

Curso de Direito
FUCAP Univinte

ORGANIZADORES

Jailson Pereira

Ana Cristina Corrêa Melo

**DIREITO
EM SÉRIE**



ORGANIZADORES

**JAILSON PEREIRA
ANA CRISTINA CORRÊA MELO**

DIREITO EM SÉRIE



Copyright © 2019 by Editora FUCAP

Título: Direito em série.

Editoração: Andreza dos Santos.

Capa: Ana Cristina Corrêa Melo.

Impressão/Acabamento: Gráfica Editora Humaitá.

CONSELHO EDITORIAL

Expedito Michels (Presidente)

Emillie Michels

Andreza dos Santos

Dr. Diego Passoni

Dr. José Antônio da Silva

Dr. Nelson G. Casagrande

Dr. Roberto M. da Silveira

Dr. Rodolfo Lucas Bortoluzzi

Dr. Rodrigo Luvizotto

Dra. Jamile Marques

Dr. Hamilcar Boing

Dra. Beatriz M. de Azevedo

Dra. Patrícia de Sá Freire

Dra. Joana Dar'c S. da Silva

Dra. Solange Maria da Silva

Dr. Paulo Cesar L. Esteves

Dra. Adriana C. Pinto Vieira

D627d

Direito em série. / Jailson Pereira; Ana Cristina Corrêa Melo. (org.)

Capivari de Baixo: Editora FUCAP, 2019.

330 p.; 21 cm.

ISBN: 978-85-66962-17-8

1. Direito constitucional – Brasil. I. Pereira, Jailson. II. Melo, Ana Cristina Corrêa de. III. Título.

CDD 341.2

(Catalogação na fonte por Andreza dos Santos – CRB/14 866)

Editora FUCAP – Avenida Nações Unidas Nº 500 – Santo André
Capivari de Baixo/SC.

Todos os Direitos Reservados Proibidos a produção total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo art. 184 do Código Penal



EDITORA FUCAP

Impresso no Brasil
2019

ORGANIZADORES

JAILSON PEREIRA

Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - SC - UNIVALI (CAPES 6), com Dupla Diplomação com a Widener University - Delaware Law School – Estados Unidos, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - SC - UNIVALI (CAPES 6), Especialista em Direito Internacional - Comércio Exterior, pela Escola Paulista de Direito - EPD e Especialista em Administração Tributária Empresarial pela UDESC - SC. Advogado militante na área de Direito Empresarial, Inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina sob o número 10.697 e na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo sob o número 305.238-A, Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina. Atua também na área de consultoria em negócios internacionais com escritório na cidade de Miami, Estados Unidos. Coordenador do Curso de Direito da Faculdades Capivari – FUCAP - Univinte, Professor Titular da Disciplina de Direito Constitucional II e de Prática Jurídica Cível. E-mail: jailson@jailsonpereira.com.br.

ANA CRISTINA CORRÊA MELO

Mestre em Direito Internacional Privado pela Universidad de Buenos Aires (ARG) reconhecimento pela USP. Especialista em Relações Internacionais. Pesquisadora na Universidade de São Paulo no Grupo de Pesquisa sobre a Pluralidade das Fontes no Direito Internacional Privado e o Brasil, certificado pelo CNPq. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, Membro da Comissão Estadual de Direitos Humanos da OAB/SC. Professora Titular das Disciplinas de Direito Constitucional I, Direito Processual Civil IV e V na FUCAP Univinte. E-mail: accorreameo@gmail.com.

DIREITO EM SÉRIE

COLABORADORES

Alexsandro da Silva
Ana Cristina Corrêa Melo
Artur Mazzucco Fabro
Camila L. Nandi de Albuquerque
Claudinéia O. de Assunção Mota
Cleiton Luiz N. de Oliveira
Fernanda Ambros
Fernanda Mallmann
Jailson Pereira
Lucas Lopes da Rosa
Rafael Leandro
Roger Laureano



Capivari de Baixo
2019

“São necessárias novas práticas pedagógicas para uma educação transformadora que esteja centrada na condição humana, no desenvolvimento da compreensão, da sensibilidade e da ética, na diversidade cultural, na pluralidade de indivíduos, e que privilegie a construção de um conhecimento de natureza transdisciplinar, envolvendo as relações indivíduo-sociedade-natureza. Esta é a condição fundamental para a construção de um futuro viável para as gerações presentes e futuras”¹ .

¹ MORIN, Edgar. Os sete saberes necessário à educação do futuro. São Paulo: Cortez, 2018. P.13.

APRESENTAÇÃO

O Curso de Direito da FUCAP, iniciado em agosto de 2016, traz para a AMUREL uma importante contribuição para o desenvolvimento de toda a região. O Professor Expedito Michels, Diretor da Faculdade Capivari, é um expoente do ensino que o cultiva com talento e ousadia para a impulsão da educação do nível superior e conseqüente desenvolvimento da economia dos Municípios no entorno da Faculdade.

Nesse sentido, o bacharel em Direito ao egressar da Faculdade Capivari terá a capacidade para enfrentar os desafios do mundo jurídico contemporâneo, consciente de seu papel como agente de transformação social, na busca constante pela justiça e pela pacificação dos conflitos.

Para isso, apresentamos o Livro “Direito em Série” uma publicação doravante quadrimestral, cujo objetivo é o incentivo da produção científica por parte do quadro docente do Curso de Direito. Será no futuro próximo uma ferramenta de incentivo também para a publicação dos nossos Alunos. A Resolução CNE/CES 5/2018, instrui que o projeto pedagógico do curso deverá incentivar “à pesquisa e à extensão, como fator necessário ao prolongamento da atividade de ensino e como instrumento à iniciação científica²”.

Portanto, os artigos aqui dispostos representam, de maneira ímpar, a pesquisa científica desenvolvida pelos nossos Professores, a fim de contribuir substancialmente para o enriquecimento do Direito, com um olhar na contemporaneidade dos temas e na urgência das revoluções sociais.

² BRASIL. **Resolução CNE/CES 5/2018**. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104111-rces005-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192. Acesso em julho de 2019. Artigo 2º, inciso IX, da Resolução que dispõe: “incentivo, de modo discriminado, pesquisa e extensão, como fator necessário ao prolongamento da atividade de ensino e como instrumento para a iniciação científica”.

Assim, os organizadores desejam que a obra seja de alcance de todos, contribuindo para formação dos nossos futuros profissionais do Direito e que os incentivem no labor diário de desenvolver um país e, porque não, um mundo melhor.

Jailson Pereira
Ana Cristina Corrêa Melo

SUMÁRIO

**ATIVISMO JUDICIAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES –
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO FENÔMENO NO DIREITO
NORTE-AMERICANO E NO DIREITO BRASILEIRO.....16**

Jailson Pereira

**CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE DO
CRIME DE DESACATO E SUAS IMPLICAÇÕES NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....33**

Alexsandro da Silva

Mariane Carvalho Corrêa

**A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE DOS CASOS DA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA O ESTUDO
DO DIREITO CONSTITUCIONAL49**

Ana Cristina Corrêa Melo

**CONCEITOS ESSENCIALMENTE CONTESTADOS:
APONTAMENTOS SOBRE A METODOLOGIA E OS PROCESSOS
HISTÓRICOS NA TEORIA POLÍTICA.....71**

Artur Mazzucco Fabro

**POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS NO BRASIL: UM
RESGATE HISTÓRICO85**

Camