enunciados: 1. Dolo Eventual: “haja o que houver, custe o que custar, ainda assim agirei”; 2. Culpa Consciente: “se eu soubesse que ia resultar nisso, não teria agido”.

produção de um resultado ilícito, como no dolo eventual. Não há conformação com o resultado. Se se perguntar a alguém que agiu com culpa consciente se este agiria sabendo que o resultado iria se concretizar, sua resposta seria negativa. No do dolo eventual, responderia positivamente, pois, neste último, o valor de sua ação, por egoísmo, era maior que o valor do resultado lesivo. Em outras palavras, a culpa consciente é o agir por excesso de confiança; o dolo eventual é o agir por egoísmo<sup>11</sup>. Enquanto no primeiro, para o agente, o valor de sua ação é *menor* que o valor do resultado (e, por isso, se ele soubesse de sua concretização, renunciaria a tal prática), no segundo, a ação tem valor *maior* que o resultado (e, nessa consideração, o agente não renunciaria à sua conduta, sabendo que o resultado ocorreria).

Se a delimitação teórica entre dolo eventual e culpa consciente já é feita com certa dificuldade, na prática se faz ainda mais complicada. Nessa senda, na concretude dos casos, existe um enorme labor em concluir se o agente assumiu o risco (dolo eventual) ou não (culpa consciente) na produção de um resultado. Embora estejamos longe de propor uma solução para esse problema, vemos uma luz nos dizeres de Heleno Cláudio Fragoso, que separa muito bem os institutos tendo por base o critério da dúvida. Em suma, o dolo eventual caracteriza-se pelo *agir na dúvida*. Isso significa que o agente não é dotado de plena confiança sobre a concretização do resultado ilícito, e, na dúvida, decide agir. Já na culpa consciente, a dúvida é um elemento inexistente, porque o sujeito acredita sinceramente que a consumação ilícita não se materializará. Por não haver dúvida, geralmente não se fala em hesitação na culpa consciente, contrariamente ao dolo eventual.

No que se volta ao problema em estudo da banalização do dolo eventual, a grande questão é que testemunhamos, progressivamente, abusos em sua aplicação, articulados com a imprecisão que o instituto tem na vida prática. Em outros termos, devido a grande dificuldade que existe, no caso concreto, de diferenciar dolo eventual e culpa consciente, imputam-se os crimes a título de dolo eventual, em flagrante violação ao princípio constitucional-processual-penal do Favor Rei.

A Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil enuncia, em seu art. 5º LVII, “que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 2012, p. 24). Este é o chamado princípio da não-culpabilidade, corolário de um Estado Democrático de Direito. Desse princípio, infere-se outro, também de ordem constitucional, que diz que quando há dúvida na aplicação do direito deve-se sempre atuar em favor do sancionado: o princípio do Favor Rei. Este segundo, que guarda especial importância ao tema em estudo (como já visto), encontra a sua razão de ser na função limitadora do direito penal, vinculando-se, por isso, com o princípio da legalidade. Não se pode esperar, em um Estado Democrático de Direito, que, frente a uma dúvida, se utilize do direito penal de forma a prejudicar o sancionado, posto que isso é entregar poderes demais a máquina estatal, onde se frutificam os mais diversos abusos contra alguém que nem se sabe se é ou não culpado. Nesses termos, trivializar o dolo eventual, como vem constantemente ocorrendo por nossos judiciosos aplicadores do direito, configura crasso abuso do poder estatal, em violação aos princípios sobreditos e ao nosso próprio paradigma constitucional de Estado, com uma inacreditável e inquisitorial interpretação de “presunção de culpa” e não o contrário.

## 5. CAUSAS DA BANALIZAÇÃO DO DOLO EVENTUAL

Nesta produção, abordamos extensivamente que o instituto do dolo eventual vem sendo trivializado, o que constitui violações das mais diversas dentro da ciência do direito penal. Não foi exposto, contudo, o porquê disso estar acontecendo. Acreditamos em duas causas principais, a primeira delas condiz com o que se compactuou chamar de populismo penal; a segunda, com uma crise de transitoriedade do dolo na concepção finalista para a funcionalista.

### 5.1 O POPULISMO PENAL: MOVIMENTO LEI E ORDEM E TOLERÂNCIA ZERO

O termo populismo é expressão que faz parte da história. Em sua concepção clássica, feita por esta ciência que o estuda, significa dominação pelo carisma, em que um líder político instaura uma ligação emocional direta com a população, a despeito de um fundamento racional bem posicionado, e auferir disso um benefício próprio. Na política brasileira, exemplo clássico de populismo parecia pelo ex-presidente Jânio Quadros, que, de forma a se aproximar da população e conquistar votos, fazia questão de ser visto ingerindo pão com mortadela e andando pelas ruas com roupas amassadas (ou de baixa qualidade).

Hoje, essa noção de populismo se encontra decadente, seja pela enorme plasticidade do termo, que o tornou um tanto inútil (ele admite um sem número de usos), seja porque se utiliza dele para, nas palavras do magistério de André Moysés Gaio, “*estigmatizar políticos com fina sensibilidade para o social*” (GAIO, 2011, p. 2). Lembremos que é função essencial da classe política representar todos os cidadãos, fazendo medidas sociais que os beneficie. Como muitas pessoas insistem, equivocadamente, em taxar a pecha de populista para todo governo voltado para o social, a crise do termo se justifica.

Apesar disso tudo, dentro da seara do direito penal, a expressão “populismo penal” é caracterizada por ser uma construção própria e precisa. Podemos, portanto, empregar-la sem cair na crise sobredita.

Mas o que vem a ser populismo penal? Ora, assim como na concepção clássica do populismo, este também é uma aproximação emocional, fundada em poucos elementos racionais, entre a classe governamental e as massas, mas que se volta para a aplicação de um direito penal máximo e mais rigoroso. Esse disposto é muito utilizado pela classe política e jurídica brasileira, pois representa uma espécie de receita para a popularidade de instituições que, hoje, se encontram em profunda crise (poder legislativo), ou supervalorizadas (poder judiciário). Isso pode ser visto claramente quando, por exemplo, testemunhamos o legislativo fazendo leis penais cada vez mais rigorosas, tal como a lei de crimes hediondos; e o judiciário banalizando o instituto do dolo eventual, de forma a acalmar os nervos de uma população indignada.

Desse vínculo emocional que surge em relação às massas, vê-se uma valorização cada vez maior dos movimentos de Lei e Ordem (e

Tolerância Zero), que pregam por um direito penal duro e recrudescido<sup>12</sup>. As massas veem os criminosos, nas sábias palavras de John Pratt, citado mais uma vez por Gaio, “*como favorecidos às expensas das vítimas de crimes e, em particular, daqueles que seguem as leis em geral. Isto alimenta as expressões de raiva, desencantamento e desilusão com o sistema criminal vigente*” (PRATT *apud* GAIO, 2011, p. 4). Dessa visão, em que o cidadão enxerga o criminoso “beneficiado” e a sociedade dos “de bem” “lesada” por um suposto direito penal fraco, moroso e complacente, se origina a ideia absolutamente equivocada que a solução para todos os problemas desse nicho é o aumento do direito penal (sobretudo das penas).

Nesse sentido, aproveitamos para citar, com a maestria que lhe é devida, Césare Beccaria, quando discorre que no problema da criminalidade a dureza da pena cede em relação a certeza e a celeridade de sua aplicação:

Um dos maiores travões aos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade [...] A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade. (BECCARIA, 2000, p.117, grifo nosso).

Quanto mais pronta for a pena e mais de perto seguir o delito, tanto mais justa e útil ela será [...]. Eu disse que a presteza da pena é útil; e é certo que, quanto menos tempo decorrer entre o delito e a pena, tanto mais os espíritos ficarão compenetrados da ideia de que não há crimes sem castigo; tanto mais se habituarão a considerar o crime como a causa da qual o castigo é o efeito necessário e inseparável. (BECCARIA, 2000, p. 62).

Visto que o aumento das penas não é a solução para o problema da criminalidade, sendo que a certeza e a presteza atuam com muito mais força nesse sentido, ainda enxergamos outro problema grave por sobre o movimento de Lei e Ordem (e, conseqüentemente, sobre o populismo penal). É a questão mitológica do direito, especialmente sob o aspecto penal, enquanto instrumento capaz de resolver todos os problemas da vida em sociedade. Ultimamente, tem-se visto cada vez mais leis, sobretudo penais, regulando todo mínimo aspecto da vida em sociedade, a ponto de se discutir a tomada do espaço da ética pelo direito<sup>13</sup> (o que pode trazer conseqüências catastróficas). Tal tendência é perigosa, já que, além do problema ético supracitado, ela se mostra absolutamente ineficiente em razão de dados concretos de inúmeras pesquisas. Estas evidenciam que, mesmo após o aumento das penas, foi observado também o aumento (ou pelo menos a não diminuição) da criminalidade. Dentro desse contexto, o direito penal nunca resolveu nenhum problema, e a história faz questão de deixar isso bem claro, como nos afirma José Luiz Quadros de Magalhães de maneira muito acertada:

Mais controle, mais punição, mais direito penal. É claro que isto não resolverá o problema enquanto não respondermos outras perguntas que passam pela questão cultural, estrutural (socioeconômica) e simbólica de nossa sociedade. De repente o direito penal, o processo penal ganhou centralidade: todas as soluções passam por leis mais duras, mais penas, cadeia, punição. É a repetição com uma outra roupa do que já foi feito várias vezes e nunca funcionou. Estão nos fazendo de bobos, de novo: o direito penal não resolverá problema algum. (MAGALHÃES, 2012).

Finalizando, repisamos que a questão da banalização do dolo eventual faz-se um reflexo direto dessa postura populista penal, expressão de um direito penal rigoroso que se tenta aplicar em solo brasileiro. Essa foi a forma encontrada por muitos juristas que, sob a pressão da consciência moral-social em seus ombros, prestigiam a si próprios (e não ao povo!) em nome da aceitação do povo (que não sabe que está agindo contra ele próprio). Tãmanha vaidade relegou a aplicação de um direito penal irracional, cediço aos clamores populares e disposto a abandonar a sua própria base e corpo científico em nome da popularidade de seus aplicadores. O grande problema disso tudo é que desistir da práxis científica do direito penal equivale a abandoná-lo; e abandoná-lo significa voltar à barbárie.

---

12 Supostamente, esse direito penal seria capaz de “limpar as ruas”? Para todo delito, por menor que seja, haveria de ter uma dura repressão prisional. Desde Michel Foucault e a sua obra: *Vigiar e Punir*, parece-nos estranho que frente a crise do sistema prisional (enquanto sanção absolutamente ineficiente), movimentos como este ainda surtem. A dura repressão prisional, como já foi exaustivamente estudada por muitos juristas e filósofos da melhor extirpe, longe de ser a solução para um problema, é um problema em si mesmo, fruto de uma sociedade dominada pelo aspecto econômico capitalista e, conseqüentemente, pelo poder normalizador. Em verdade, hoje se discute muito a aplicação de um direito penal apenas contra os pobres e “anormais” (que se recusaram a se identificar com o poder vigente): o que é mais uma expressão do vil fenômeno do “nós x eles” em nossa sociedade.

13 Sem pretendermos analisar isso profundamente, na atualidade constata-se que as pessoas só agem bem porque têm medo da sanção jurídica (imperativo hipotético). O direito representa o “faço porque tenho medo das conseqüências”. A ética pressupõe o fazer o bem pelo bem em si mesmo (imperativo categórico). Ela é o “faço porque é bom fazer isso”. Como o direito está invadindo todas as esferas da vida em sociedade, absorvendo a ética, pergunta-se muito sobre o que acontecerá no dia em que ele se fazer insuficiente. Ou seja, o que acontecerá quando o Estado, com o direito e o seu sem-número de leis, não mais conseguir manter a ordem? Se a ética foi completamente absorvida pelo direito, não restará nenhuma norma de comportamento senão o caos.

## 5.2. Dolo finalista ontológico versus dolo funcionalista normativo

O segundo motivo que acreditamos dar causa à banalização do dolo eventual traduz-se em um problema interpretativo do instituto segundo os dizeres finalista-ontológico e funcionalista-normativo. Em resumo, acreditamos que devido a essas duas concepções díspares de dolo, o aplicador do direito vê-se perdido em definir qual seria melhor empregar, em meio a um intenso debate entre ambas as concepções. Essa distinção será mais bem trabalhada nas próximas linhas.

Quando tratamos de conceituar o dolo, frisamos a sua *extrajuridicidade*, implicando que o mesmo encontra-se, em verdade, alocado fora do direito. Pelo dolo ser intenção, conceito subjetivo por excelência, integraria a ciência da Psicologia, sendo que o Direito faz uso desta e o amolda para melhor se aplicar na sociedade. Essa é a concepção clássica de dolo, de orientação finalista welzeliana. Nela, a intenção é algo “real”, que está dentro da cabeça do agente, e, por isso, convencionou-se a nomenclatura de dolo ontológico. Isto é, é um dolo que existe por si só, que é fatural e inerente ao ser. Ao jurista cabe apenas *identificar* o dolo que já existiu no decurso do procedimento legal.

Por outro lado, teremos não um dolo ontológico, mas um dolo normativo, obrado principalmente pela escola funcionalista penal.

Quem primeiro trabalhou com o que hoje chamamos de “normativismo” foi Kelsen (2009). Para esse importantíssimo teórico das ciências jurídicas, como muito se sabe, o direito não se confunde com qualquer outra ciência (seja ela social ou natural), tendo até mesmo um mundo próprio: o dever ser. Nesse sentido, qualquer entendimento normativista preza sempre pela independência do direito, que deve ser afastado de qualquer outro saber, seja ele de ordem natural, política, sociológica, *psicológica* (para o nosso especial interesse) etc. O dolo normativista, portanto, é um dolo que afasta a ontologia (a natureza psicológica) e interpreta o instituto de maneira exclusivamente jurídica (para fins de direito). Mas, na prática, como se traduz essa assertiva? O que significa essa exclusividade jurídico-normativa do dolo? Significa, basicamente, que o dolo normativista entende o instituto por um viés *atributivista*. Isso será mais bem tratado a seguir.

No entendimento ontológico, frisou-se que o dolo é um fato real na cabeça do agente. Ao jurista restaria apenas a tarefa de identificá-lo no bojo do procedimento legal. Entretanto, como essa identificação seria feita? Ou melhor, seria essa identificação sequer *possível*? Como que a *intenção* pode ser identificada? O dolo, por exemplo, não é como uma árvore, cuja existência pode se atestar segundo os sentidos do homem comum. Também já foi demonstrado que exames elaborados pelas outras ciências são falhos, não se sustentando como boas provas para dar qualquer sustento para essa suposta “identificação”.

O acesso à esfera psicológica-intencional faz-se, portanto, simplesmente impossível: não podemos identificar o dolo considerado em si mesmo, como se uma fosse uma coisa (uma árvore); contudo, podemos *interpretar o dolo a partir de dados objetivos*, e, assim, atestar a sua existência. Mas, o que isso significa? Winfried Hassemer, citado brilhantemente pelo promotor Paulo César Busato, nos esclarece de maneira solar:

Se pergunta como pode o juiz constatar a intenção de defraudar, falsificando um documento. E agora se pergunta como pode o juiz constatar tal intenção em um processo, como pode produzir um dado intenção de defraudar. O juiz pode observar os livros de comércio, os informes fiscais, os dados de um computador (ou fazê-los serem observados, caso necessário, por peritos ou se certificar das observações feitas por testemunhas). Ninguém pode, porém, observar uma intenção de defraudar, que somente se pode imputar. (HASSEMER apud BUSATO, 2008, p. 86, grifo nosso).

Em outras palavras, o que Hassemer explicita muito bem é que não temos acesso ao dolo enquanto uma coisa, mas aquilo que dele interpretamos, a partir de dados naturalísticos objetivos que o homem comum tem acesso. Pela concepção normativista, que foi essa exposta, o dolo não é um dado psicológico, mas resultado de uma *atribuição* e fruto da valoração interpretativa de dados objetivos dos quais o juiz tem acesso. Em palavras mais simples, por esse conhecimento, “intenção” e “dolo” não são sinônimos (como no dolo ontológico). Intenção é a esfera subjetiva do agente, que é inacessível. Dolo é a *interpretação dessa intenção* a partir de dados objetivos valorados. Esse é o significado da exclusividade jurídico-normativa do dolo, que se emancipa da psicologia, que foi dito acima.

Em resumo, no dolo ontológico (finalista), o instituto tem natureza psicológica. Ele é um dado real, considerado em si mesmo, sendo que a tarefa do jurista seria simplesmente a de identificá-lo no decurso do procedimento. O dolo normativo (funcionalista), por sua vez, diz que o dolo é aquilo que interpretamos da intenção subjetiva a partir de dados objetivos. Nas palavras de Busato, “(o dolo) *não é algo que existe, que seja constatável, mas sim o resultado de uma avaliação a respeito dos fatos que faz com que se impute responsabilidade penal*” (BUSATO, 2008, p. 86, grifo nosso). O dolo, nesse sentido, é uma atribuição. Ou seja, é algo que se *imputa* (se atribui), não que se constate.

Nenhum dos lados é imune a críticas. Enquanto afirma-se que o objeto de prova do dolo ontológico é simplesmente impossível, já que os dados psicológicos intencionais são inacessíveis; no dolo normativo alega-se uma crise de legitimidade, pois basear a aplicação do direito exclusivamente em dados objetivos, em completa exclusão do subjetivo do agente, pode não condizer com o que o sancionado realmente quis, o que pode gerar decisões arbitrárias. Faltam-se, portanto, critérios. A partir de quais premissas concretas o magistrado poderia afirmar que alguém agiu dolosamente?

De qualquer forma, não pretendemos, no presente artigo, debater qual concepção de dolo é a melhor ou pior como um todo. Na verdade, vemos nessa discussão um motivo para se banalizar o dolo eventual, já que a linha funcionalista-normativa-atributivista permite, justamente, a imputação tendo por base fatores objetivos valorados (embora crermos estar ela sendo mal interpretada). Dentro do finalismo-ontológico-psicológico, se faria importante avaliar se o agente agiu com culpa consciente (por excesso de confiança, sem se conformar com o resultado) ou com dolo eventual (por egoísmo, assumindo o risco de produzir o resultado). Se houvesse dúvida, tendo por base o princípio do Favor-Rei, responderia na modalidade culposa. De maneira oposta, dentro do raciocínio normativista de dolo, seriam analisados apenas fatores objetivos, considerados de pleno acesso do juiz. Supondo, por exemplo, que o acidente sobredito tenha sido em razão da pressa de José para chegar ao seu trabalho, o magistrado assumiria

disso que ele agiu com dolo, porque o dado objetivo da pressa é um motivo para determinado agir. Na concepção normativista, alega-se ser impossível verificar a esfera das intenções, então pouco importa se o agente assumiu (dolo eventual) ou não (culpa consciente) o risco de produzir o resultado.

Não nos insurgimos, aqui, como já foi exposto anteriormente, contra essa concepção normativista objetificada de dolo. Esta é uma proposta racionalmente fundada do problema da diferenciação entre dolo e culpa no caso concreto, que assim tem seu mérito. Contudo, acreditamos que ela vem sendo mal interpretada. O que estamos vendo em nosso dia-a-dia, cada vez mais, é a aplicação do dolo eventual em razão do dado objetivo do desvalor do resultado ou da ação, e isso não é defendido pelo entendimento funcionalista. É muito comum, especialmente em crimes de trânsito, que se aplique dolo eventual tendo por base a seguinte fórmula “dirigiu bêbado + acidente grave = dolo eventual”. Se, por exemplo, Joaquim atropela Maria, retirando-lhe a vida, responderia por dolo eventual porque *causou uma morte*, e não porque a materialidade do crime assim indicou, ou porque o agente detinha vontade consciente.

Dissemos acima que o funcionalismo está sendo mal interpretado. O está porque, apesar de o resultado ser um dado objetivo, o funcionalismo normativista não defende de forma alguma a aplicação trivial do dolo, pois certo é que este não é o único dado objetivo que se pode valorar em tal construção. Para essa escola, é necessário que *todos* os dados objetivos (e não só o resultado ou a ação considerados individualmente!) demonstrem claramente a existência do dolo, a despeito do quão horrível possa ser um deles. Não havendo tal demonstração, não há que se falar em imputação dolosa. O grande problema é que, talvez, devido aos enrijecidos debates que se instauram entre ambas as correntes: finalista e funcionalista, muitos se encontram perdidos em um clima de transitoriedade.

Por fim, pretende-se frisar, tendo em vista a Reforma Penal de 1984, que, pelo menos por enquanto, é melhor adotar o dolo ontológico e não o funcionalista. Como foi dito acima, o direito penal brasileiro foi amplamente reformado na década de 80, de forma a se atualizar segundo as concepções finalistas de Welzel, sendo mais interessante se orientar por isso, pelo menos por enquanto.

## 6. ESTUDO DE UM CASO CONCRETO: BOATE KISS

De forma a finalizar essa produção científica, faremos um breve estudo de caso tendo por luz o recente e infeliz acidente da Boate Kiss, onde pode ser visto com clareza a banalização do dolo eventual.

O caso pode assim ser descrito: no dia 27 de janeiro de 2013, por volta das 3 horas, um incêndio ocorreu na cidade de Santa Maria, no Rio Grande do Sul, nas dependências do clube noturno da Boate Kiss. Essa caótica calamidade acabou por resultar na morte de 242 pessoas (segundo os dados mais recentes), em um caso minado de irregularidades das mais diversas. Segundo os peritos que trabalharam no caso-exemplo, o incêndio foi causado pelo uso do fogo de artifício “Chuva de Prata 6” (vulgarmente conhecido como Sputnik), que deveria ser destinado apenas para uso em ambientes externos, pela banda “Gurizada Fandanguera”. Durante o show, os fogos entraram em contato com uma esponja inflamável (feita de poliuretano) que revestia parcialmente a estrutura da boate. Ao serem queimadas, estas esponjas liberaram moléculas de monóxido de carbono (CO), que caíram na corrente sanguínea das vítimas e tomaram o espaço dos glóbulos vermelhos. O grande problema é que os glóbulos vermelhos de nosso sangue tem a função importantíssima de transportar oxigênio para o corpo, e, uma vez impedidos por este gás, a morte das vítimas foi inevitável.

Além dessa problemática exposta, a ambientação da boate também foi grande fator das mortes, pois se tratava de um local fechado, o que facilitava a ação mortal do monóxido de carbono. Outrossim, havia uma única saída, cerceada por diversos empecilhos, em um ambiente claramente deficiente em iluminação de emergência e falta de indicações devidas.

No que se volta aos indiciados, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ofereceu denúncia, das quais vale destacar aqui, contra Elissandro Callegaro Spohr e Mauro Londero Hoffman, que são os sócios donos da boate; e Marcelo de Jesus dos Santos e Luciano Augusto Bonilha Leão, vocalista e produtor da banda Gurizada Fandanguera, respectivamente. A todos eles foram imputados homicídios dolosos, sob o argumento do dolo eventual, onde atestamos o problema tratado nessa produção.

### 6.1. Boate kiss e a banalização do dolo eventual

Na denúncia oferecida pelo Ministério Público, Elissandro, Mauro, Marcelo e Luciano foram imputados por homicídio doloso, sob o argumento de que agiram com dolo eventual. Porém, quando nos deparamos com a justificativa para essa atribuição, apercebemos vários contorcionismos conceituais utilizados pela promotoria, em uma espécie de sobre-esforço para se enquadrar os homicídios a título de dolo em resposta aos clamores populares.

Em primeiro lugar, de forma a iniciar a nossa abordagem, atemo-nos ao motivo da imputação dolosa nos termos da própria denúncia, a qual remetemos nossa crítica:

Os denunciados ELISSANDRO, MAURO, MARCELO E LUCIANO AUGUSTO assumiram o risco de produzir mortes das pessoas que estavam na boate revelando total indiferença e desprezo pela segurança e pela vida das vítimas, pois, mesmo prevendo a possibilidade de matar pessoas em razão da falta de segurança, não tinham qualquer controle sobre o risco criado pelas diversas condições letais da cadeia causal [...] (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2012, grifo nosso).

Ora, vimos anteriormente que há dolo eventual, dentro da concepção clássica (finalista), quando o agente prevê um possível resultado e tem vontade de agir na dúvida de sua ocorrência, por mero egoísmo. O dolo eventual é, pois, a conformação com um possível resultado, sendo que o agente não tem sequer plenas confianças de que a eventualidade não irá ocorrer. Do contrário, quando se constata a presença de tal confiança: isto é, quando o agente acredita, sinceramente, que o evento futuro indesejado não ocorrerá, falamos em culpa consciente.

Se soubesse que o resultado ocorreria, não teria agido, e, por isso, não se fala em conformação com o resultado.

Vale enaltecer que em qualquer uma dessas hipóteses: dolo eventual ou culpa consciente, há a previsibilidade de um possível resultado indesejável *sem* que o agente tenha qualquer controle sobre o risco criado. Não é o “controle do risco” que irá determinar se uma conduta é dolosa ou culposa. No dolo eventual, o agente, por ser indiferente ao resultado, tem a plena consciência de que não detém um mínimo domínio sobre o risco. Na culpa consciente, embora o sujeito acredite que tenha, este de fato não o tem, o que pode ser comprovado quando o resultado indesejado sobrevém.

Adiante, a explicação dada em nota de rodapé sobre a matéria sobredita (isto é, do porquê dolo eventual e não culpa consciente) também contém vários pontos dos quais não concordamos. Para avançar nesse estudo, transcrevemo-la na íntegra, tal como consta na denúncia, aproveitando para frisar aquelas partes em que encontramos problemas:

Segundo o Supremo Tribunal Federal, “faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente” (HC 97.252). Merecem destaque, em relação às circunstâncias do caso concreto, as condições extremas de insegurança da Boate Kiss, associadas ao emprego de fogo de artifício destinado a uso externo, o que torna o risco de uma tragédia algo mais do que previsível. Assim, a acusação por homicídios dolosos, consumados e tentados, centra-se num dos elementos estruturais do dolo, qual seja, a previsão do resultado. Ante as condições da boate e o uso de fogos de artifício, os denunciados tinham conhecimento da possibilidade de matar pessoas. Assim, fica afastada, de plano, a figura da culpa comum, que pressupõe a ausência de previsão do que é previsível. Com efeito, a culpa comum fundamenta-se na previsibilidade. Havendo previsão efetiva, adentra-se no terreno da culpa consciente e do dolo eventual. Uma vez que houve previsão das mortes, cumpre também afastar a hipótese de culpa consciente, porque esta pressupõe a adoção de cautelas que permitam confiar, ainda que levemente, no controle do risco criado, como é o caso do atirador da elite que, mesmo conhecendo o risco de seu comportamento, acredita estar no controle da situação, com base em sua expertise no emprego da arma. “A imprudência consciente se caracteriza, no nível intelectual, pela leviandade em relação a possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por confiar na ausência ou na evitação desse resultado, por força da habilidade, atenção, cuidado, etc. na realização concreta da ação” (Juarez Cirino dos Santos, *A Moderna Teoria do Fato Punível*, Editora Fórum, 2004, p. 71). Ocorre que as péssimas condições de segurança da boate não permitiam aos agentes confiar em outra coisa senão na sorte, pois os protagonistas não tinham nenhum controle concreto sobre o risco que criaram. Como diz Claus Roxin, “é preciso distinguir confiança de mera esperança” (Derecho Penal, parte general, t. 1, Editorial Civitas, p. 427). Anote-se, ainda, que o Direito Penal adota o princípio da excepcionalidade do crime culposo, na forma do parágrafo único do art. 18 do Código Penal, devendo-se partir do dolo como premissa. Assim, numa criteriosa análise técnica, conclui-se pelo dolo eventual, haja vista que, se não tinham controle do risco criado e nada em que confiar, os agentes agiram com indiferença, aceitando e, portanto, assumindo o risco de matar. Conforme orientação do grande inspirador do Código Penal brasileiro, Hans Welzel, “a vontade de realização (dolo) também pode referir-se a resultados que o autor não aprova internamente, senão ao contrário, desaprova e deplora” (Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, p. 83), ou seja, não se vai dizer que os autores quisessem destruir o próprio patrimônio e ceifar vidas, mas agiram de modo finalisticamente orientado a tanto, o que se mostra suficiente para embasar acusação por crime doloso. A Constituição Federal, ademais, garante a competência do Tribunal do Júri para crimes dolosos contra a vida, não cabendo aos técnicos afastar de plano a hipótese de homicídio doloso, usurpando indevidamente a soberania dos veredictos. Ou seja, a convicção do Ministério Público é de que a sociedade de Santa Maria, por seus representantes no Tribunal do Júri, recebeu da Carta Magna a missão de julgar o caso que ficou mundialmente conhecido como A Tragédia de Santa Maria. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL, 2012, grifo nosso).

O nosso estudo crítico agora, para motivos de organização, será separado em alíneas, e frisaré todas aquelas partes que não concordamos:

a) 1º Argumento: “Uma vez que houve previsão das mortes, cumpre também afastar a hipótese de culpa consciente, porque esta pressupõe a adoção de cautelas que permitam confiar, ainda que levemente, no controle do risco criado, como é o caso do atirador da elite que, mesmo conhecendo o risco de seu comportamento, acredita estar no controle da situação, com base em sua expertise no emprego da arma”: discordamos parcialmente desse argumento. Em primeiro lugar porque sua dicção afirma que a culpa consciente é afastada “porque esta pressupõe a adoção de cautelas que permitam confiar, ainda que levemente, no controle do risco criado”. Como vimos em linhas passadas, na culpa consciente o sujeito age por excesso de confiança, e, justamente por confiar absolutamente na não ocorrência do resultado, geralmente ele *não se acautela como deveria*. Aqui, como ele age sem hesitar, (já que o agente acredita sinceramente na não ocorrência do resultado), dificilmente se fala em tomar todos os devidos cuidados. Na verdade, a culpa consciente se opera de maneira oposta da que foi dita, sendo caracterizada muito mais pelo descuido do que pela cautela. Ou seja, o excesso de confiança é uma inclinação para que se aja descuidadamente e não o contrário. Esse é o caso, por exemplo, do motorista que acelera seu carro de maneira exacerbada acreditando sinceramente de que isso não resultará em dano. Se ele, por exemplo, não colocar o cinto de segurança, não se poderá argumentar que ele agiu com dolo eventual porque “ele não tomou a cautela devida (colocar o cinto de segurança) que permitiria que ele

confiasse na não ocorrência de um resultado (anulando equivocadamente a culpa consciente)”.<sup>14</sup>

Mas, claro, assumimos alguma validade dessa maneira de pensar sob a luz do exemplo dado, embora atestamos que o modo utilizado para explanar isso não foi dos melhores. Isso porque certo é que a culpa consciente sempre pressupõe um *requisito* que informe o excesso de confiança. Ou seja, este é o caso em que Mário acelera exageradamente seu carro *porque acredita que é um ótimo motorista*. Mário só tem o excesso de confiança por causa dessa crença. Mas o fato de Mário ter a crença de ser um ótimo motorista não é, ao nosso ver, uma “adoção de cautela”. É simplesmente um estado psíquico, um requisito, que permite justificar o excesso de confiança característico do instituto da culpa consciente. Ele não *adotou* o excesso de confiança, sendo que simplesmente o possuía.

Ademais, acreditamos que o exemplo dado não é dos mais felizes na justificação do caso da Boate Kiss. Nos dias atuais, há de se reconhecer que o uso de artifícios fogosos e de pirotécnica é cada vez mais recorrente em shows, seja em áreas abertas, seja em espaços fechados. Essa cultura está cada vez mais integrada nas neste tipo de ambientação. Nesse sentido, assim como, para usar do exemplo dado, o atirador de elite confia em sua “*expertise no emprego de armas*”, os membros da banda Gurizada Fandangueira e os sócios da boate, podem arguir, também confiavam em sua própria experiência prática, como também da situação do próprio contexto de época do qual habitamos.

Não estamos a afirmar aqui, de forma alguma, se eles estavam ou não atuando com excesso de confiança. Estamos apenas afirmando que tal é uma possibilidade que merece ser mais bem analisada. O fato de os fogos Sputnik, por exemplo, serem feitos para ambientes externos, o que estava exposto na embalagem do produto, é um argumento que nos informa que a confiabilidade dos indiciados (sobretudo dos membros da banda) poderia estar reduzida, atuando a favor da interpretação do dolo eventual. Mesmo assim, não é suficiente para um imperativo que implique boas fundações de certeza. Nesse sentido, devemos sempre respeitar o princípio da não-culpabilidade (presunção de inocência) e do Favor-rei.

b) 2º Argumento: “*Ocorre que as péssimas condições de segurança da boate não permitiam aos agentes confiar em outra coisa senão na sorte, pois os protagonistas não tinham nenhum controle concreto sobre o risco que criaram*”: a esse argumento remetemos duas críticas. Primeiramente, “controle sobre risco criado” não é pressuposto para imputar dolo eventual e culpa consciente, como trabalhamos anteriormente, já que em ambos os casos esse controle não existe. Em segundo lugar, apesar de se reconhecer as péssimas condições de segurança da boate, temos de assumir também a infeliz existência de um mal hábito social de não se perdurar a detalhes de segurança em um local. A título de exemplo, quando alguém vai ao cinema, dificilmente ela se preocupa de checar onde se encontra a saída de emergência, ou se o local é munido com o equipamento correto na ocorrência de um incêndio. Não se preocupam pois o ambiente passa uma imagem de segurança, a qual já é suficiente para acalmar o espírito. Tal situação, por óbvio, não foi diferente com a Boate Kiss. Não podemos admitir como pressuposto base que as vítimas e os membros da banda<sup>14</sup> aperceberiam a deficiência das luzes de emergência, a ausência de setas de sinalização, ou procurariam, em dia de festa, por uma saída de emergência em um local em que acederam para divertir-se. Não existe o costume social que suplante tal afirmativa, e, por isso, os membros da banda Gurizada Fandangueira dificilmente foram influenciados pela condição de segurança da Boate Kiss em seu agir. Ademais, o próprio fato de a boate ser dotada de reputação sólida até a data de tamanha catástrofe é um próprio pressuposto de confiança. Isto é, as pessoas acreditavam na própria tradição histórico-reputacional do ambiente. Fatores como esse mitigam qualquer pretensão de uma análise rígida sobre os elementos de segurança, o que nos mostra ainda mais que a culpa consciente não merece ser descartada sem melhor esquadramento do caso.

c) 3º Argumento: “*Anote-se, ainda, que o Direito Penal adota o princípio da excepcionalidade do crime culposo, na forma do parágrafo único do art. 18 do Código Penal, devendo-se partir do dolo como premissa. Assim, numa criteriosa análise técnica, conclui-se pelo dolo eventual, haja vista que, se não tinham controle do risco criado e nada em que confiar, os agentes agiram com indiferença, aceitando e, portanto, assumindo o risco de matar*”: as colocações postas aqui assustam. Afirmou-se, primeiramente, que o direito penal adota o princípio da excepcionalidade do crime culposo. Não vemos problema com isso. Contudo, a explicação dada de “dever partir do dolo como premissa” foi simplesmente por demais deturpada de sua orientação original. O que este princípio nos diz, basicamente, é que o dolo é a regra no tipo da norma penal incriminadora. Isso significa que toda conduta prevista é, via de regra, dolosa, sendo que a culpa, considerada exceção, deve ser colocada expressamente. Esse é o caso do art. 121 §3<sup>15</sup>, que prevê expressamente, por exemplo, a forma culposa do homicídio. Se alguém pratica culposamente a conduta descrita em um tipo penal doloso, este não se responsabilizará penalmente, pois certo é que, sob a luz desse princípio, sua conduta será atípica. Conclui-se disso que referido disposto afere que a excepcionalidade do crime culposo tangencia apenas a previsão do tipo penal. O Ministério Público afirmou que este princípio diz que entre dolo e culpa devemos sempre preferir o dolo, o que é crasso absurdo e contorcionismo conceitual. Ele diz respeito apenas ao tipo penal (doloso como regra) e não a uma suposta “preferência de dolo sobre culpa na aplicação”. Muito pelo contrário, tendo em vista os princípios da não-culpabilidade e do Favor-Rei, devemos sempre empregar o direito penal no sentido a beneficiar o sancionado e não o contrário. Preferir dolo à culpa implica em aquiescer que determinada pessoa é culpada sem que, antes,

14 Especificamente, este argumento só se volta para os membros da banda, já que dificilmente se pode reconhecer que os sócios donos não estariam a par da segurança estapafúrdia de seu próprio estabelecimento.

15 Art. 121 - Matar alguém: [...] § 3º Se o homicídio é culposo. Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

se prove o contrário. Ceder a esse entendimento é voltar à barbárie e entregar muito poder ao Estado. É, também, enfraquecer os próprios pilares que sustentam a estabilidade e segurança da sociedade.

d) 4º Argumento: “[...] ou seja, não se vai dizer que os autores quissem destruir o próprio patrimônio e ceifar vidas, mas agiram de modo finalisticamente orientado a tanto, o que se mostra suficiente para embasar acusação por crime doloso”. Por fim, com tudo que já foi exposto, é no mínimo questionável que os autores agiram de modo finalisticamente em direção a tamanha catástrofe. O embasamento da acusação sobre o dolo, por certo, merece um reexame.

## 7. CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto, auferese, do caso da Boate Kiss, que o dolo eventual foi vítima de uma aplicação altamente questionável, de forma a acalmar os nervos da massa abstrata que clama por justiça. Nisso, atestamos dois problemas principais, que agora repisamos frente a luz do caso estudado.

Em primeiro lugar, como já tivemos a oportunidade de frisar, aplicações como essa vêm ganhando cada vez mais espaço em razão do populismo penal e de movimentos como Tolerância Zero e Lei e Ordem. Essas correntes teóricas, que pregam por um direito penal máximo (*prima ratio*), ignoram a razão histórica de que a dura repressão nunca resolveu problema algum. Se fosse este o remédio da criminalidade, as cruéis penas dos suplícios já teriam “pacificado” a questão em trabalho. O mito do “super-direito” enquanto ferramenta máxima de paz social deve ser combatido. Em outras palavras, não se pode esperar que o direito penal resolva todos os problemas da sociedade, sob pena de mitigar o “agir bem pelo bem em si mesmo” (ética) ao invés do “agir bem pelo medo da sanção” (direito). Nesse sentido, a dura repressão dos indiciados sob a égide do dolo eventual não solucionará a questão. Em verdade, com isso só temos a perder, posto que nos encontramos a sacrificar a base científica e racional do direito, colocando o próprio corpo social em xeque.

Em segundo lugar, tendo em vista a própria denúncia do Ministério Público, o Habeas Corpus 92.257, do STF, é claro ao pronunciar que “faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente”. Assumir isso nada mais é do que adotar a concepção funcionalista-normativa-atributivista de dolo trabalhada, no que tangencia a nossa aplicação de dolo eventual. Como foi dito, não nos insurgimos contra essa ideia, tendo em vista que apresenta argumentos válidos para se resolver o problema da diferenciação do dolo eventual e da culpa consciente na prática. Contudo, essa corrente vem sendo utilizada para banalizar o dolo eventual tendo em vista apenas o dado objetivo do desvalor da ação ou do resultado. Isto é, embora se pode arguir ser o resultado um dado objetivo que sob a luz do dolo normativista deve ser analisado, ele não é o único deles. A imputação atributivista dolosa deve ser extraída do todo e não apenas de uma das partes que o compõem.

Sob a luz específica do caso estudado, o Ministério Público afirmou que pelo fato de os agentes não terem “controle sobre o risco criado”; de a boate estar em péssimas condições de segurança; e de os indiciados não serem dotados de “algo que lhes permitisse agir com confiança”; a imputação seria dolosa. Rebatemos cada um desses dados objetivos no tópico supra, afirmando, primeiramente, que o controle sobre o risco não serve como critério diferenciador entre dolo eventual e culpa consciente; que as péssimas condições da boate, tendo em vista os costumes sociais, podem não ter sido percebidas (pelo menos em relação aos membros da banda); e que o próprio contexto de mundo e experiência prática atuou como pressuposto de confiança necessário característico da culpa. Isto é, em um mundo em que o uso de apetrechos fogosos em casas de shows é comum, podemos falar na existência suficiente de um pressuposto de confiança. Assim, os critérios objetivos utilizados para a imputação dolosa são nebulosos, merecendo melhor análise.

Acreditamos, portanto, que não devemos mais banalizar o dolo eventual sob a defesa de causas populistas ou más interpretações de suas concepções normativas. Nesse contexto, se faz muito importante que obedeçamos aos princípios penais-constitucionais consagrados em um Estado Procedimental, como o da Legalidade Penal (especificamente o da taxatividade); da não-culpabilidade e do Favor-Rei. Essa é a única maneira de resguardarmos a nossa Constituição, a nossa sociedade, e de defender o corpo social da demagogia espúria e seus discursos estrambólicos.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Césare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. São Paulo: Hemus, 2000. 117p.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1. 745p.

BIZELLI, Rafael Ferreira. *Dolo eventual ou culpa consciente?* Uma questão de ordem penal-constitucional. 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8d55a249e6baa5c0>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

BRASIL. Código penal (1940). *Código penal*. In: ANGHER, Anne Joyce. *Vade mecum universitário de direito RIDEEL*. 15.ed. São Paulo: RIDEEL, 2012.

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

BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: *Modernas tendências sobre o dolo em direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 131p.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Revista de Filosofia Política*. Tradução de Loura Silveira. Porto Alegre, n.2, p.9-25, 1985.



- GAIO, André Moysés. O populismo punitivo no Brasil. *Revista Eletrônica de Ciências Sociais*, 12. ed. abr/jul. 2011. Disponível em: <<http://www.editoraufjf.com.br/revista/index.php/csonline/article/view/1168/947>>. Acesso em: 1 jul. 2013.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: teoria geral dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2005. v.4. 359p.
- GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/21954548/58725187/name/DOLO+SEM+VONTADE.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2013.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 427p.
- LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 336p.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O Direito Penal não resolve: sobre corrupção, leis e mídia*. 2012. Disponível em: <<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2012/12/1279-o-direito-penal-nao-resolve-sobre.html>>. Acesso em: 15 jul. 2013.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1. 429p.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1151p.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 393p.
- RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público Estadual. *Denúncia*. Rio Grande do Sul. 2012. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/areas/criminal/arquivos/denunciakiss.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2013.
- RIO GRANDE DO SUL. Polícia civil do Estado do Rio Grande do Sul. *Inquérito Policial*. Rio Grande do Sul. 2012. Disponível em: <[http://estaticog1.globo.com/2013/03/22/relatorio\\_kiss\\_definitivo.pdf](http://estaticog1.globo.com/2013/03/22/relatorio_kiss_definitivo.pdf)>. Acesso em: 5 jul. 2013.
- SILVA, Willian de Quadros da. *Um estudo teórico-prático do dolo eventual à luz da teoria finalista da ação*. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_2/william\\_silva.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_2/william_silva.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2013.
- TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 28, 1972.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 362p.
- VARGAS, José Cirilo de. *Dolo eventual e culpa consciente*, Belo Horizonte, n.55, jul/set. 2009. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/104>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

---

**Recebido em:** 09/11/2015

**Aprovado em:** 12/02/2016

---

# **REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO: uma análise sob a conjuntura atual dos trabalhadores urbanos**

## **REDUCTION TO THE CONDITION OF ANALOG TO SLAVE: An analysis on the current situation of urban workers**

ADÉLIA PROCÓPIO CAMILO <sup>1</sup>

ANA PAULA CARAM LUIZ <sup>2</sup>

RESUMO: O trabalho escravo existe desde os tempos remotos. A assinatura da Lei Áurea, em 13 de maio de 1888, aboliu formalmente a escravidão no Brasil. Entretanto, desde então, ainda há trabalhadores sujeitos a condições análogas às de escravo no país. O intuito do presente trabalho é demonstrar que tais práticas ainda estão presentes em nossa realidade, sobretudo, para os trabalhadores urbanos. A escravidão contemporânea está relacionada com a desigualdade, a herança cultural e a impunidade. Trabalhadores deixam suas cidades ou países de origem e aceitam propostas de trabalhos atraentes feitas por aliciadores, submetendo-se a práticas análogas à escravidão. Esse modo de exploração do trabalhador urbano é incentivado pelo sistema capitalista em que vivemos, ou seja, exclui quem tem a mão de obra como única fonte de renda e privilegia quem tem nas mãos o poder e a propriedade. De forma simplificada, verifica-se que, o trabalho em condição análoga à escravidão é tipificado penalmente diante de quatro procedimentos específicos: trabalhos forçados, jornadas exaustivas, condições degradantes de trabalho, restrição, por qualquer meio, da locomoção da vítima em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Pode-se constatar que há uma ampla proteção legal contra a escravidão contemporânea. Mas, ainda assim, mesmo com essas garantias asseguradas aos trabalhadores, ainda há enorme submissão dessas pessoas a condições de extrema miserabilidade.

Palavras-chave: Trabalho escravo. Escravidão Contemporânea. Trabalhador Urbano.

ABSTRACT: Slavery exists since remote times. The Aurea law signing in may 13, 1888, formally abolished slavery in Brazil. But, since then, there are workers who are still subjected to slave like conditions in the country. This study intention is to show off that those practices are still happening in our reality, above all, for urban workforce. The present-day slavery is related to the inequality, to cultural heritage and to impunity. The workers leave their cities or countries and accept attractive proposals made by recruiters, submitting themselves to slave like practices. This workforce exploration is incentivized by the capitalist system we live in, that excludes people who only have their manpower as income and privileges the ones who have power and property. In a simplified way, we can see that, the slave-like work is criminally typified against for specific procedures: forced work, exhaustive journeys, degrading work conditions and restriction, by any modal, to the victim locomotion due to any debt contracted from the employer or supervisor. It can be noted that, there is a wide legal protection against contemporary slavery. But, even so, with all those insurances granted to the workers, there is an huge submission from those people to extreme miserableness conditions.

Keywords: Slavery. Present-day Slavery. Urban Workforce.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela PUC Minas. Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. E-mail: adeliaprocopio@gmail.com

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

## 1. INTRODUÇÃO

O trabalho que ora se desenvolve é apresentado ao Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva e abordará o tema da Redução do Trabalho a Condição Análoga à de Escravo, sob uma análise da conjuntura atual dos trabalhadores urbanos.

A condição de trabalho análogo à escravidão mesmo sendo considerada crime desde 1940 continua muito intenso até os dias de hoje. Esse fenômeno, no que diz respeito ao trabalhador urbano, tem abordagem um pouco recente, pois, durante um longo período, essa situação no Brasil era vista como algo exclusivo do meio rural. Não obstante, pesquisas recentes identificaram que mais de 50% (cinquenta por cento) destes trabalhadores submetidos a essas condições se encontram nas cidades. Esse número mostra que o crescimento significativo do uso de mão de obra equivalente à escravidão para os trabalhadores urbanos tem se intensificado, o que justifica o presente estudo.

Sendo assim, pergunta-se: como combater novamente a escravidão em um cenário brasileiro mais moderno, sob a conjuntura atual do trabalho urbano?

Diante dos temas a serem abordados, pode-se dizer que o objetivo geral do trabalho é demonstrar que, mesmo após tantos anos da abolição da escravidão, com a assinatura da Lei Áurea, infelizmente ainda existe essa mazela, em uma forma contemporânea, em várias regiões do país.

Assim, o presente estudo tem como finalidade levar ao conhecimento do maior número de pessoas a existência das formas atuais de escravidão de trabalho urbano, de forma a preveni-las, bem como ressaltar os aspectos determinantes dessa relação de trabalho e, sobretudo, debater formas para sua erradicação para que possamos exigir dos nossos representantes políticos interesse e atenção para estes trabalhadores.

A erradicação desse tipo de exploração, portanto, depende de um empenho integrado que envolva a repressão simultânea dessas causas. Faz-se necessário, como estratégias para combater o trabalho escravo contemporâneo, fortalecer os mecanismos para cumprimento efetivo da Lei, dissuadir os prováveis infratores, combater a demanda de trabalho forçado e diminuir a vulnerabilidade das potenciais vítimas do trabalho.

Este trabalho irá discorrer sobre a história da escravidão no Brasil, a abolição, o trabalho escravo contemporâneo, os conceitos atuais, o direito à liberdade e a dignidade da pessoa humana, como forma de proteção aos direitos fundamentais do trabalhador, aspectos legais sob o ponto de vista jurídico, condições de ocorrência da escravidão urbana e sobre as medidas políticas e preventivas adotadas.

Para isso serão apresentados e estudados conceitos e aspectos legais, bem como análise de doutrinas, periódicos, jornais, revistas, trabalhos acadêmicos, decisões jurisprudenciais e demais fontes sobre o assunto de forma a elucidar a compreensão da temática proposta.

## 2. HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO NO MUNDO E A EVOLUÇÃO DA ESCRAVIDÃO

É sabido que o labor é inerente ao ser humano. As relações de trabalho existem desde a Pré-História e tiveram início com a busca pelo homem primitivo de formas a satisfazer suas necessidades por meio da caça, da pesca, da procura por abrigos e de formas de se defender. (CASTRO, 2014).

A partir do momento em que o homem começou a agrupar-se em tribos iniciaram-se as lutas pelo domínio e pelo poder e os vencedores passaram a escravizar os adversários com o objetivo de explorar a sua força de trabalho. E assim a escravidão atingiu seu ápice na antiguidade, segundo Melo (2010). Durante este período, a relação do senhor para com o seu escravo era relacionada como uma mercadoria; não havia remuneração nem jornadas predefinidas.

No feudalismo, segundo Castro (2014) havia o regime da servidão e as mesmas condições de exploração eram encontradas; no entanto, os senhores feudais ofereciam proteção política e militar em troca do serviço aos seus servos.

Ainda segundo o mesmo autor, a idade média caracterizou-se pelas corporações de ofício que monopolizaram a produção manufatureira quando os escravos eram subordinados aos mestres. Nesse período, o trabalhador começou a ser caracterizado como uma pessoa, apesar de seus direitos subjetivos serem muito restritos. Além disso, as jornadas ultrapassavam 18 horas diárias de trabalho, exploração de crianças e mulheres e condições de trabalho insalubres e perigosas.

No ano de 1789 com o advento da Revolução Francesa, as corporações de ofício foram suprimidas por serem, segundo o ideal da época, conflitantes com o ideal de liberdade individual. A burguesia, então, ascendeu ao poder e ao Estado coube apenas a função de manter as ordens social e política (MELO, 2010).

Em meados do século XVIII, iniciava-se na Inglaterra a Revolução Industrial a qual se expandiu para o mundo a partir do século XIX. Tal movimento alterou de modo significativo as relações sociais e econômicas no meio urbano bem como as condições de vida dos trabalhadores. Houve substituição da mão-de-obra escrava humana pela assalariada, com o objetivo de ampliar e acelerar a produção e estabelecer um mercado consumidor. Entretanto tal mudança provocou um intenso deslocamento do campo para a cidade, o que gerou grandes concentrações populacionais, excesso de mão-de-obra e desemprego, situação essa que trouxe aos trabalhadores péssimas condições de trabalho caracterizadas por salários baixíssimos, exploração do trabalho feminino e infantil. Assim, pode-se dizer que a Revolução foi "precursora do sistema capitalista, baseado no liberalismo econômico e numa economia de mercado." (MELO, 2010, p.28).

Com base neste cenário e como reação a essas situações adversas, nasce o Direito do Trabalho, pois os operários começaram a se reunir, por meio de sindicatos, com o objetivo de reivindicar melhorias nas condições laborais. Em consequência, o Estado deixando o seu estado de abstenção, começa a intervir nas relações de trabalho objetivando a proteção do trabalhador por intermédio de legislação proibitiva de abusos por parte do empregador. Somado a esse fato a doutrina social da Igreja Católica, principalmente com a edição da

Encíclica *Rerum Novarum*, pelo Papa Leão XIII em 15 de maio de 1891, reforçou essas modificações sociais, pois determinava aos católicos a preservação da dignidade do trabalhador e censurava a exploração do trabalho das crianças e das mulheres (GARCIA, 2012).

Após a Primeira Guerra Mundial, com o *Constitucionalismo Social*, foram inseridas nas Constituições dispositivos relacionados à defesa de interesses sociais com a garantia de direitos trabalhistas. Seu marco inicial foi a Constituição do México de 1917, caracterizada como a primeira constituição mundial a proteger o direito dos trabalhadores, e a Constituição de Weimar na Alemanha em 1919, trazendo em suas disposições os direitos trabalhistas. Ainda em 1919, houve a criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, prevista pelo Tratado de Versalhes. (CASTRO, 2014).

Posteriormente à Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945), ocorreu a criação das Organizações das Nações Unidas – ONU, e em 1946, concretizou-se a vinculação da OIT à ONU, como instituição especializada em questões atinentes à regulamentação internacional do Trabalho (GARCIA, 2012).

## 2.1. História do Direito do Trabalho no Brasil

Sem desconsiderar a importância do período escravista para a discussão acerca da escravidão contemporânea, entende-se, no entanto que abordar brevemente o período histórico após a abolição da escravatura pode trazer à baila aspectos relevantes como servidão em razão de dívidas e o uso constante da violência na viabilização da exploração, presentes no período que sucede à abolição da escravidão no Brasil.

As modificações e os fatos históricos ocorridos na Europa, dentre outros eventos como o surgimento de leis de proteção ao trabalho, as lutas e reivindicações por melhorias no exercício da atividade laboral, tiveram forte influência no surgimento de normas trabalhistas no país. (GARCIA, 2012).

No decorrer da história brasileira foram grandes as conquistas e o valor dado ao trabalho. Destaca-se, dentre outros avanços, a Constituição Federal de 1934, considerada como a primeira constituição brasileira a tratar de normas específicas de Direito do Trabalho. Ressalta-se também em 1943, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452 a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) durante o governo de Getúlio Vargas. E em 1988, a “Assembleia Constituinte aprovou uma nova Constituição, nela inserido o valor social do trabalho como um princípio a ser assegurado e valorizado, resgatando de sobremaneira a dignidade da pessoa humana”. (CASTRO, 2012).

## 3. ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA

A dificuldade na conceituação do termo “trabalho escravo contemporâneo” se deve ao fato de ter, a superexploração atual do trabalho, natureza diferente daquela vigente no período colonial e imperial, “mas igualmente desumana”. (CRISTO, 2008, p.61).

Essa terminologia reflete um processo de construção que se relaciona com fatores históricos, sociais e políticos, portanto, não se está diante de um conceito estanque. Ao contrário, busca-se através de uma analogia a expressão de uma situação extrema de exploração - que tem pontos em comum com a escravidão colonial vigente no Brasil por quase quatrocentos anos - trata-se de escravidão extralegal, antijurídica, temporária, inserida num sistema de produção capitalista “que, em certas ocasiões, utiliza de meios como a violência e a coerção moral de forma que o trabalhador se torne cativo temporariamente com o objetivo de se extrair um excedente econômico”. (CRISTO, 2008, p.61).

Em 7 de dezembro de 1940 já era previsto, no Decreto-lei 2848, a figura delitiva de redução a condição análoga à de escravo, a qual segundo Masson (2013), era um tipo penal excessivamente aberto, impreciso e vago. A situação foi alterada com o advento da Lei 10.803 de 11 de dezembro de 2003, a qual passou a ter a seguinte redação:

### Redução a condição análoga à de escravo

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;  
II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem

[...]. (BRASIL, 2003).

Fica claro que não mais se exige o tratamento do ser humano como antes (pessoas acorrentadas e sujeitas a chibatadas, morando na senzala, etc.). O objetivo dessa reforma foi estabelecer as conjecturas em que se configura a condição análoga à de escravo, tanto nas modalidades do caput como nas formas equiparadas do § 1º. (MASSON, 2013).

### 3.1. Escravidão Urbana

Durante muitos anos no Brasil, a principal abordagem sobre as condições de trabalho análogas à escravidão se dava em relação ao meio rural. Entretanto, recentemente muito tem se falado dessa atuação nos centros urbanos (CRISTOVA;GOLDSCHMIDT, 2012).

Segundo o chefe da Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo (DETRAE) do MTE, Alexandre Lyra, em entrevista para a BBC Brasil, 2015, “no ano de 2013 foram identificados mais trabalhadores resgatados no meio urbano do que no rural”.

Segundo Nadais (2012), analisando de forma concisa o capitalismo e seus efeitos às relações de trabalho, assim como outros elementos a ele conexos, como a globalização, a exacerbação da concorrência entre as empresas e conseqüentemente, a busca da redução de despesas, resultaram em algumas práticas extremamente lesivas ao trabalhador, sendo a principal delas o trabalho escravo urbano.

Ainda segundo o mesmo autor, essa modalidade de trabalho análogo a escravo, em meio urbano, apresenta três características relevantes, previstos no art. 3º, § 1º da Instrução Normativa 91/2011, do Ministério do Trabalho e Emprego:

- a) trabalho degradante, o fulcro da caracterização é o desrespeito aos direitos trabalhistas e de medicina do trabalho pela inexistência de: equipamentos de proteção, salário adicional de jornada extraordinária, de insalubridade ou de periculosidade, boas condições de higiene.
- b) exploração do trabalhador, que é semelhante ao trabalho degradante, mas se caracteriza pela situação em que o empregado é submetido a jornadas de trabalho intermináveis, sem folgas semanais, sem registro na CTPS ou qualquer garantia trabalhista básica assegurada. Desse modo, muitas vezes o trabalho além de degradante é também de exploração.
- c) trabalho forçado que se caracteriza pela falta de liberdade de ir e vir do trabalhador. Assim, muitas vezes um trabalho degradante (indigno, mas com liberdade) passa, também, a ser um trabalho forçado; assim o trabalhador por meio de coações passa a estar preso ao trabalho. (NADAIS, 2012, p. 3).

As grandes empresas, visando o crescimento econômico, têm sonegado direitos trabalhistas com objetivo de aumentar o lucro e promover concorrência desleal. Essas medidas adotadas pelos empregadores denominam-se “dumping social”, que é um ato lesivo aos direitos dos trabalhadores porque desvaloriza a mão de obra do operário para obtenção de lucros. (MARTINS;KEMPFER, 2013)

A redução da condição análoga à escravidão dos trabalhadores significa transformar a vítima em um “objeto”, que não possui desejo e personalidade. O trabalhador carece de um meio de sustento e o empregador aproveita da situação para submeter seu poder sobre àquele, fazendo com que ele trabalhe em condições desumanas e degradantes, que ferem a dignidade da pessoa (Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo – MTE).

A ocorrência da escravidão urbana, segundo Cristova e Goldschmidt (2012), tem relação tanto com o tráfico interno de pessoas, que são aliciadas principalmente nas regiões nordeste e norte do Brasil em busca de melhor qualidade de vida, e levadas para as grandes metrópoles, bem como a imigração de estrangeiros da América Latina para o Brasil, que são aliciados para laborar como empregados especialmente em fábricas de confecção de roupas.

Independente da forma de aliciamento, privados do consumo e em busca de integrar-se ao mercado de trabalho, ainda que em situações extremas, esses trabalhadores, segundo Nadais (2012), são levados a aceitar situações desumanas, que atentam à sua dignidade e integridade física.

O tráfico interno de pessoas se inicia por meio de uma proposta de trabalho, com promessa de garantia emprego, de bons salários, de assistência médica e transporte feita pelos chamados “gatos”, que se apresentam às pessoas desempregadas, carentes de ensino e sem perspectiva de futuro. Esta proposta se demonstra atraente, quando se tem em vista a falta de recursos, oportunidades de necessidade de renda para o próprio sustento bem como para o sustento dessas famílias (ROSA, 2013).

Ainda conforme esse mesmo autor, a grande maioria vai de forma espontânea. No entanto, quando chegam ao local de trabalho, os trabalhadores deparam-se com situações totalmente opostas daquela prometida pelo aliciador, tendo seus documentos retidos e permanecendo em condições degradantes de sobrevivência e horas exaustivas de trabalho. Segundo Costa (2010), o trabalhador fica proibido de deixar o trabalho sob a argumentação de que possui dívidas a pagar, dívidas estas que nunca serão extintas. O obreiro é permanentemente vigiado pelo aliciador; e ao tentar fugir ou reclamar, é submetido a torturas e maus-tratos.

Esse tipo de aliciamento de trabalhadores escravizados, segundo Costa (2010), guarda grande semelhança com o tráfico de pessoas, definido segundo o Protocolo de Palermo. O referido Protocolo é uma legislação internacional ratificada pelo Brasil em 2004 pelo Decreto nº 5.017 e oficialmente conhecido como “Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças”.

**Artigo 3 – Definições:** A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força e outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamento ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão, ou a remoção de órgãos. (BRASIL, 2004).

Além disso, o aliciamento de trabalhadores de acordo com a legislação brasileira é previsto no Código Penal Brasileiro, art. 207:

**Artigo 207.** Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional: Pena

– detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa. §1º Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições de seu retorno ao local de origem. §2º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental. (BRASIL, 1940).

De forma semelhante ao tráfico interno de pessoas, ocorrem com os estrangeiros que saem de seu país na busca de oportunidades e o Brasil com o aquecimento do mercado consumidor interno e o aumento da demanda por mão-de-obra, torna-se um local atrativo a esses estrangeiros, os quais encaram a permanência irregular com a probabilidade de serem deportados e permanecem desprovidos das garantias legais para reivindicar seus direitos. (MARTINS; KEMPFFER, 2013).

Conforme o Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo – MTE (2011), “desde os anos 90 essa instituição tem recebido denúncias de violência no ambiente de trabalho relacionadas com o fluxo migratório irregular de trabalhadores estrangeiros. E essas acusações têm sido crescentes nos últimos anos. De forma genérica tais denúncias dizem respeito ao trabalho forçado, servidão por dívida, maus tratos, condições precárias de segurança e saúde, assédio moral e sexual, espancamentos, jornadas de mais de 16 horas de trabalho, sem folgas semanais, sem registro na CTPS ou qualquer garantia trabalhista básica, dentre outras violações aos direitos humanos”.

A forma de aliciamento desses imigrantes é feita por uma cadeia produtiva, uma vez que o trabalho realizado é feito por empresas prepostas ou terceirizadas. Nesse sentido são contratações muito interessantes aos empresários que veem nesses tipos de contratos a probabilidade de lucro com mão de obra barata e redução dos custos da produção. Assim ocorre a terceirização dos serviços como forma de transferência da responsabilidade da prática da exploração para aquela empresa interposta e estas corporações na maioria das vezes servem como ‘fachada’ e muitas delas nem mesmo possuem personificação. (Nadais, 2012) A imigração de estrangeiros da América Latina para o Brasil se dá pelo aliciamento dos empregados em seus países de origem para laborar especialmente em fábricas de confecção de roupas e ingressam irregularmente no país com promessas de bons salários.

[...] passam a trabalhar, sem qualquer reconhecimento do seu trabalho, para proprietários de oficinas de costuras onde residem em condições degradantes, recebendo alimentação insuficiente e ao final do mês, após o pagamento das despesas que lhes são apresentadas pela moradia e alimentação, nada lhes resta, a não ser continuar a trabalhar sob a ameaça de expulsão do país, por meio de denúncias às autoridades competentes. (CARLOS, 2006, p. 267).

A exemplo de empresas que já se beneficiaram do trabalho escravo existem grandes corporações como, por exemplo, Marisa, Pernambucanas, C&A, Zara, Collins e Gregory que, já estiveram com seus nomes inseridos na Lista Suja emitida pelo Ministério do Trabalho e Emprego. (AYRES, 2012).

A forma mais comum de escravidão contemporânea no meio urbano e que está relacionada aos imigrantes irregulares no Brasil é feita pelo sistema chamado “sweating system”. (CRISTOVA; GOLDSCHMIDT, 2012)

O “sweating system” é um sistema no qual os locais de trabalho confundem-se com as residências, onde os trabalhadores submetem-se a condições abusivas, com jornadas de trabalho exaustivas e extensas, recebendo salários miseráveis, e com condições de saúde e segurança extremamente precárias ou muitas vezes inexistentes. (MARTINS; KEMPFFER, 2013).

Os imigrantes vivem nas próprias oficinas e, assim, o local de trabalho e o local de moradia são literalmente o mesmo. Quando param de trabalhar, por volta da meia-noite, 1 hora, os trabalhadores estendem os colchonetes no chão e dormem, ali mesmo, ao lado das máquinas. Quando levantam, ao redor das 5 horas, enrolam os colchonetes, os colocam em um canto e recomeçam o trabalho. (ROSSI, 2005, p. 23)

As empresas, por esse meio de subcontratação, conseguem escapar das responsabilidades trabalhistas e fiscais, que sugerem fraude ao contrato de trabalho. E os trabalhadores, por desconhecerem as leis do país e devido à falta de documentação se sujeitam à informalidade do trabalho. (CRISTOVA; GOLDSCHMIDT, 2012).

Os locais em que mais ocorrem o “sweating system” são nos setores têxtil, de vestuários e calçados. O trabalho forçado e a escravidão por dívidas muitas vezes estão conexos a este sistema. (MARTINS; KEMPFFER, 2013).

As grandes empresas varejistas participam dessa forma de exploração, para produzir o ritmo alucinante da moda para consumo rápido, o que ocasiona um aumento da concorrência entre as oficinas de costura e rebaixa os preços a um grau insustentável para a maioria delas. No entanto, esse aumento da concorrência não condiz com uma melhoria do produto, mas sim, a um avanço da precarização. (MARTINS; KEMPFFER, 2013).

Segundo o Manual do MTE que trata do Trabalho Escravo no Brasil em Retrospectiva:

Nas oficinas de costura são encontrados diversos trabalhadores migrantes, em sua maioria vindos de países como Paraguai, Bolívia e Peru, que trabalham por mais de 14 horas diárias para ganhar valores próximos ao salário mínimo, ou mesmo abaixo deste, e sem as mais básicas condições de segurança e saúde. Na maioria das vezes, para chegar ao Brasil, esses trabalhadores acabam contraindo dívidas que são descontadas dos salários já baixos, acarretando situações de servidão e de restrição da liberdade de locomoção, por dívida. Essa situação se agrava em

virtude do desconhecimento das leis nacionais e da falta dos documentos brasileiros, já que a maior parte dessa migração se dá informalmente, sem o controle das autoridades de fronteira. Não é raro acontecerem agressões físicas e morais, ameaças e outras vulnerações de direitos humanos. (BRASÍLIA, 2012)

A autora Camila Lins Rossi (2005, p.23) descreve em seus estudos como é a rotina nas oficinas de costura:

As oficinas, segundo contam os imigrantes, funcionam em porões ou em locais escondidos, porque a maior parte delas é ilegal e não tem permissão para funcionar regularmente. Por isso, para que os vizinhos não percebam, para não levantar suspeitas da polícia, para evitar que a confecção seja descoberta e denunciada, as máquinas funcionam em lugares fechados, onde o ar não circula e a luz do dia não entra. Para camuflar o barulho dos motores, música boliviana toca o tempo todo. De acordo com os relatos, os cômodos são divididos por paredes de compensado, uma estratégia para que os trabalhadores fiquem virados para a parede, sem condições de ver e relacionar-se com o companheiro que trabalha ao lado. Isso e também a música alta evitam que os trabalhadores conversem e discutam sua situação, que busquem alternativas para reivindicar melhores condições.

Ainda em suas pesquisas, Camila Lins Rossi (2005, p. 23) relata, conforme narrativa dos imigrantes, que durante a ausência do empregador, o mesmo trancava a porta por fora privando os trabalhadores de sua liberdade, de forma a não deixarem o serviço. Além disso, em diversas oficinas eram encontradas fiações expostas, que traziam sérios riscos de explosões e choques, comprometendo a segurança destes operários. Já com relação à alimentação, ela era fornecida pelo dono da oficina. Correspondiam a 3 refeições no dia – café da manhã, almoço e jantar, cada uma com duração de 20 minutos somente – e, como agravante, o valor era descontado do salário a receber, assim como luz, água e moradia.

No entanto, a redução da condição análoga à escravidão dos trabalhadores fundamenta-se principalmente na exclusão social e na miséria das pessoas de tal forma que afronta não somente os direitos trabalhistas, mas principalmente a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. (MELO, 2010).

A dignidade deve ser considerada como uma característica essencial ao ser humano, uma qualidade própria, que o faz digno de um ínfimo de direitos. Pois, quando tipificado o crime de redução à condição análoga à de escravo, é sua existência digna que é violada, já que ocorre um desrespeito a esse atributo do ser humano, que é tratado como coisa. (FILHO, 2012).

No entanto, em um país onde até pouco tempo havia o trabalho escravo e que até o momento atual ainda existem trabalhadores em situação semelhante à escravidão, respeitar os direitos trabalhistas é dar ao ser humano a dignidade necessária à sua sobrevivência.

#### **4. PROTEÇÃO LEGAL**

Contudo, além do que prevê o Código penal, o arcabouço jurídico que ampara a proteção contra o trabalho escravo contemporâneo encontra-se munido de diplomas legais tais como a Constituição Federal, a qual protege a dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho, bem como a proibição de tratamento desumano ou degradante. Já no âmbito infraconstitucional, a Consolidação das Leis do Trabalho tem a finalidade de restringir e punir os empregadores que por acaso venham violar as condições dignas de trabalho e, portanto, submeter seus empregados às condições precárias. Destaca-se também dentre as várias convenções, tratados e diretrizes internacionais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que, em seu artigo 4º, determina: “ninguém será mantido em escravidão ou em servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas”.

Verifica-se, portanto, uma ampla proteção legal contra as condições de trabalho análogas à escravidão e a responsabilização quando flagrada tal situação se dá, além da persecução criminal, mas também na esfera administrativa com a aplicação de multas pelo MTE ao empregador que fica ainda impossibilitado de contrair empréstimos em instituições financeiras, dentre outros; e ainda a responsabilização trabalhista com indenizações por danos morais e/ou coletivos, pois a gravidade da conduta é considerada uma ofensa à toda coletividade.

A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho são fundamentais em uma relação trabalhista e por isso devem ser observados não apenas pelas partes desse contrato, mas fiscalizada pelo Estado que tem o dever de punir o desrespeito e as violações que porventura forem praticados.

#### **5. MEDIDAS PROTETIVAS**

As primeiras denúncias de trabalho escravo no Brasil ocorreram nas décadas de 60 e 70, quando o país vivenciou a expansão agrária, o aumento da concentração de terras, desmatamento e atração de trabalhadores para a Amazônia brasileira, o que em pouco tempo revelou-se fonte de aliciamento ao trabalho escravo. (ROCHA; BRANDÃO, 2013).

Em 1975 foi criada a Comissão Pastoral da Terra – CPT, que passou a divulgar relatos de histórias de sofrimento físico e psicológico a que eram sujeitos os trabalhadores rurais do Brasil, bem como de suas restrições de liberdade. (OIT, 2006).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o fim da censura, as denúncias contra o trabalho escravo passaram a despertar o grande interesse da mídia. (ROCHA; BRANDÃO, 2013). Foi o que ocorreu em 1983, quando a CPT denunciou a empresa multinacional

Volkswagen por terem sido encontrados trabalhadores escravos em uma de suas fazendas, na Amazônia.

Não obstante, iniciativas públicas voltadas para o combate ao trabalho escravo somente começaram a serem construídas na década de 1990.

O Governo Federal brasileiro, em 1995, assumiu a existência do trabalho escravo diante do país e da OIT. Tornando-se assim um dos primeiros países do mundo a reconhecer oficialmente a escravidão contemporânea. Neste ano foram criadas estruturas governamentais para o combate a esse crime, especialmente o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (Gertraf) e o Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), coordenado pelo Ministério do Trabalho e Emprego. (OIT, 2006.)

Em setembro de 2002 foi estabelecida a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – CONAETE, no âmbito do Ministério Público do Trabalho, com o objetivo de promover uma ação articulada do órgão voltada para o controle do trabalho forçado em suas diversas formas. (MTE, 2012).

No ano seguinte, o então presidente, Luiz Inácio Lula da Silva, instituiu o Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo e fundou a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – Conatrae. Durante a solenidade de criação desta instituição, o Governo Brasileiro assinou um acordo de solução amistosa assumindo sua responsabilidade internacional pela violação dos direitos humanos, no incidente conhecido como “Caso José Pereira”. (COSTA, 2010).

O desenvolvimento de todas essas ações e atividades contra o trabalho escravo prosseguiu com a Campanha Nacional de Comunicação na Câmara dos Deputados:

Esse projeto, coordenado pela OIT busca promover a atuação integrada entre todas as instituições nacionais que defendem os direitos humanos e apoia a articulação de esforços entre organizações governamentais e não governamentais nos âmbitos federal, estadual e municipal. Estimula-se a discussão do problema nos Estados onde é maior a incidência de trabalho escravo, seja na utilização dessa mão-de-obra de forma ilegal, seja no aliciamento de trabalhadores. (OIT, 2006).

A criação da chamada “lista suja”, foi uma iniciativa importante adotada nesta luta contra o trabalho escravo. O Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, em outubro de 2004, instituiu o “Cadastro de Empregadores que mantêm trabalhadores em condições análogas à de escravo”, contendo o nome de pessoas físicas e jurídicas pegadas em flagrante pela fiscalização. O resultado desse trabalho foi o Pacto Nacional pela Erradicação ao Trabalho Escravo, assinado em maio de 2005.

Embora, em dezembro de 2014, a “lista suja” do trabalho escravo tenha sido suspensa durante três meses por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal (STF), a pedido da Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (Abrainc), o governo federal anunciou no dia 31 de março de 2015 a edição de uma nova portaria interministerial que recria esse cadastro de empregadores que mantêm trabalhadores em condições análogas à de escravo.

A nova lista revelará, com base na Lei de Acesso à Informação (LAI), de 2011, cerca de 400 nomes de empregadores que foram flagrados por auditores fiscais usando trabalho análogo à escravidão e que tiveram suas infrações confirmadas pelo MTE desde dezembro de 2012. (COSTA, 2015).

No dia 06/06/2014, foi publicada no Diário Oficial da União (DO-U), alterando a redação do artigo 243 da Constituição Federal, a Emenda Constitucional 81/2014, que determina que o proprietário de imóvel urbano ou rural que utilizar da exploração de trabalho escravo estará sujeito a ter seu imóvel expropriado.

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. (BRASIL, 1988).

## 6. BREVE ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Os órgãos jurisdicionais, por intermédio de seus julgados, buscam a repressão ao trabalho escravo, seja pela imposição de indenizações relativas à reparação civil, seja pela aplicação da sanção constante no Código Penal.

É o que se pode observar nos julgados abaixo:

LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. RESTRIÇÃO. DANO MORAL. A prática adotada pela ré, em trancar os empregados dentro do estabelecimento, fere o direito de livre locomoção, garantido constitucionalmente (artigo 5º, XV, da CRFB), pois a abertura das travas para a saída da loja causaria o acionamento policial e da central de vigilância. A ré abusa de seu poder diretivo, ao adotar medida de proteção de seu patrimônio em detrimento da segurança e da liberdade de seus empregados, sem qualquer



razoabilidade. Assim, como ato ilícito, na forma de abuso de direito (artigo 187, do Código Civil). O dano moral se caracteriza in re ipsa, não é necessária a prova do dano psíquico, temporário ou permanente, pois afeta psicologicamente qualquer ser humano a sensação de confinamento, independentemente do espaço em que ocorre. Contudo, entendo que a indenização pecuniária, no valor que foi arbitrado, é suficiente a reparar a extensão do dano sofrido pelo autor, que não lhe causou sequelas psíquicas e foi limitado no tempo. É importante, porém, cuidar dos que ainda se encontram nesta situação, pelo que se determina a expedição de ofício ao Ministério Público do Trabalho e à Delegacia Regional do Trabalho, com cópia integral dos presentes autos, para apurar se a conduta da reclamada configura infração penal ou à legislação trabalhistas de proteção do trabalhador. (TRT 1ªR; RO nº0001125-15.2011.5.01.0244; Rel. Des. Vólia Bomfim Cassar, D.E. 02/04/2014).

#### CONDIÇÕES DE TRABALHO AVILTANTES. DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES PATRONAIS. AFRONTA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Restando patente que as demandadas, além de não arcarem com suas obrigações legais, ainda submetiam seus empregados a condições aviltantes cárcere decorrente da falta de pagamento de salário, fome, submissão, ameaças e humilhações, torna-se imperiosa a reforma do julgado originário, a fim de responsabilizá-las solidariamente pela satisfação dos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários, sem eximi-las de indenizar os obreiros pelos danos morais sofridos. (TRT, RO nº 28325/2003-008-11-00 Nº 4068/2004 Rel. Des. Solange Maria Santiago Morais, D.E 10/09/2004).

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO. COMPROVAÇÃO. Restando a materialidade e a autoria dos fatos, bem como o dolo do agente, adequada e suficientemente comprovados por elementos de convicção produzidos no âmbito da instrução judicial, sob o crivo do contraditório, resta mantida a condenação do réu pela prática de redução do trabalhador à condição análoga à de escravo, nos termos do art. 149, § 2º, I, do Código Penal. (TRF-4, ACR nº50007732320114047211/SC, 5000773-23.2011.404.7211, Rel: Sebastião Ogê Muniz, D.E. 27/05/2014).

Em decisão do publicada em 2012, o STF adota, inclusive, o entendimento, de que não é necessária a coação física da liberdade para a configuração do tipo penal de redução à condição análoga à de escravo, já que o bem maior a ser protegido é a dignidade da pessoa humana.

PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO. ESCRAVIDÃO MODERNA. DESNECESSIDADE DE COAÇÃO DIRETA CONTRA A LIBERDADE DE IR E VIR. DENÚNCIA RECEBIDA. Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima “a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva” ou “a condições degradantes de trabalho”, condutas alternativas previstas no tipo penal. A “escravidão moderna” é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”. Não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo. Se a violação aos direitos do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho, é possível, em tese, o enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal, pois os trabalhadores estão recebendo o tratamento análogo ao de escravos, sendo privados de sua liberdade e de sua dignidade. Denúncia recebida pela presença dos requisitos legais. (Inquérito nº3.412/AI, Rel. p/ o Acórdão: Min. Rosa Weber Brasil, 16/11/2012).

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação brasileira proíbe a submissão de pessoas em condições análogas à de escravos. Entretanto, o que se observa nos dias atuais, é que a problemática ainda está presente e há práticas reiteradas de tal situação.

Todas as formas de escravidão contemporânea no Brasil são clandestinas, inclusive dos trabalhadores urbanos, entretanto é difícil o combate tendo em vista a grande extensão territorial do país.

Apesar de o Brasil já ter ultrapassado uma década de combate a esse crime, conforme prevê a OIT (Organização Internacional do Trabalho), ainda há aspectos desconhecidos do problema e também há muito por fazer, principalmente em relação à reinserção no mercado de trabalho dos resgatados da condição de escravidão e à busca de novos mecanismos que quebrem o ciclo de impunidade de forma a erradicar a prática da exploração de trabalhadores.

Do mesmo modo, espera-se que o Poder Judiciário opere de forma severa, aplicando a legislação pertinente contra aqueles que a desrespeitam. Bem como, ao Poder Executivo compete uma maior fiscalização em todo o Brasil, principalmente nos centros urbanos onde atualmente existe uma maior incidência da prática de trabalho em condições análogas à escravidão.

Ainda que o governo Federal tenha demonstrado grande preocupação com a redução do trabalho escravo no Brasil contemporâneo, falta uma política pública eficaz para erradicação do mesmo que envolva simultaneamente a prevenção e repressão.

Por fim, vale ressaltar que são necessárias ações conjuntas tanto dos órgãos governamentais como da sociedade, atuando de forma preventiva e punitiva, para combater e erradicar esta condição degradante que ainda assola muitos trabalhadores.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Henrique de. Mecanismos de combate ao "trabalho escravo contemporâneo. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11299](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11299)>. Acesso em: 02 jan. 2015.

ALMEIDA, André Henrique de. Condições análogas a escravo normatização e efetividade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2881, 22 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19167>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

AYRES, Marcela. Como Zara e 5 grifes reagiram à acusação de trabalho escravo. *Exame*, São Paulo, 23 jul 2012. Negócios. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/gestao/noticias/o-que-a-zara-e-5-grifes-fazem-mesmo-com-o-trabalho-escravo/>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: ANGER, Anne Joyce. *Vade Mecum universitário de direito RIDEEL*. 16ª ed. São Paulo: RIDEEL, 2013.

BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. *Diário da União*. Brasília, 12 mar 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm)>. Acesso em: 23 maio 2015.

BRASÍLIA. Ministério do Trabalho e Emprego. *Manual de Combate ao Trabalho em Condições análogas às de escravo*. Brasília: MTE, 2011. 96p. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC88201350B7404E56553/combate%20trabalho%20escravo%20WEB.PDF>>. Acesso em: 08 nov. 2014.

BRASÍLIA. Ministério do Trabalho e Emprego. *Trabalho Escravo no Brasil em Retrospectiva: Referências Para Estudos e Pesquisas*. Brasília: MTE, 2012. 33p. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC882013543FDF74540AB/retrospec\\_trab\\_escravo.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC882013543FDF74540AB/retrospec_trab_escravo.pdf)>. Acesso em: 01 nov. 2014.

BRASÍLIA. Organização Internacional do Trabalho. *Trabalho Escravo no Brasil do séc. XXI*. Brasília: OIT, 2006. 192 p. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/trabalho\\_escravo\\_no\\_brasil\\_do\\_%20seculo\\_%20xxi\\_315.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/trabalho_escravo_no_brasil_do_%20seculo_%20xxi_315.pdf)>. Acesso em: 01 nov. 2014.

BRASÍLIA. Organização Internacional do Trabalho. *Combatendo o trabalho Escravo Contemporâneo: o exemplo do Brasil*. Brasília: OIT, 2010. 194 p. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/combatedotecontemporaneo\\_307.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/combatedotecontemporaneo_307.pdf)>. Acesso em: 01 nov. 2014.

BRITO FILHO, José claudio Monteiro de. Dignidade da pessoa humana como fundamento para o combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: a contribuição da 1ª turma do tribunal superior do trabalho no processo tst-rr-178000-13.2003.5.08.0117). *Revista do TST*, Brasília, vol. 78, nº 3, p.93-107, jul/set 2012. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/6051320/Dignidade+da+pessoa+humana+como+fundamento+para+o+combate+ao+trabalho+em+condi%C3%A7%C3%B5es+an%C3%A1logas+%C3%A0%20de+escravo>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

CARLOS, Vera Lúcia. Estratégia de atuação do Ministério Público do Trabalho no combate ao trabalho escravo urbano. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006.

CASTRO, Brunna Rafaely Lotife. *A Evolução histórica do Direito do Trabalho no Mundo e no Brasil*. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <<http://brunnalotife.jusbrasil.com.br/artigos/111925458/a-evolucao-historica-do-direito-do-trabalho-no-mundo-e-no-brasil>>. Acesso em: 9 jun 2015.

CALIL, Léa Elisa Silingowski. *Direitos Humanos Do Trabalho: A proteção legal aos direitos fundamentais dos trabalhadores*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7391](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7391)>. Acesso em: 02 fev. 2015.

COSTA, Camila. *Governo 'dribla' STF e cria nova lista do trabalho escravo*. BBC Brasil, São Paulo, 6 abr 2015. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/04/150331\\_lista\\_trabalho\\_escravo\\_cc](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/04/150331_lista_trabalho_escravo_cc)>. Acesso em 01 jun 2015.

CRISTO, Keley Kristiane Vago. *Trabalho Escravo Rural Contemporâneo: Superexploração Extremada, Latifúndio e Estado*. Disponível em: <<http://www.dominio-publico.gov.br/download/texto/cp099894.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2015.

CRISTOVA, Karine Gleice; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O trabalho escravo contemporâneo no brasil. *Anais eletrônicos do III Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficacias dos direitos fundamentais*. v.2, n.2. Santa Catarina, 2012. Pág 568. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/2255/1321>>. Acesso em: 22 maio 2015.

ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. XIX., 2010. Fortaleza, CE. *Anais... O direito do trabalho e a dignidade da pessoa humana – pela necessidade de afirmação do trabalho digno como direito fundamental*. Fortaleza: CONPEDI, 2010. 10p. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/fortaleza/3828.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Dignidade da pessoa humana como fundamento para o combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: a contribuição da 1ª turma do tribunal superior do trabalho no processo tst-rr-178000-13.2003.5.08.0117). *Revista do TST*, Brasília, vol. 78, nº 3, p.93-107, jul/set 2012. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/6051320/Dignidade+da+pessoa+humana+como+fundamento+para+o+combate+ao+trabalho+em+condi%C3%A7%C3%B5es+an%C3%A1logas+%C3%A0%20de+escravo>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de Direito do Trabalho*. 5ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Método, 2012.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. v. 2. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LYRA, Alexandre Rodrigo T. C. *O enfrentamento do trabalho em condição análoga à de escravo*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142014000200015&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142014000200015&script=sci_arttext)>. Acesso em: 03 fev. 2015.
- MARIANO, Raul. Terceirização vira abrigo para trabalho escravo: cresce o movimento contra alternativa no emprego. *Hoje em dia*, Belo Horizonte, 26 mai 2015. Caderno Primeiro Plano, nº 9676, p.8.
- MARTINS, Lara Caxico. KEMPFER, Marlene. Trabalho escravo urbano contemporâneo: o trabalho de bolivianos nas oficinas de costura em São Paulo. *Revista do Direito Público*, Londrina, v.8, n.3, p.77- 102, set./dez. 2013. DOI: 10.5433/1980-511X. 2013v8n3p77. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/16591>>. Acesso em: 01 nov. 2014.
- MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquemático*: parte especial. 5 ed. São Paulo: Método, 2013.
- MELO, Silvana Cristina Cruz e. *Escravidão Contemporânea e Dignidade da Pessoa Humana*. Jacarezinho (PR) 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2010. Disponível em <[http://uenp.edu.br/index.php/dissertacoes-defendidas/doc\\_view/1920-silvana-cristina-cruz-e-melo](http://uenp.edu.br/index.php/dissertacoes-defendidas/doc_view/1920-silvana-cristina-cruz-e-melo)>. Último acesso em: 23 mai. 2015.
- MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2015.
- NADAIS, Carlos da Fonseca. O Trabalho Escravo Urbano no Brasil: Uma Análise Social, Econômica e Jurídica. *Revista da Universidade Ibirapuera*. São Paulo, v. 3, p. 11-17, jan/jun. 2012. Disponível em: <<http://www.revistaunib.com.br/vol3/41.pdf>> Acesso em: 25/10/2014.
- ROCHA, Graziella; BRANDÃO, André. *Trabalho escravo contemporâneo no Brasil na perspectiva da atuação dos movimentos sociais*. [S.l.]: Katálysis, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/S1414-49802013000200005/25682>> Acesso em: 14 mar. 2015.
- ROSA, Débora Lopes. Trabalho escravo contemporâneo nas grandes cidades urbanas, Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, nº21, out., 2013. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1563>>. Acesso em: 10 jun. 2015.
- ROSSI, Camila Lins. *Nas costuras do trabalho escravo*: Um olhar sobre os imigrantes bolivianos ilegais que trabalham nas confecções de São Paulo. Universidade de São Paulo. Dez. 2005
- SOUZA, Maria José. *Trabalho Escravo*: da omissão do Estado a CONATRAE passando pela bicicleta do Padre Couto. Disponível em: <[http://www.gptec.cfch.ufrj.br/pdfs/trabalhoescravo\\_genese\\_out2007.pdf](http://www.gptec.cfch.ufrj.br/pdfs/trabalhoescravo_genese_out2007.pdf)>. Acesso em: 22 mai 2015.
- Trabalho Escravo no Brasil em Retrospectiva: Referências para estudos e pesquisas. Brasília: MTE, 2012. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/8A-7C816A350AC882013543FDF74540AB/retrospec\\_trab\\_escravo.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A-7C816A350AC882013543FDF74540AB/retrospec_trab_escravo.pdf)>. Acesso em: 01 nov. 2014.
- Trabalho Escravo no Brasil do séc. XXI, Brasília: OIT, 2006. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/trabalho\\_escravo\\_no\\_brasil\\_do\\_%20seculo\\_%20xxi\\_315.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/trabalho_escravo_no_brasil_do_%20seculo_%20xxi_315.pdf)>. Acesso em: 25 out. 2014.

---

**Recebido em:** 15/12/2015

**Aprovado em:** 20/01/2016

---

# A FUNÇÃO SOCIAL DAS OBRIGAÇÕES SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

## THE ROLE OF SOCIAL OBLIGATIONS UNDER THE LAW OF THE DEMOCRATIC STATE PARADIGM

GISELLE MARQUES DE ARAÚJO <sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo investigar se o instituto jurídico das obrigações deve atender à função social, questionamento que será desenvolvido através de pesquisa bibliográfica a ser efetivada sob o referencial teórico do fenômeno da constitucionalização que vem desenhando um novo perfil para o direito civil, como resultado da influência marcante dos princípios constitucionais, dentre os quais a dignidade da pessoa humana e a justiça social. No contexto de um Estado Democrático de Direito, o compromisso com a efetivação dos direitos fundamentais, chegaria a ponto de influenciar as relações privadas? O instituto das obrigações deve, nesse contexto, atender à “função social”? Ou estariam as obrigações imunes às influências deste princípio constitucional? Para responder a estas perguntas, será utilizado o método do pragmatismo segundo a proposta de John Dewey, a fim de contextualizar sob o paradigma do Estado Democrático de Direito o instituto das obrigações, verificando se o novo perfil do direito civil resultou também numa perspectiva civil-constitucional para o instituto das obrigações.

**Palavras-chave:** Princípios constitucionais. Função social. Obrigações.

**ABSTRACT:** This article aims to investigate the legal institution of the obligations must meet the social function, questioning that will be developed through bibliographic research to be carried out under the theoretical framework of a constitution phenomenon that is drawing a new profile for the civil law, as result of the strong influence of constitutional principles, among them the human dignity and social justice. In the context of a democratic state of law, the commitment to the realization of fundamental rights, would reach the point of influence private relationships? The Institute of obligations must, in this context, addressing the “social function”? Or were the obligations immune to the influences of this constitutional principle? To answer these questions, we will use the pragmatism of the method as proposed by John Dewey in order to contextualize under the paradigm of a democratic state of law institute of the bonds, making sure that the new profile of civil law also resulted in a civil-perspective to institute constitutional obligations.

**Keywords:** Constitutional Principles. Social function. Obligation.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida/RJ. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF/RJ). Professora de Direito Público da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Professora colaboradora no Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Ciências Ambientais e Sustentabilidade Agropecuária na Universidade Católica Dom Bosco (UCDB/MS). Advogada. E-mail: giselle\_marques@hotmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

O conceito de “Estado Democrático de Direito” está ligado aos ideários do liberalismo e à necessidade de controle do uso arbitrário do poder por parte do Estado. José Afonso da Silva (1988, p. 15) afirma que a democracia, como realização de valores de convivência humana (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa), é um conceito mais abrangente que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal, mas não consiste apenas na reunião formal dos elementos desses dois tipos de Estado, revelando um conceito novo que supera a ambos, ao agregar um componente revolucionário de transformação do *status quo*.

A proposta deste artigo é contextualizar sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, as transformações que o direito civil vem sofrendo em decorrência da superação do distanciamento constitucional que vem sendo experimentado pelos diversos ramos do direito desde o final do século XX, e neste quadro investigar se o instituto das obrigações está adstrito à observância da função social. Barroso (2010, p. 368) assevera que no início do constitucionalismo moderno, na Europa, havia dois mundos apartados: a Constituição era vista como uma Carta *Política* destinada a regular a relação entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento *jurídico* que regia a relação entre particulares. A barreira aparentemente intransponível entre o documento político e o jurídico ruiu com o advento do Estado Social; segundo Barroso, “com a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da *autonomia da vontade*”.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento da pesquisa bibliográfica será o pragmatismo presente no pensamento de John Dewey<sup>2</sup>, procurando contextualizar as transformações sofridas pelo instituto das obrigações no cenário mais amplo do chamado direito civil-constitucional, fenômeno que implica em um novo perfil do Direito Civil, redesenhado sob a influência dos princípios constitucionais, dentre eles a solidariedade, a justiça social e a dignidade da pessoa humana.

## 2. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES.

Para Orlando Gomes (1997, p.3), a função primordial das relações obrigacionais é ajudar a desenvolver o fenômeno da colaboração econômica entre os homens. Pereira (1996, p.6) afirma que nos primórdios da humanidade não havia um Direito Obrigacional, as relações humanas eram marcadas pela desconfiança, e, por isso mesmo, é que as pessoas passaram a se organizar em grupos, buscando maior segurança: “o surgimento da idéia de obrigação deve ter ocorrido com caráter coletivo, quando todo um grupo empreendia negociações e estabelecia um comércio com outro grupo”. Somente com a evolução da espécie humana, é que a obrigação viria a assumir um caráter individual.

Por outro lado, Azevedo (2001, p.25) defende que o Direito das Obrigações “é universal, quase imutável, pois as situações dele decorrentes são, praticamente, as mesmas em todo o mundo”. Em outras palavras, haveria em matéria de obrigações uma certa estabilidade no tempo e uniformidade no espaço, conforme apontou Hironaka (2003, p. 22). Há, no entanto, autores que consideram as obrigações como categoria a-histórica, conforme a lição de Gama (2008, p.2):

O Direito das Obrigações, como segmento do Direito Civil, é apontado como dotado de certa estabilidade e perenidade no curso da história da civilização, eis que supostamente perpetua os princípios e as regras oriundos da Roma Antiga, garantindo a origem comum do sistema jurídico da civil law. Desse modo, cogita-se de uma possível consideração da obrigação como categoria a-histórica, o que será posteriormente objeto de análise crítica no contexto do período atual.<sup>3</sup>

O direito romano tem influência marcante em matéria obrigacional, presente até mesmo na origem do vocábulo obrigação, que deriva do latim *obligatio*, significando, segundo Rolim (2000, p. 221) “ligar, unir, obrigar-se a um compromisso”. Em Roma, no entanto, ao contrário do que ocorre na atualidade, a obrigação jurídica produzia um vínculo estritamente pessoal entre determinadas pessoas, sem qualquer sujeição do patrimônio do devedor, que respondia pela obrigação com o seu próprio corpo, e podia ser reduzido à condição de escravo, temporária ou definitivamente; como aponta Azevedo (2001, p. 29) o credor tinha direito até mesmo ao cadáver do devedor. Na Bíblia (1966, p.28) cristã encontram-se inúmeras passagens que registram a legalidade da redução do devedor à condição de escravo para o pagamento de dívidas, conforme se extrai do livro de Gênesis:

Então temeram aqueles homens, porquanto foram levados à casa de José, e diziam: Por causa do dinheiro que dantes voltou nos nossos sacos, fomos trazidos aqui, para nos incriminar e cair sobre nós, para que nos tome por servos, e a nossos jumentos. (GÊNESIS, 43:18).

2 Dewey destacou a estreita conexão entre as ideias filosóficas e a vida social, o contextualismo. A concepção da verdade seria fruto de um processo contínuo de descobertas, em que as ideias figuram como hipóteses a serem confirmadas pela experiência prática, através da verificação antecipada de suas possíveis consequências, o consequencialismo (DEWEY, 1998, p.42). Um dos maiores problemas do pensamento filosófico, segundo Dewey consiste em negligenciar o conceito de contexto. E, se o contexto é algo sempre tão patente que não chega a ser notado, não significa, contudo, que ele possa ser negado. Por isso, dois temas devem ser considerados no conjunto do ambiente que a filosofia deve levar em consideração: o “pano de fundo” (background) e os interesses seletivos. (PROGREBINSCHI, 2005, p.58).

3 Com efeito, mais à frente nesta obra, Gama vai desenvolver a ideia de que os novos paradigmas do direito civil, inspirados nos princípios constitucionais, acabam por atingir de forma significativa a matéria das obrigações.

Nesta passagem bíblica, a obrigação está ligada à ideia de delito, muito presente naquela época. O delito e o quase-delito, são apontados por Rizzardo (1999, p.11) como fontes das obrigações, ao lado do contrato, do quase-contrato e da lei. Uma das mudanças mais significativas em matéria de direito obrigacional, com o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, foi justamente a desvinculação do corpo da pessoa do devedor ao cumprimento da obrigação, que passa a ter como único foco o patrimônio conforme será tratado na próxima seção.

### **3. OBRIGAÇÕES NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

No contexto do Estado Democrático de Direito é o patrimônio do devedor quem responde pela obrigação, não mais havendo que se falar na redução da pessoa humana à condição análoga a de escravo, por qualquer motivo, muito menos pelo descumprimento de obrigações civis. Nem mesmo a prisão por dívida é admitida, a não ser na hipótese de inadimplemento da obrigação alimentar, mudança extremamente influenciada pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

E nem poderia ser diferente, já que em um Estado, para ser considerado Democrático de Direito, conforme a lição de Bulos (2008, p.136) é imprescindível, primeiramente, que todo poder emane do povo, bem como, que a proteção e garantia dos direitos fundamentais traduza-se em questão primordial, como meio de proteção e respeito aos cidadãos. Na mesma direção, Silva (1994, p.29) destaca o sistema de direitos fundamentais como um dos princípios do Estado Democrático de Direito, ao lado de outros, como a igualdade, a divisão dos poderes, a legalidade e a segurança jurídica.

Hodiernamente, conforme assevera Diniz (2002, p.5), o vínculo obrigacional é de natureza transitória e patrimonial, e se forma entre sujeitos determinados, sendo que um destes sujeitos deverá satisfazer uma prestação, positiva ou negativa, em proveito do outro sujeito que cumpriu o seu dever. Outra diferença entre o direito romano antigo e o momento atual, é que, por se tratar de uma questão de caráter eminentemente pessoal, não se admitia a transferência de obrigações de qualquer espécie, nem mesmo a cessão da obrigação a terceiros, fosse a título oneroso ou gratuito, o que hoje é corrente em matéria negocial.

### **4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL**

O direito civil tem servido, historicamente, como um instrumento de dominação ideológica. Nesse sentido, a lição de Gama (2008, p.5), ao buscar um conceito para o instituto das obrigações:

*A exemplo de noções conceituais de contrato, de responsabilidade civil e de propriedade, foi e ainda é utilizado com uma função ideológica, ou seja, de parcial ocultamento ou disfarce da realidade de modo a permitir operar a tutela de determinados interesses.*

Este ponto merece destaque por representar uma ruptura com a visão tradicional do direito, que vem se perpetuando durante séculos, no sentido de que o direito seria neutro. Segundo Marx (apud CHAUI 2000, p. 212), o Direito sempre expressou uma ideologia, razão pela qual merece ser interpretado sob uma perspectiva crítica: o que se chama "normatividade" do direito não passa de um reflexo das condições de vida material da sociedade, uma forma que recobre o conflito que existe em toda sociedade de classes, entre o modo de produção e as forças de produção. A luta de classes seria, portanto, o verdadeiro motor que impulsiona a formação do direito. O direito não seria uma categoria ideal, objetiva, normativa ou metafísica, nem mesmo autônoma, o fenômeno jurídico não encontraria explicação em si mesmo. O direito só poderia ser compreendido através da análise da realidade econômico-social de uma coletividade em determinada época da história, na medida em que o direito "é a vontade, feita lei, da classe dominante, através de seus próprios postulados" (STOYANOVITCH, 1974). Sobre as forças produtivas ergue-se o arcabouço jurídico como uma superestrutura, conforme a lição de Marx (apud CHAUI 2000, p. 214-219):

*O conjunto das relações de produção que corresponde ao grau de desenvolvimento das forças produtivas materiais constitui a estrutura econômica da sociedade, a base concreta sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem determinadas formas de consciência social. O modo de reprodução de vida material determina o desenvolvimento da vida social, política e intelectual em geral. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; é o seu ser social que, inversamente, determina sua consciência.*

Essa superestrutura jurídica vem sofrendo transformações, a partir do advento do Estado Social, e começa a refletir até mesmo em institutos de direito privado, como é o caso da relação obrigacional, cuja análise requer a verificação da situação jurídica que gerou o vínculo entre as partes, a fim de aferir sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito e sua carga axiológica, que compreende o respeito à dignidade da pessoa humana, dentre outros princípios constitucionais que constituem como que um cenário, sem o qual o teatro das relações jurídicas obrigacionais não se desenvolve dentro de parâmetros ética e juridicamente aceitáveis.

Este conteúdo ético que deve permear as relações obrigacionais vem somar-se a outros já existentes, inerentes à ideia da obrigação, como a liberdade, que, segundo Larenz (1958, p.5) ocorre quando as partes de colocam, por sua livre e espontânea vontade, de acordo sobre determinadas prestações e obrigações, de modo que nenhuma delas dependerá do arbítrio da outra, e cada qual estará em condições de velar assim pelo seu próprio interesse. Mas isto, segundo Larenz, só é possível nas relações obrigacionais firmadas entre partes

juridicamente equiparadas e, justamente por isso, é que o ordenamento jurídico considera como vinculantes as relações obrigacionais que tenham sido livremente estabelecidas. Esta liberdade implica em que nenhuma das partes seja constrangida a concluir um contrato, a não ser em casos excepcionais, onde o dever de contratar se impõe, e sua recusa consistirá na violação de um dever moral. Exemplificando tal hipótese, Larenz (1958, p. 6) cita o dever do médico em prestar assistência até mesmo e relação a alguém que não lhe é simpático:

Así acontece, p. ej. cuando el unico medico que puede ser avisado rechaza el visitar a una persona gravemente enferma por no serle ésta simpática. No contradice el principio de la liberdade contractual la existência de um deber moral de contratar y de um deber jurídico que de él deriva (obligación de concluir el contrato ), porque no puede haber libertad sin la vinculación moral correspondiente.

Com efeito, há situações em que o dever de contratar, ou, em outras palavras, o dever de obrigar-se, não pode ser afastado nem mesmo pela vontade da parte que, embora não desejando constituir um vínculo obrigacional, dele não se pode desvencilhar por uma questão moral, já que o interesse da sociedade, o interesse social, se sobrepõe ao interesse privado. Aí presente fortemente a ideia da função social da obrigação .

Mas estas considerações não afastam a carga de obrigatoriedade das relações privadas. Apenas demonstram que novos parâmetros passaram a influenciar a ideia da obrigação, conforme destacou Gama (2008, p. 5):

Desse modo, a primeira característica da obrigação é a formação de um vínculo jurídico entre, pelo menos, duas pessoas, formando os dois pólos da relação obrigacional. Tal vínculo deve ser encarado sob o prisma de um vínculo de colaboração, e não mais de subordinação, como já aconteceu no passado.

Com efeito, colaboração e solidariedade são valores que se coadunam com a dignidade da pessoa humana, princípio constitucional que irradia por todo o sistema jurídico, influenciando até mesmo o direito civil e seus institutos. Tais princípios vêm acrescer à liberdade contratual, e à autonomia da vontade, que, segundo Silva (1976, p.38), assim como a facultas, trata da possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus interesses e conflitos, e conflitos de interesses, com o fim de viverem em sociedade. Silva traz à luz a Teoria do Direito , segundo a qual a vontade é considerada elemento natural para explicar as figuras jurídicas. A função do ordenamento jurídico é negativa e limitadora, competindo às partes constituir e determinar o conteúdo do negócio jurídico. Mas esta autonomia da vontade enfrenta restrições, dentre as quais:

Restrição à autonomia da vontade no momento da conclusão do negócio jurídico: a liberdade para concluir o negócio jurídico é a faculdade que cada um possui para decidir se quer e com quem quer realizá-lo. Essa liberdade pode ser restringida de forma cogente como no caso dos contratos ditados (sujeito às regras de direitos público, por se tratar de ato administrativo).

Restrição à autonomia da vontade para o regramento das cláusulas contratuais: leis limitadoras regulamentam o poder de ditar tais cláusulas, devendo sempre ser preservadas as garantias e direitos individuais previstos na Constituição. É o caso dos contratos de adesão, nos quais uma das partes estabelece as condições do contrato e a outra a elas se submete, espécie de contrato cada vez mais freqüente na economia de mercado.

A proposta de Silva tem como foco central o princípio da boa-fé, que possui tríplice função: função interpretativa do contrato (função hermenêutica integradora), função restritiva do direito de abuso de direitos contratuais e função criadora de deveres anexos (são deveres que formam o núcleo da cláusula geral de boa-fé, e se impõe ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato). Respeitadas as especificidades de cada instituto, estas mesmas noções poderão ser aplicadas ao princípio da função social, que será abordado na próxima seção.

## 5. A FUNÇÃO SOCIAL

Embora já mencionada em constituições anteriores, a partir da Constituição de 1988 é que a função social emergiu como princípio fundamental, adquirindo carga de efetividade a ponto de influenciar as relações civis, dentro de um contexto de publicização do direito civil que, historicamente, tem se apresentado como “o mais difícil a ser controlado nas malhas do poder” (GROSSI, 2004, p. 129) e, como tal, tem servido à proteção de determinados interesses. Grossi chegou a apontar o Código como um dos mitos jurídicos da modernidade, um verdadeiro “catecismo” da grande antítese jusnaturalista, “a mais grave e pesada antítese da história do direito moderno”:

Se o Código fala a alguém, esse alguém é a burguesia que fez a revolução e que finalmente realizou a sua plurissecurar aspiração à propriedade livre da terra e à sua livre circulação. (...)

O Código fala ao coração dos proprietários é, sobretudo, a lei tuteladora e tranquilizadora da classe dos proprietários, de um pequeno mundo dominado pelo ‘ter’ e que sonha em investir as próprias poupanças em aquisições fundiárias (ou seja, o pequeno mundo da grande comédie balzaquiana) (GROSSI, 2004, p. 129).

Apesar desse engessamento típico do direito civil, atrelado a interesses patrimoniais, mudanças significativas merecem ser assinaladas sob uma perspectiva histórica para a compreensão do princípio da função social e de sua influência sobre todo o sistema jurídico, penetrando até mesmo nos os institutos do direito privado.

Logo após a Revolução Francesa surgiram dois importantes movimentos que pareciam inconciliáveis entre si: o das codificações, contribuindo para a primazia do interesse privado sobre o interesse público, e que representava, naquele momento, uma vitória da burguesia, em sua tentativa de empoderamento e de aquisição da propriedade privada, até então reservada à nobreza; e o da constitucionalização, inspirado pelos movimentos socialistas e anarquistas da Europa industrializada, em meados do século XIX.

Naquele momento histórico Estado e direito civil eram institutos jurídicos situados em pólos opostos: o Estado, no âmbito do direito público; e o direito civil no do direito privado. Bobbio (1995, p. 13) destaca que, através do uso constante e contínuo das expressões direito público e privado, esta acabou por se transformar em uma das “grandes dicotomias”, distinção da qual se pode demonstrar a capacidade de dividir um universo em duas esferas, conjuntamente exaustivas. A esfera privada adquiriu grande relevância em relação à esfera pública, e o Estado foi reduzido ao mínimo.

Mas a reação a essa concepção liberal veio com grande força na segunda metade do século XX, trilhando o caminho inverso ao da emancipação da sociedade civil em relação ao Estado, cuja intervenção na regulação da economia e dos comportamentos individuais passou a ser reclamada, na esteira dos ventos que sopravam do leste europeu disseminando o pensamento marxista, e, ainda, sob a influência das ideias do *Welfare State*.

A liberdade de contratar e o direito de propriedade passaram a ser limitados por princípios considerados de ordem pública emergindo o fenômeno da publicização do direito privado, e, neste movimento, a relativização de institutos jurídicos que, até então, constituíam-se em verdadeiros sustentáculos do sistema capitalista. A esfera do direito privado viu-se como que “invadida” por princípios de ordem pública, e, nesse contexto, ocorreu uma crise sem precedentes para o direito civil. Savatier (1959, p.286) chegou a enxergar neste processo uma *prolétarization* do direito privado, uma associação interessante entre ideias essencialmente liberais com outras socializantes. O Estado adquiriu especial relevância, passando a ter o dever de prestar obrigações específicas aos cidadãos, especialmente no que se refere à saúde e à educação, conforme assinalou Lopez (1996, p.409-466).

Mais recentemente, no âmbito do direito brasileiro, a partir da Constituição de 1988, os princípios adquiriram uma carga valorativa sem precedentes, que acrescentaram ao direito civil a perspectiva da função social, sem a qual os institutos do direito privado não mais podem subsistir, conforme a lição de Duguit (1975, p.240), para quem “o indivíduo precisa cumprir um papel na sociedade em que vive, sem o qual a proteção dessa sociedade a este indivíduo não se justifica”.

Embora já houvesse menção expressa à função social nas cartas anteriores, só a partir de 1988 é que este princípio passou a influenciar decisivamente as relações privadas, vindo a ser expressamente mencionado no Código Civil de 2002. A expressa menção à função social no Código Civil em vigor evidencia que a dicotomia entre o direito público e o privado, que vigorou durante séculos, vem sendo relativizada, conforme já apontava Trabucchi (1973, p. 9)<sup>4</sup>. Alguns doutrinadores, como é o caso de Perlingieri (1999, p. 26)<sup>5</sup>, chegaram até mesmo a sugerir a unificação dos dois ramos do direito, tendo como sustentáculo a Constituição, influenciando de forma direta as relações privadas. Outros pensadores, dentre os quais Raizer (1979, p. 27)<sup>6</sup>, propõem a visão do fenômeno jurídico a partir de dois focos centrais de força normativa, distintos, mas não estanques entre si, associando o fenômeno à imagem de uma elipse. A esse respeito, Barroso (2010, p. 60) assevera:

O debate jurídico e filosófico da atualidade deslocou-se da diferenciação formal entre direito público e direito privado para uma discussão mais ampla, complexa e sutil acerca das esferas *pública e privada* na vida dos povos e das instituições. A percepção da existência de um espaço privado e de um espaço público na vida do homem remonta à Antiguidade, no mínimo ao advento da *polis* grega. Aristóteles já afirmava a diferença de natureza entre a cidade, esfera pública, e a família, esfera privada. A demarcação desses dois domínios tem variado desde então, no tempo e no espaço, com momentos de quase desaparecimento do espaço público e outros que em sua expansão opressiva praticamente suprimiu valores tradicionais da vida privada. As constituições modernas influenciam e sofrem a influência dessa dicotomia, que guarda, no entanto, algumas dimensões metajurídicas, isto é, fora do alcance do Direito. O tema merece uma reflexão interdisciplinar.

A Constituição brasileira foi extremamente influenciada por esse movimento de supremacia da esfera pública sobre a privada<sup>7</sup>, e regu-

4 Embora não tenha apresentado uma proposta para a superação da dicotomia público/privado, Trabucchi (1973, p.9) aponta para a necessidade de uma relativização deste embate entre ambos, uma vez que a distinção não viria em uma linha reta e constante, e estaria sujeita a mudanças no tempo e no espaço, segundo as tendências sociais e políticas.

5 Perlingieri (1999, p. 26) destaca a importância do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, consagrados na Constituição, e que devem refletir no âmbito das relações privadas.

6 Raizer (1979, p. 27) propõe a imagem de uma única elipse, com dois pólos de irradiação distintos, o público e o privado, um em cada extremidade.

7 Este momento parece representar uma “volta ao passado”, às origens da noção de cidadania e de espaço público da Roma antiga, na qual os cidadãos exerciam a atividade política de forma direta, exercendo o uso do discurso nos espaços públicos de poder. Mas, é preciso considerar que a partir da era considerada “moderna” o espaço público modifica-se substancialmente, pois com o crescimento populacional, não mais é possível a atuação direta dos cidadãos, tornando-se imperiosa a eleição de representantes que se apropriam destes espaços. Com isto, as pessoas vão se afastando cada vez mais do espaço público, instalando-se um individualismo sem precedentes na história, e que é um traço marcante da sociedade atual, denominada por muitos de pós-moderna.



lou assuntos anteriormente adstritos à esfera individual, como é o caso da família, da criança e do adolescente, e da propriedade privada. Não bastasse isso, os princípios constitucionais passaram a “condicionar a própria leitura e interpretação dos institutos de direito privado” (BARROSO, 2010, p. 60), ensejando à conclusão de que a função social deve ser atendida por todos e por cada um, inclusive no que diz respeito aos aspectos obrigacionais das relações humanas. À guisa de conclusão: para que a pessoa humana possa viver a sua dignidade, faz-se necessário que as relações obrigacionais atendam ao princípio da função social.

Nesse sentido, a lição de Larenz (1958, p.26) e Silva (1976, p.72), que romperam com a visão tradicional das relações obrigacionais como algo estático, preso a formalismos exacerbados, e envolvendo exclusivamente as partes. Larenz e Silva defendem que as relações privadas incluem aspectos que vão muito além do princípio da *pacta sunt servanda*, envolvendo valores morais e éticos da sociedade.

### 5.1. A Função Social enquanto mandamento constitucional.

A função social do direito civil emergiu em um contexto político e social no qual as relações privadas vêm sendo extremamente afetadas pelos princípios constitucionais. A função social, além de ser expressamente mencionada na Constituição Federal e no Código Civil, constitui-se em verdadeiro princípio fundamental, subjacente ao conteúdo da carta e do direito civil, incidindo atualmente de forma decisiva nas relações privadas.

Com efeito, no capítulo 1, que trata dos “princípios gerais da atividade econômica”, a Constituição brasileira destacou que a ordem econômica tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, devendo ser observados princípios, dentre os quais, o da função social da propriedade (inciso III). Ao prever de forma expressa a função social da propriedade, a Constituição dá abertura para a interpretação extensiva da função social aos demais institutos de direito civil, dentre eles as relações obrigacionais. Conciliar estes princípios, no entanto, não é tarefa fácil, ainda mais quando se fala em justiça social. O que seria esta “justiça social”? Canotilho (1999, p. 241) ensina que:

Estado de justiça social é aquele em que se observam e protegem os direitos, incluindo os direitos das minorias, onde haja equidade na distribuição de direitos e deveres fundamentais e na determinação da divisão de benefícios da cooperação em sociedade e que exista igualdade de distribuição de bens e igualdade de oportunidades (grifos nossos).

Essa igualdade na distribuição de bens, bem como igualdade de oportunidades, reclama uma carga de materialidade aos princípios explícitos e implícitos na Constituição. Estado e sociedade devem agir na direção do bem comum, numa postura proativa na direção da efetivação dos princípios considerados fundamentais. Trata-se, aqui, de resgatar a etimologia da palavra “princípio”, derivativa do latim *pricipium*, que significa início, começo, origem, no sentido que, segundo Picazo (1983, p. 1.267-1268) está presente na linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras”, atuando como fundamento último do ordenamento jurídico.

Mas este sentido não é compartilhado de maneira uníssona pela doutrina. Ao contrário, há aqueles que enxergam no princípio mera inspiração do sistema jurídico, desprovido de força normativa<sup>8</sup>. Este assunto tem sido alvo de aguerrido debate, como assinalou Bobbio (1996, p. 159):

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípio leva a engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli.

A obra de Crisafulli, citado por Bobbio nesta passagem, influenciou fortemente o constitucionalismo brasileiro, em especial o pensamento de José Afonso da Silva, que elaborou uma teoria da norma visando à didática classificação dos dispositivos constitucionais, que acabou por ser abraçada pelos tribunais. José Afonso da Silva sempre propugnou a efetivação da Constituição, mas, por um paradoxo, sua teoria acabou por gerar efeito contrário, como asseverou Souza Neto (2003, p. 25):

As expressões ‘norma programática’, ‘norma de eficácia limitada’, ‘princípio programático’, acabaram por se constituir em verdadeiros índices de não efetivação da Constituição. Quando se quis, nos últimos vinte anos, deixar de aplicar a Constituição, bastou se etiquetar a norma suscitada como programática e transferir para o legislador uma tarefa que, muitas vezes, era mesmo do Judiciário.

Muitos são os exemplos nos quais o preceito constitucional deixou de alcançar aplicabilidade nos tribunais<sup>9</sup>, o que contribuiu para uma concepção segundo a qual os Códigos, como depositários de normas autoaplicáveis, alcançaram maior efetividade que o texto cons-

8 É o caso de Arnaldo Vasconcelos (1993, p. 210), para quem: “Os princípios gerais de Direito, nada obstante sua força vinculante, não são, contudo, normas jurídicas no sentido formal do termo”, eis que “[...] apesar de terem positividade, não constituem normas jurídicas.

9 É o caso do direito à greve dos servidores públicos, que embora fosse previsto na Constituição, era negado aos servidores pela falta de lei ordinária que previsse sua regulamentação.

titucional. Até o momento em que a legislação extravagante, os micro-sistemas legislativos e a injustiça das soluções desconectadas dos princípios (como o da dignidade da pessoa humana, por exemplo), levaram a um declínio dos Códigos. Era a “revolta dos fatos contra os Códigos” anunciada por Gastón Morin (1937, p. 553).

Este debate acerca da hierarquia entre regras e dos princípios, propiciou um amadurecimento da reflexão sobre o direito, caminhando para o fortalecimento de uma teoria dos direitos fundamentais, conforme identificou Alexy:

O mais importante para a teoria dos direitos fundamentais é a distinção entre regras e princípios. Ela constitui a base da fundamentação jurídica e é uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela, não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão, e nem mesmo uma teoria satisfatória acerca do papel que assumem os direitos fundamentais no sistema jurídico. (ALEXY, 1993, p.75).<sup>10</sup>

A distinção entre regras e princípios, com efeito, constitui-se no marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais, resultando numa pauta valorativa para o direito. Se, de um lado, a adoção dos Códigos como único instrumental a ser aplicado na solução dos conflitos, mostrou-se insuficiente, por outro, a preocupação com a força normativa que deve emergir da Constituição encontrou resistências, como destacou Barroso (1994, p. 30-60):

Em matéria de Direito Constitucional, é fundamental que se diga, ser positivista não significa reduzir o direito à norma, mas sim elevá-lo à condição de norma, pois ele tem sido menos que isto. Não é próprio das normas jurídicas - e, ipso facto, das normas constitucionais - sugerir, aconselhar, alvitrar. São elas comandos imperativos. O resgate da imperatividade do texto constitucional, por óbvio que possa parecer, é uma instigante novidade neste país habituado a maltratar suas instituições.

Nessa busca pela normatividade dos direitos fundamentais, é que a função social toma corpo, adquirindo *status* de princípio constitucional, carregado de força normativa, em consonância com outros princípios tendentes à efetivação de um novo projeto social, calcado na solidariedade e na justiça social.

## 5.2. A Função Social das Obrigações.

Conforme já apontado na seção anterior, com a Carta de 1988 a função social adquiriu status de princípio constitucional, irradiando por todo o sistema legislativo. Cabe agora responder à questão se a função social também atingiu o direito das obrigações. Gomes (2000, p. 3) assevera que é por meio das relações obrigacionais que se estrutura o regime econômico, sob formas definidas de atividade produtiva e de permuta de bens, traduzindo-se no conjunto de normas e princípios jurídicos reguladores das relações patrimoniais entre credor (sujeito ativo) e devedor (sujeito passivo), a quem incumbe o dever de cumprir, espontânea ou coativamente, uma prestação de dar, fazer ou não fazer.

O Código Civil de 2002, atendendo ao espírito constitucional, afirmou expressamente que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato<sup>11</sup>. Deste dispositivo, emerge cristalina a limitação ao princípio da autonomia da vontade, como resultado do processo de constitucionalização do direito civil, explicitado ao longo das seções anteriores deste artigo, e que tem levado a uma nova Teoria do Contrato, conforme Negreiros (2002, p.21). E não se está aqui aduzindo apenas a relação contratual na qual esteja presente a hipossuficiência de uma das partes, mas também aquela estabelecida entre partes juridicamente equiparadas, que estejam no mesmo patamar da relação negocial.

Embora parte da doutrina perceba a função social unicamente como um princípio integrador<sup>12</sup>, um ideal metajurídico, cujo único resultado prático seria o de promover a igualdade entre as partes, a função social representa muito mais que isso, eis que sua inserção expressa no artigo 421 do Código Civil evidencia uma síntese do longo processo de publicização e de constitucionalização do direito civil. Assim, conforme asseverou Judith Martins-Costa (2003, p.20), a função social do contrato redimensiona o princípio da autonomia da vontade, constituindo-se em verdadeiro instrumento de cooperação, onde as partes devem estar comprometidas com a concreta efetivação das finalidades do negócio. O interesse privado das partes contratantes deve, necessariamente, estar plasmado no interesse geral de toda a sociedade, conforme arguiu Godoy (2004, p. 4):

Com efeito, cede lugar o dogma da vontade- até então fonte motriz do estabelecimento das relações contratuais, base do conceito absoluto, ou quase, da autonomia negocial- à admissão de que o contrato encerra também uma dimensão social, que vai além da esfera jurídica das partes contratantes e, mais, que resulta das fontes que, a rigor, não se circunscrevem ao quanto declarado no ajuste.

10 Tradução livre da autora. Texto original: Para la teoría de los derechos fundamentales, la más importante es la distinción entre reglas y principios. Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.

11 Diz o artigo 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

12 É o caso de Arruda Alvim (2003, p.30) e Luiz Guilherme Loureiro (2003, p.52) para quem do ponto de vista concreto, a função social teria pouca aplicabilidade, e seu único escopo seria o de corrigir a desigualdade gerada pela hipossuficiência de uma delas.

Com efeito, a função social implica que as partes têm deveres que antecedem a obrigação, e persistem até depois dela, e que devem estar pautados na probidade e na boa-fé, não se justificando a existência de um negócio que implique no enriquecimento sem causa, ou no favorecimento excessivo de uma das partes em relação a outra. O princípio da função social exige uma dose de razoabilidade no tocante ao objeto do contrato, não mais bastando, como outrora, que o instrumento do contrato tenha os requisitos formais para sua existência e validade. A eficácia do contrato só será alcançada na medida em que ele esteja pautado na solidariedade, e que o seu conteúdo não fira a comunidade na qual a relação contratual foi estabelecida.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, voltado para a efetivação dos direitos fundamentais, os institutos do direito civil estão mudando o perfil, passando a ser influenciados pelos princípios constitucionais, dentre os quais se destacam a dignidade da pessoa humana e a justiça social. Nesse contexto, as relações obrigacionais vêm adquirindo novos contornos, passando a ser vistas como um processo através do qual se movimentam e se desenvolvem, em diferentes patamares e com diversos desdobramentos. Novos elementos passaram a integrar o seu conteúdo, não mais baseado apenas na livre manifestação da vontade das partes envolvidas, mas também permeado por valores e princípios éticos que antecedem a formação da relação obrigacional, e perduram mesmo após a sua conclusão ou encerramento.

Dentre estes elementos, a função social emerge não apenas como fator limitador das obrigações, mas também como suporte de interpretação e de integração das relações obrigacionais. A partir do referencial teórico que permeou as pesquisas que resultaram na elaboração deste artigo, é possível concluir que a função social passou a integrar o conceito das obrigações e, sem ela, a obrigação não se justifica e não pode nem mesmo existir. Esta conclusão sintetiza o longo processo de evolução das relações privadas, explicitado ao longo deste artigo, através do que institutos considerados perenes e imutáveis, no âmbito do direito civil, passaram a sofrer forte influência dos princípios de ordem pública, de modo que direito privado e direito público foram se interpenetrando, não podendo mais ser encarados como pólos distintos, completamente separados e estanques entre si.

Hodiernamente, as relações obrigacionais não mais subsistem senão quando e enquanto atendam à função social, que não apenas limita tais institutos; muito mais que isso, integra-os. Não se pode mais pensar em um direito civil calcado apenas na proteção do patrimônio e do indivíduo que o detém. Faz-se imperioso construir um novo cânone interpretativo para as relações privadas, estabelecendo-se uma conexão axiológica entre o Código Civil e a Constituição, desiderato para o qual contribuirá a função social das relações obrigacionais.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, no. 815. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de Direito Civil: teoria geral das obrigações. 9.ed. São Paulo: Ed. *Revista dos Tribunais*, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luis Roberto. Efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, no. 197, jul./set., 1994, p. 30-60.
- BIBLIA. A.T. Gênesis. In: *BIBLIA*. Português. Bíblia Sagrada contendo o antigo e o novo testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1966.
- BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia público privado. In: *Estado, governo e sociedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7ª ed. Brasília: UNB, 1996.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3.ed Coimbra, Livraria Almedina, 1999.
- COSTA, Judith Martins. *Comentários ao novo Código Civil*, vol V, tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- DEWEY, John. Context and Thought. In: *The essential Dewey*, volume I, Bloomington: Indiana University Press, 1998, p.42
- DINIZ, Maria Helena *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 16. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-01-2002) São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.
- DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho (publico y privado)*. Tradução de Adolfo G. Posada e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975.

- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Função Social no Direito Civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GOMES, Orlando. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GODOY, C.L.B. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GROSSI, P. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris editor, 1991.
- HIRONAKA, G.M.F.N. Direito das Obrigações: caráter de permanência dos seus institutos, as alterações produzidas pela lei civil brasileira de 2002 e a tutela das gerações. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4094>>. Acesso em: 13 jan. 2011.
- LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. espanhola de Jaime Santos Briz. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- LÓPEZ y LOPEZ, A. M. Estado social y sujeto privado: una reflexion finisecular. *Quaderni Fiorentini*, n.25, 1996.
- LOUREIRO, L. G. *Teoria Geral dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Editora Método, 2003.
- MARX, Karl. Contribuição à crítica da economia política. *Apud* CHAUJ, Marilena. *Filosofia*. Ed. Ática, São Paulo:2000, p.214-219.
- MORIN, Gastón. Les Tendances actuelles de la théorie les contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, XXVI, 1937.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 2.ed. Nova edição rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1966. VII.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PICAZO, Luís Díez. Los principios generales del Derecho en el pensamiento de F. Castro. *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI, fasc. 3º, outubro-dezembro/83.
- PROGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.
- RAIZER, Ludwig. O futuro do direito privado. Tradução de Lucinda Maria Ragugnetti. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 9, n. 25, p. 11-30, 1979.
- RIZZARDO, Antonio. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ROLIM, L. A. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Ed. Butshatsky, 1976, passim.
- SILVA, José Afonso da. *Curso Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº173, p.15-34, jul./set. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 27 dez. 2015.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria da constituição, democracia e igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- STOYANOVITCH, B. K. *La pensée marxiste et le droit*. Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 1974.
- TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TRABUCCHI, Alberto. *Instituzioni de diritto civile*. Pádova: Cedam, 1973.
- VASCONCELOS, A. *Teoria da Norma Jurídica*, 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

---

**Recebido em:** 29/12/2015

**Aprovado em:** 03/02/2016

---

# A DISTRIBUIÇÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA E O DIREITO DO CONSUMIDOR

## JUDICIAL DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF PROOF AND THE CONSUMER LAW

VINÍCIUS LOTT THIBAU <sup>1</sup>

**RESUMO:** O artigo analisa as correlações teóricas existentes entre a distribuição judicial do ônus da prova e o direito do consumidor, abordando, especialmente, as divergências que se instalam na dogmática jurídico-consumerista a respeito da delimitação conceitual dos requisitos autorizativos desta distribuição, da exigência da alternatividade dos requisitos para a sua realização, bem como do momento procedimental adequado para a sua ocorrência. Valendo-se de uma metodologia crítica, os escritos produzidos conjecturam a necessidade de enfrentamento das temáticas examinadas a partir dos conteúdos informativos da processualidade democrática.

**Palavras-chave:** Distribuição judicial do ônus da prova; direito do consumidor; processualidade democrática.

**ABSTRACT:** The article analyzes the theoretical correlations between the judicial distribution of the burden of proof and the right of the consumer, addressing especially the differences that settle in the consumerist dogmatic about the conceptual delimitation of the authorizing requirements of such distribution, the requirement of alternativity of the requirements for its implementation, as well as the procedural time suitable for its occurrence. Drawing on a critical methodology, produced written conjecture the need to confront the themes examined from the informative contents of democratic processuality.

**Keywords:** Distribution of the burden of proof; right of the consumer; democratic processuality.

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara/MG. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Advocacia Cível da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais. Advogado. E-mail: [viniciusthibau@yahoo.com.br](mailto:viniciusthibau@yahoo.com.br)

## 1. INTRODUÇÃO

Em 11 de setembro de 1990, foi publicada a Lei nº 8.078, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. Estabelecendo normas de ordem pública e interesse social, ao versar sobre a atuação do consumidor em juízo, a codificação determina “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (art. 6º, VIII).

Trata-se de uma permissão legislativa para a distribuição *ope judicis* do ônus de provar, a qual, no entanto, apresenta-se equivocadamente rotulada pelo Código de Defesa do Consumidor como inversão do ônus da prova. É que, pela norma consumerista, é tão somente autorizada a dispensa do ônus de provar pelo consumidor, seguida da atribuição de um encargo probatório ao fornecedor.

Ao dispor sobre a possibilidade da inversão do ônus da prova, portanto, o Código de Defesa do Consumidor incorre em uma atecnia, uma vez que, em momento algum, atribui ao fornecedor o ônus de provar o fato constitutivo do direito do consumidor autor do procedimento e, muito menos, o ônus de provar o fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do consumidor réu do procedimento.

Para a facilitação da defesa do consumidor em juízo, o Código de Defesa do Consumidor estabelece apenas a possibilidade de que, por determinação judicial, atribua-se ao fornecedor o ônus de provar a inoccorrência do fato alegado pelo consumidor, seja ele constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo, conforme o consumidor ocupe a posição de autor ou de réu no procedimento.

Um direito básico do consumidor, que, nas hipóteses em que é implementado, impõe contornos diferenciados à distribuição tradicional do ônus da prova, que deixa de ser estático para assumir uma pioneira e, ainda bastante controvertida, dinamicidade.<sup>2</sup>

## 2. OS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZATIVOS DA DISTRIBUIÇÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA

De acordo com a norma prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, a distribuição judicial do ônus da prova encontra-se condicionada à demonstração de dois requisitos, que devem ser aferidos com base em regras ordinárias de experiência: a verossimilhança das alegações do consumidor e a sua hipossuficiência.

### 2.1 A verossimilhança das alegações do consumidor

A verossimilhança é habitualmente conceituada pela dogmática jurídico-consumerista como a aparência de verdade.<sup>3</sup> Assim, quando se pronunciam sobre a verossimilhança das alegações do consumidor, os estudos formalizados sobre a distribuição *ope judicis* do ônus da prova são frequentes em apontar que, no âmago desse requisito, encontra-se um “juízo *comparativo* entre o fato alegado e o que ‘ordinariamente acontece’, de maneira que a análise do primeiro permita ao observador extrair, mesmo sem provas e por simples raciocínio dedutivo” (SICA, 2007, p.55), a existência aparente de um fato desconhecido.

Nesse sentido, à apuração da verossimilhança das alegações do consumidor, apresenta-se inafastável a realização de uma atividade mental pelo juiz, que é destinada ao preenchimento de uma lacuna fática existente. Diante de alegações indemonstradas pelo consumidor, o julgador vale-se das máximas de experiência para, a partir dos seus conteúdos, apurar e certificar se os fatos a que fazem referência as alegações teriam ou não aparência de verdade.<sup>4</sup>

2 O art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, possibilitou, de modo inovador no Direito brasileiro, a distribuição judicial do ônus da prova em favor do consumidor. Com isso, a norma consumerista estabeleceu contornos prático-teóricos diferenciados ao disposto no art. 333, do Código de Processo Civil (1973), que determina incumbir ao autor o ônus da prova relativo ao fato constitutivo do seu direito e, ao réu, o ônus da prova quanto aos fatos modificativo, impeditivo e extintivo do direito do autor. Recentemente, no entanto, com a publicação da Lei nº 13.105/15, que instituiu o chamado Novo Código de Processo Civil brasileiro, a distribuição dinâmica do ônus da prova foi positivada, também, para as relações não consumeristas. As normas previstas no art. 373, §§ 1º e 2º, do NCPC, determinam que: “§1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. §2º. A decisão prevista no §1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

3 Nesse sentido, veja, em especial, as obras de Cláudio Augusto Pedrassi (2001, p.69), Milton Paulo de Carvalho Filho (2003, p.68), André Gustavo C. de Andrade (2003, p.91-92) e Heitor Vitor Mendonça Sica (2007, p.54).

4 Sobre o conceito de máximas de experiência, destaca-se o magistério de Friedrich Stein (1988, p.27): “São definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desvincilhados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos e que, além desses casos, pretendem ter validade para outros novos.” No original: “Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.” Sobre o tema, no Brasil, confira, sobretudo, a lição de Moacyr Amaral Santos: “O juiz, como homem culto e vivendo em sociedade, no encaminhar das provas, no avaliá-las, no interpretar e aplicar o direito, no decidir, enfim, necessariamente usa de uma porção de noções extrajudiciais, fruto de sua cultura, colhida de seus conhecimentos sociais, científicos, artísticos ou práticos, dos mais aperfeiçoados aos mais rudimentares. São as noções a que se costumou, por iniciativa do processualista STEIN, denominar de máximas da experiência, ou regras da experiência, isto é, juízos formados na observação do que comumente acontece e que, como tais, podem ser formados em abstrato por qualquer pessoa de cultura média”. (SANTOS, 2008, p.351, v. II)

Daí, pela dogmática jurídico-consumerista, a verossimilhança consistiria em uma medida (grau) do conhecimento da verdade, apurável exclusivamente pelo magistrado. É o que se lê de há muito, aliás, na lição de Piero Calamandrei:

[...] o juízo de verossimilhança não aguarda as representações probatórias do fato a provar: baseia-se, mas que na indagação em concreto, em uma máxima de experiência que corresponde à frequência com que na realidade se produzem os fatos do tipo alegado. É um juízo 'típico', que não surge da comparação entre diferentes representações do mesmo fato (entre a representação que dá a parte e, por exemplo, as que lhe dão as testemunhas), e sim da confrontação entre uma representação dele dada pela parte e um juízo de ordem geral, já adquirido anteriormente, que tem por objeto a categoria típica sob a qual se pode incluir abstratamente no fato representado. (CALAMANDREI, 2003, p.285, v. III)

Em outros termos, de acordo com a dogmática jurídico-consumerista, a verossimilhança não é “o que se pode ver (inferir) pela similitude (conjectura sobre base físico-corroborativa-verossimilitude) das alegações condutoras dos *conteúdos de materialidade da prova* instrumentalizados e vistos (já existentes) nos autos do procedimento” (LEAL, 2005, p.68). A verossimilhança das alegações do consumidor decorre de um juízo solitário do magistrado sobre aquilo que ordinariamente ocorre em situações semelhantes a que é posta ao exame judicial.

Como esclarece Milton Paulo de Carvalho Filho (2003, p. 68), “[...] a possibilidade de que o fato deduzido possa ser verdadeiro será extraída das regras de experiência do juiz, ou seja, de suas noções abstratas decorrentes da observação do que comumente acontece”. A verossimilhança das alegações do consumidor não é advinda de uma experiência endoprocedimental da qual participem e fiscalizem todos os legitimados ao processo. É oriunda de um critério pressuposto de normalidade, tangido, sopesado, admitido e reproduzido pelo julgador, na condição de um sujeito especialmente qualificado pela investidura no cargo público de juiz.<sup>5</sup>

De conseguinte, na processualidade democrática, o conceito de verossimilhança adotado pela dogmática jurídico-consumerista encontra-se a requerer imediata testificação. Consoante acentua André Cordeiro Leal, pelos ganhos conjecturais proporcionados pelo estudo da prova na teoria do processo contemporâneo, é de se afirmar que:

[...] verossímil não é aquilo que tem aparência de verdade (a ser percebida por um juiz talentoso e com grande 'sensibilidade humanística' (sic), como se lê em Watanabe (2000, p.64), mas o que se poderia colher de uma estrutura procedimental em que elementos (dados extra-autos pensados ou percebidos), por via dos meios (métodos legais de coleta, mediante acatamento da principiologia constitucional do processo, com alegações ensejadas em lei, que dão existência, intra-autos, aos elementos) se fixassem, por meio de instrumentos (laudos, documentos) que, por sua vez, permitissem, em razão exatamente de sua formalização, não só o controle de constitucionalidade desses métodos, como também o grau de coerência das afirmações judiciais sobre esses dados. (LEAL, 2003, p.15-16)

Afinal, como leciona Jürgen Habermas (2003, p.20, v. II), com o advento do marco teórico do Estado Democrático de Direito, qualquer tentativa de enfrentamento das temáticas da produção e da aplicação do direito que ainda se fundamente em um solipsismo decisório inerente a um ator singular ou a um macrosujeito sociopolítico mostra-se frágil.

Diante da fecundidade assumida pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, e, ainda, de sua importância para a obtenção da legitimidade decisória,<sup>6</sup> erige-se tormentosa uma conceituação de verossimilhança que não se vincule ao instituto jurídico da prova.<sup>7</sup>

## 2.2 A hipossuficiência do consumidor

A hipossuficiência do consumidor é o segundo requisito legalmente exigido à distribuição judicial do ônus da prova.

Não se trata da vulnerabilidade do consumidor, já que vulnerável todo consumidor é, conforme reconhece a norma extraída do art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor.<sup>8</sup> A hipossuficiência a que se faz menção também não diz respeito à deficiência econômica do consumidor, tendo em vista que, ao seu enfrentamento, no âmbito procedimental, cuida a Lei nº 1.060/50 que, recentemente, recebeu novos contornos prático-teóricos pelas normas dispostas nos arts. 98 a 102, da Lei nº 13.105/15, que instituiu o denominado Novo Código

5 Para acessar uma crítica contundente à especialidade do julgador, que é pressuposta pela investidura em cargo público de magistrado, veja, notadamente, a obra de Lenio Luiz Streck (2010).

6 Nesse sentido, confira, especialmente, as obras de Jürgen Habermas (2003, p.159, 274 e 326, v. I), André Cordeiro Leal (2002, p. 101-108; 2008, p.129-153), Rosemiro Pereira Leal (2002, p.159-199); Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2012, p.127-129), Vinicius Lott Thibau (2011, p.90-93; 2015, p.58-64), Andréa Alves Almeida (2005, p.122-130) e Carlos Humberto Walter (2008, p.155-164).

7 Sobre o instituto da prova, veja, sobretudo, a obra de Rosemiro Pereira Leal (2001, p.347-357).

8 É o que também se estampa, principalmente, nas obras de Felipe Peixoto Braga Netto (2011, p.48-49), Cintia Rosa Pereira de Lima (2003, p.215), Ernane Fidélis dos Santos (2003, p.273) e Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem (2006, p.184).

de Processo Civil brasileiro.<sup>9</sup>

A hipossuficiência autorizativa da distribuição *ope judicis* do ônus da prova consiste na “diminuição da capacidade do consumidor, não apenas no aspecto econômico, mas a social, de informações, de educação, de participação, de associação, entre outros” (MATOS, 1994, p.166). É a chamada hipossuficiência técnica, ou seja, a ausência de conhecimentos técnicos ou científicos do consumidor relativos à atividade desempenhada pelo fornecedor.

É que, de acordo com a dogmática jurídico-consumerista, se comparado com o consumidor, em regra, o fornecedor tem um maior esclarecimento em relação aos bens e serviços que oferta ao mercado, motivo pelo qual a produção de provas atinentes aos fatos alusivos a esses bens e serviços deve lhe ser conferida.<sup>10</sup>

A discrepância de conhecimentos técnicos ou científicos entre o consumidor e o fornecedor de bens e serviços é que justifica a realização da distribuição judicial do ônus da prova, “inclusive quando esta prova é difícil mesmo para o fornecedor, parte mais forte e *expert* na relação, pois o espírito do CDC é justamente de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores e não o contrário, impondo provar o que é em verdade o ‘risco profissional’ ao – vulnerável e leigo – consumidor” (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p.183-184).

Isso não significa afirmar, contudo, que o fornecedor deve realizar, sempre, a prova de todos os fatos controvertidos suscitados no procedimento. É de se registrar que a hipossuficiência permissiva da distribuição *ope judicis* do ônus de provar pode se verificar em relação a todos os fatos, mas, igualmente, somente quanto a um ou a alguns deles.

A distribuição judicial do ônus da prova deve ocorrer apenas em relação aos fatos sobre os quais recaia a disparidade de conhecimento, conforme esclarece Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2012, p.183), com base nas lições de Antonio Gidi, Milton Paulo de Carvalho Filho e Rodrigo Xavier Leonardo:

A natureza predominante técnica que conota a inversão do ônus da prova conduz a uma importante constatação: a inversão deve se operar sobre o fato (ou fatos) a respeito do que se verifique a assimetria de informação entre o consumidor e o fornecedor.

Com efeito, se a inversão tem lugar na hipótese em que o fornecedor possui o monopólio de uma determinada informação – até mesmo em razão das vicissitudes de seu processo produtivo ou graças ao seu superior poder probatório, por lhe ser mais acessível a fonte de prova, entremostra-se evidente seja ela implementada pelo juiz exclusivamente sobre o fato a respeito do qual ocorre o déficit informativo do consumidor.

Em relação aos demais fatos, por mais que o autor possa encontrar dificuldades para a prova [...], não há razão porque se opere a inversão, sendo irreparável a conclusão segundo a qual “a decisão que inverte genericamente o ônus da prova, causando ao fornecedor uma efetiva impossibilidade de produção probatória, é eivada de nulidade, em razão da violação material das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.”

A distribuição *ope judicis* do ônus da prova, logo, embora seja destinada à facilitação do direito de defesa do consumidor em juízo, não pode ser utilizada como técnica impositiva de prejuízo ao fornecedor quanto ao exercício de seus direitos fundamentais.

Paradoxalmente, entretanto, como concluiu Cíntia Rosa Pereira de Lima (2003, p.223), “a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança de suas alegações são conceitos jurídicos indeterminados, e que o juiz, utilizando as regras ordinárias de experiência, preencherá estes elementos normativos de acordo com as circunstâncias do caso concreto.”

Na apuração dos dois requisitos autorizativos da distribuição judicial do ônus da prova, portanto, sempre sobressai a sensibilidade judicial.

9 Os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, nas edições iniciais de seus comentários sobre a codificação, anunciavam que a hipossuficiência autorizativa da distribuição judicial do ônus da prova seria correspondente à deficiência econômica. Entretanto, revendo esse posicionamento, afirma Kazuo Watanabe que: “Em algumas hipóteses, é suficiente que o consumidor seja dispensado dos gastos com a prova para que ele tenha a proteção necessária. Porém, analisadas várias situações hipotéticas que podem ocorrer na experiência concreta, aquela inteligência do dispositivo legal não propicia a plena consecução do objetivo colimado pelo legislador. Imaginemos um conflito de interesses entre consumidor e montadora de veículos, que diga respeito a vício de fabricação do veículo. A só demonstração, por exemplo, de que o veículo efetivamente apresenta defeito no motor poderá não ser bastante para o estabelecimento do juízo de verossimilhança quanto alegação do consumidor de que é de fabricação o vício do veículo. Não se configurará, assim, a primeira situação prevista no dispositivo em análise. Se o consumidor é pessoa dotada de situação econômica capaz de suportar os custos da demanda, a interpretação restritiva da hipossuficiência mencionada obrigaria o consumidor a assumir o ônus da prova. Não foi isso, evidentemente, o que o legislador quis estabelecer. Numa relação de consumo como a mencionada, a situação do fabricante é de evidente vantagem, pois somente ele tem pleno conhecimento do projeto, da técnica e do processo utilizado na fabricação do veículo, e por isso está em melhores condições de demonstrar a inoccorrência do vício de fabricação. A situação do consumidor é de manifesta vulnerabilidade, independentemente de sua situação econômica. O mesmo acontece, ordinariamente, nas relações de consumo em que a outra parte tem o domínio do conhecimento técnico especializado, em mutação e aperfeiçoamento constantes, como ocorre no setor de informática. Foi precisamente em razão dessas situações, enquadradas no conceito amplo de hipossuficiência, que o legislador estabeleceu a inversão do ônus da prova, para facilitar a tutela jurisdicional do consumidor.” (WATANABE et al, 2007, p.813).

10 Confira, nesse sentido, principalmente, as obras de Cecília Matos (1994, p.166-167), Mirella D'Angelo Caldeira (2001, p.166), Antonio Gidi (1995, p.35), Carlos Roberto Barbosa Moreira (1997, p.303-304), Tânia Lis Tozzoni Nogueira (1998, p.57), Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2012, p.182) e Voltaire de Lima Moraes (1999, p.316).



### 3. A ALTERNATIVIDADE DOS REQUISITOS LEGAIS PERMISSIVOS DA DISTRIBUIÇÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA

Pela determinação do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, identifica-se que a distribuição judicial do ônus da prova é autorizada, à facilitação da defesa dos direitos do consumidor, quando for verossímil a sua alegação ou quando esse for hipossuficiente. Por uma análise gramatical e finalística da norma consumerista, logo, extrai-se que os requisitos da verossimilhança das alegações do consumidor e da sua hipossuficiência apresentam-se como alternativos, bastando que um deles esteja presente para que ocorra a distribuição *ope judicis* do ônus de provar.<sup>11</sup>

Na dogmática jurídico-consumerista, entretanto, o tema é controverso. Embora o dispositivo legal seja impositivo da alternatividade dos requisitos permissivos da distribuição judicial do ônus da prova, autores diversos insurgem-se quanto à normatização, ora sustentando que a existência da verossimilhança das alegações do consumidor, *per se*, não justificaria a distribuição a que se faz referência, ora afirmando que o requisito da hipossuficiência do consumidor não basta para, isoladamente, permitir a distribuição.<sup>12</sup>

Para esses autores, o acolhimento da alternatividade dos requisitos legalmente exigidos à distribuição *ope judicis* do ônus da prova pode gerar uma situação de abusividade em desfavor do fornecedor, já que, por via da distribuição diversa, um novo ônus de provar lhe seria judicialmente determinado, mesmo quando as alegações do consumidor sequer se apresentarem como verossímeis,<sup>13</sup> ou, ainda, quando, apesar de se qualificarem verossímeis, o consumidor não se apresentar como hipossuficiente.<sup>14</sup>

Daí, diante da gravosidade da distribuição *ope judicis* em hipóteses como essas, assevera-se que, não obstante “o texto legal fale nominalmente em verossimilhança ou hipossuficiência, a leitura correta deve substituir o disjuntivo ou pelo aproximativo e [...]” (DINAMARCO, 2001, p.80, v. III), de modo a evitar que, em determinados casos, o consumidor seja imerecidamente beneficiado pela legislação.

Um posicionamento que, como se vê, além de não valorizar a redação do texto normativo, desconsidera que a distribuição judicial do ônus da prova “serve apenas para *facilitar o exercício do direito de defesa* do consumidor (art. 6º, inc. VIII, 1ª parte, CDC), não implicando o automático reconhecimento do direito do consumidor, nem o eximindo, totalmente, do ônus de provar os fatos que conhece melhor do que o fornecedor” (CAMBI, 2006, p.414).

Em outras palavras, pelo disposto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, a distribuição *ope judicis* do ônus de provar dá-se, exclusivamente, em prol da implementação de um direito básico do consumidor. Além disso, conforme oportunamente anunciado, a distribuição judicial do ônus da prova apenas é permitida quanto aos fatos sobre os quais recaia a assimetria de conhecimentos técnicos ou científicos.

Por consectário, como aduz André Gustavo C. de Andrade, a tese da alternatividade dos requisitos autorizativos da distribuição *ope judicis* do ônus da prova erige-se não somente como a mais consentânea com o texto do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, mas, também, como a mais apropriada aos objetivos que devem ser acatados pela codificação consumerista. Consoante salienta o autor:

A alternatividade é indicada pela interpretação literal ou gramatical do dispositivo, que utiliza a conjunção disjuntiva ou alternativa “ou” (em lugar da aditiva ou copulativa “e”) a separar os dois requisitos.

Para que se pudesse interpretar a conjunção alternativa (“ou”) como aditiva (“e”), caberia demonstrar que a inclusão da primeira no texto legal foi de todo equivocada. A conclusão pela necessária cumulatividade dos requisitos teria de ser precedida da demonstração de que a interpretação literal (que é, francamente, a mais favorável ao consumidor), seria ilógica, desarrazoada ou extravagante. [...]

O que se verifica, porém, é que a inversão do ônus da prova com fundamento isolado em cada um dos requisitos legais não acarreta ilogismo. (ANDRADE, 2003, p.93).

11 Na dogmática jurídico-consumerista, a alternatividade dos requisitos legais autorizativos da distribuição judicial do ônus da prova é aderida, sobretudo, por Eduardo Cambi (2006, p.413), Nelson Nery Júnior (1992, p.221), Carlos Roberto Barbosa Moreira (1997, p.301), André Gustavo C. de Andrade (2003, p.93-95), Mirella D'Angelo Caldeira (2001, p.173), Tânia Lis Tizzoni Nogueira (1998, p.58) e Luiz Antonio Rizzatto Nunes (2000, p.122-123).

12 É o que se lê, notadamente, nas obras de Rafael Nichele (1997, p.214), Rodrigo Xavier Leonardo (2004, p.272), Cláudio Augusto Pedrassi (2001, p.70), Cintia Rosa Pereira de Lima (2003, p.222), Cândido Rangel Dinamarco (2001, p.80, v. III) e Antonio Gidi (1995, p.34).

13 De acordo com Rodrigo Xavier Leonardo, se não for acolhida a cumulatividade dos requisitos legalmente previstos à distribuição judicial do ônus da prova, será possível que um “[...] determinado fornecedor de alimentos (um sofisticado e caríssimo restaurante) seja demandado por uma pessoa humilde que alega ter sofrido danos físicos e emocionais provenientes da ingestão de uma refeição estragada no jantar da noite passada. A despeito de não ser verossímil o consumo de alimentos, por uma pessoa humilde, naquele restaurante, não se pode duvidar de eventual hipossuficiência do consumidor em relação àquele fornecedor.” (LEONARDO, 2004, p.272). Em sentido semelhante, confira, ainda, a lição de Antonio Gidi: “Afigura-se-nos que verossímil a alegação tem que ser. A hipossuficiência do consumidor per se não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade. A ser assim, qualquer mendigo do centro da cidade poderia acionar um shopping center luxuoso, requerendo preliminarmente, em face de sua incontestável extrema hipossuficiência, a inversão do ônus da prova para que o réu prove que o seu carro (do mendigo) não estava estacionado nas dependências do shopping e que, nele, não estavam guardadas todas as suas compras de Natal.” (GIDI, 1995, p.34)

14 Nesse sentido, confira, especialmente, a lição de Cândido Rangel Dinamarco que, ao se referir à hipossuficiência como carência econômica, aduz que “[...] favorecer o consumidor abastado transgrediria a garantia da igualdade, ainda quando verossímil o que alega, porque sem o requisito da pobreza não há desigualdades a compensar”. (DINAMARCO, 2001, p.80, v. III)

Por isso, ao que nos parece, não é acolhível a exigência de cumulatividade dos requisitos legalmente previstos à dinamicidade do ônus probatório. A proposição formalizada pelo preenchimento conjunto dos requisitos autorizativos do afastamento do ônus estático de provar não se mostra resistente à testificação (POPPER, 1982, p.344).

#### 4. O MOMENTO PROCEDIMENTAL ADEQUADO PARA A OCORRÊNCIA DA DISTRIBUIÇÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA

Uma última divergência relevante sobre a distribuição *ope judicis* do ônus da prova diz respeito ao momento procedimental adequado para a sua realização. É que, na dogmática jurídico-consumerista, destacam-se, de um lado, autores que afirmam que a distribuição judicial do ônus de provar deve ocorrer na sentença, e, de outro, autores que indicam que a distribuição diversa do ônus da prova deve se verificar no momento do saneamento procedimental.

Uma análise detida dos posicionamentos apresentados remete-nos à conjectura de que o apontamento do momento procedimental adequado para o incremento da distribuição a que faz alusão a norma prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é diretamente influenciado pela taxionomia atribuída às disposições atinentes ao ônus de provar.

Desta forma, se essas são compreendidas como regras de julgamento, a distribuição diversa do ônus da prova deverá ser efetivada na sentença. Se, no entanto, as normas regentes do ônus da prova são abordadas como regras de procedimento, a sua distribuição deve ocorrer no momento do saneamento procedimental.

##### 4.1 A distribuição judicial do ônus da prova na sentença

Segundo o entendimento de que as normas fixadas sobre os ônus de provar consistem em regras de julgamento, essas devem ser compreendidas como orientadoras e auxiliares do juiz no ato de sentenciar. Assim sendo, as regras do ônus da prova, e também a sua distribuição *ope judicis*, devem ser empregadas para evitar a decretação do *non liquet* em matéria fática, de forma que a sua utilização somente é possível no instante do julgar.<sup>15</sup>

Compreendendo-se que as normas sobre o ônus da prova configuram-se como regras de julgamento, consumidor e fornecedor devem se ocupar em realizar a fixação de todos os fatos que se apresentem como objeto da prova no espaço procedimental, independentemente do ônus legalmente estipulado em matéria probatória.

Isso porque, consoante afirma José Carlos Barbosa Moreira (1984, p.181-182), o julgamento com base no ônus da prova, por si só, “é uma tragédia psicológica para qualquer juiz de sensibilidade apurada. Esse julgamento, segundo o ônus da prova, só deve sobrevir depois que se esgotarem todos os meios”, tal qual deve ocorrer em relação à distribuição judicial do ônus da prova em favor do consumidor.

É nesse sentido, aliás, que Cecília Matos (1994, p.167) ressalta, ao se pronunciar sobre o réu-fornecedor no procedimento judicial, que, se “o demandado, fiando-se na suposição de que o juiz não inverterá o ônus da prova em favor do demandante, é surpreendido com uma sentença desfavorável, deve creditar seu insucesso mais a um excesso de otimismo, do que à hipotética desobediência ao princípio da ampla defesa.”

Como registra Ernane Fidélis dos Santos, com base em Giovanni Verde, em se baseando a distribuição judicial do ônus da prova nas regras de experiência:

a cada litigante compete [...] fazer a previsão da própria conclusão judicial, optando pelo que lhe é de interesse provar. Ninguém vem ao processo para que a outra parte não prove o que lhe compete. É dever dos litigantes fornecer ao juiz todos os elementos necessários para que os fatos se esclareçam, a não ser, é claro, se tal não lhes é benéfico. Neste caso, se a parte expõe fatos determinados, com conseqüências logicamente previstas, ainda que a outra nada tivesse a provar, é dever desta última apresentar todos os elementos que possam elidir a pretensão contrária, sob pena de correr o risco de fatos serem reconhecidos contra si, independentemente do que poderia apresentar a seu favor. Tal dever de lealdade processual, não atendido, se caracteriza como verdadeira conduta omissiva por passividade que pode ser prejudicial aos interesses da parte no momento do sopesamento das provas, conforme, em comentário à posição de Muñoz Sabate, é a lição de Devis Echandía: “Pasividad, entendida como la adopción, por la parte, que no tiene la carga de probar ni de alegar, de una conducta puramente pasiva, cuando podría colaborar para el esclarecimiento de la litis, mediante aclaraciones y precisiones que normalmente daría litigante veraz o aportando pruebas que están a su alcance, siempre que no sean superfluas y que no le resulten gravosas”. (SANTOS, 2003, p.228-279)

15 Nesse sentido, veja, em especial, as obras de Cecília Matos (1994, p.167), Nelson Nery Junior (1992, p.217-218), Cíntia Rosa Pereira Lima (2003, p.227), Ernane Fidélis dos Santos (2003, p.277-278) e André Gustavo C. de Andrade (2003, p.97).

16 Para acessar um esboço histórico do princípio do contraditório, bem como o seu delineamento como garantia de influência e não surpresa, confira, notadamente, a obra de Dierle José Coelho Nunes (2008, p. 225-239). Analisando as interfaces teóricas entre a distribuição judicial do ônus da prova e o princípio do contraditório, veja, especialmente, as obras de Heitor Vítor Mendonça Sica (2007, p.63), Eduardo Cambi (2006, p.418-419), Carlos Roberto Barbosa Moreira (1997, p.306), Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2012, p.197-200) e Milton Paulo de Carvalho Filho (2003, p.77).

17 Nesse sentido, confira, principalmente, as obras de Fernanda Gomes e Souza Borges (2013, p.197-198), Carlos Roberto Barbosa Moreira

Na lição de Cíntia Rosa Pereira de Lima (2003, p.227), assim, o fornecedor “não pode alegar ignorância de lei que prevê como direito do consumidor a possibilidade da inversão do ônus da prova”. Se as normas determinativas do ônus de provar erigem-se como regras de julgamento, o fornecedor deve sempre considerar a possibilidade de que a distribuição indicada no art. 6º, VIII, da codificação consumerista, ocorra na sentença.

#### 4.2 A distribuição judicial do ônus da prova no saneamento procedimental

Compreendidas as normas do ônus da prova como regras de procedimento, a distribuição *ope judicis* no ato sentencial não se apresenta recepcionável. Entendendo-se que as normas do ônus de provar são determinativas de uma atividade atribuída à parte, a distribuição diversa deve ocorrer em momento procedimental apto a possibilitar o exercício do direito de provar pelo fornecedor que, pela legislação, não seria titular inicial do ônus probatório que lhe é imputado.

Caso isso não ocorra, a distribuição judicial do ônus da prova deixará de se impor como técnica procedimental destinada à facilitação do exercício do direito de defesa do consumidor em juízo (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor) para assumir a condição de técnica procedimental geradora de malefício ao fornecedor que, surpreendido com a distribuição *ope judicis* do ônus de provar, não teria a oportunidade de se desincumbir do novo encargo probatório que lhe é conferido e, muito menos, de participar da construção da decisão judicial, cujos efeitos sofrerá.

O que não percebem os autores que se filiam à possibilidade de que a distribuição judicial do ônus da prova ocorra na sentença é que essa distribuição requer observância irrestrita da principiologia do processo democrático. Se a distribuição *ope judicis* do ônus de provar somente ocorre no ato sentencial, o princípio do contraditório como garantia de influência e de não surpresa não receberá acatamento.<sup>16</sup>

Daí, entendemos que o momento adequado para a ocorrência da distribuição judicial do ônus da prova é o do saneamento procedimental.<sup>17</sup> É que, de acordo com a norma extraída do art. 331, §2º, do Código de Processo Civil de 1973, é no espaço-tempo da audiência preliminar, ou do equivocadamente denominado despacho saneador, que o magistrado fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões procedimentais pendentes e determinará os meios de prova a serem utilizados, designando audiência de instrução e julgamento, caso seja necessário.

Note-se, por oportuno, que a identificação do saneamento como momento procedimental adequado para a distribuição *ope judicis* do ônus da prova fica ainda mais clara pelo disposto na Lei nº 13.105/15. Como se lê da norma prevista no art. 357, do chamado Novo Código de Processo Civil brasileiro, não se verificando, na etapa intitulada julgamento conforme o estado do processo, a extinção procedimental ou o julgamento antecipado do mérito, o juiz deverá, em decisão de saneamento, definir a distribuição do ônus da prova, observando a já mencionada normatização do art. 373.

Por consectário, uma vez que a distribuição *ope judicis* do ônus da prova apresenta-se como técnica excepcional, aplicável, exclusivamente, em favor da facilitação do exercício do direito de defesa do consumidor em juízo, é de se afastar a possibilidade de que o fornecedor seja penalizado pela ausência de uma atividade probatória que, antes da instalação da dinamicidade do ônus de provar, não lhe era legalmente exigida.

## 5. CONCLUSÃO

Com base no exposto, conclui-se que, apesar do longo prazo de vigência do Código de Defesa do Consumidor, a temática da distribuição judicial do ônus da prova ainda se apresenta bastante controvertida na dogmática jurídico-consumerista, principalmente no que respeita à delimitação conceitual dos seus requisitos autorizativos, à exigência da alternatividade desses requisitos para a sua realização, bem como ao momento procedimental adequado para a sua ocorrência.

Com efeito, não obstante a distribuição *ope judicis* do ônus da prova consista em um direito básico do consumidor, o seu emprego encontra-se permeado por uma série de divergências teóricas que, se não forem enfrentadas a partir dos conteúdos informativos da processualidade democrática, podem impossibilitar até mesmo o cumprimento do objetivo pretendido com a dinamicidade do ônus probatório examinada, que é a facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo.

---

16 Para acessar um esboço histórico do princípio do contraditório, bem como o seu delineamento como garantia de influência e não surpresa, confira, notadamente, a obra de Dierle José Coelho Nunes (2008, p. 225-239). Analisando as interfaces teóricas entre a distribuição judicial do ônus da prova e o princípio do contraditório, veja, especialmente, as obras de Heitor Vítor Mendonça Sica (2007, p.63), Eduardo Cambi (2006, p.418-419), Carlos Roberto Barbosa Moreira (1997, p.306), Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2012, p.197-200) e Milton Paulo de Carvalho Filho (2003, p.77).

17 Nesse sentido, confira, principalmente, as obras de Fernanda Gomes e Souza Borges (2013, p.197-198), Carlos Roberto Barbosa Moreira (1997, p.306), Eduardo Cambi (2006, p.418-420), Voltaire de Lima Moraes (1999, p.317-318), Antonio Gidi (1995, p.38-39), Rafael Nichele (1997, p.221-222), Cláudio Augusto Pedrassi (2001, p.71) e Milton Paulo de Carvalho Filho (2003, p.77).

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- ANDRADE, André Gustavo C. de. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 48, p. 89-114, out.- dez. 2003.
- BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 86, p. 295-309, abr.- jun. 1997.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 35, p. 177-184, 1984.
- BORGES, Fernanda Gomes e Souza. *A prova no processo civil democrático*. Curitiba: Juruá, 2013.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.
- BRASIL. Código de processo civil (1973). *Código de processo civil e constituição federal*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. *Lei Federal nº 8.078*, de 11 de set. de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.
- BRASIL. *Lei Federal nº 13.105*, de 16 mar. 2015. Código de processo civil.
- BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, v. III.
- CALDEIRA, Mirella D'Angelo. Ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, p. 166-180, abr.- jun. 2001.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil – admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 807, p. 56-81, jan. 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, v. III.
- GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 13, p. 33-41, jan.- mar. 1995.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I e II.
- LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LEAL, André Cordeiro. A teoria do processo de conhecimento e a inconstitucionalidade do sistema de provas dos juizados especiais cíveis (lei n. 9.099/95). *Revista do Unicentro Izabela Hendrix*, Nova Lima, v. 2, p. 11-19, 2003.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; BRÊTAS, Ronaldo C. Dias (coord.). *Temas atuais de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 347-357.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Verossimilhança e inequívocidade na tutela antecipada em processo civil. In: LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 62-70.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- LIMA, Cintia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 47, p. 201-231, jul.- set. 2003.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MATOS, Cecília. O ônus da prova no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 11, p. 161-169, jul.- set. 1994.
- MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no código de processo civil e no código de defesa do consumidor. *Revista Direito & Justiça*, Porto Alegre, EDIPUCRS, v. 20, n. 21, p. 309-319, 1999.

- NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 1, p. 200-221, 1992.
- NICHELE, Rafael. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor – restrições quanto à sua aplicação. *Revista Direito & Justiça*, Porto Alegre, EDIPUCRS, v. 18, n. 21, p. 209-225, 1997.
- NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor* – o ônus da prova no direito das relações de consumo. Curitiba: Juruá, 1998.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático* – uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 917, p. 175-202, mar. 2012.
- PEDRASSI, Cláudio Augusto. O ônus da prova e o art. 6º, VIII, do CDC (Lei 8.078/90). *Revista Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 2, jul.- dez. 2001.
- POPPER, Karl Raimund. *Conjecturas e refutações* – o progresso do conhecimento científico. Tradução Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. O ônus da prova no código do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 47, p. 269-279, jul.- set. 2003.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. II.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 146, p. 49-68, abr. 2007.
- STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez* – investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos. 2. ed. Traducción y notas de Andrés de la Oliva Santos. Bogotá: TEMIS, 1988.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto* – decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- THIBAU, Vinicius Lott. *Presunção e prova no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.
- THIBAU, Vinicius Lott. Teoria do processo democrático e técnica probatória. In: BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 49-69.
- WALTER, Carlos Humberto. *Discurso jurídico na democracia* – processualidade constitucionalizada. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- WATANABE, Kazuo *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

---

**Recebido em:** 15/08/2015

**Aprovado em:** 18/01/2016



Quem se prepara, não para.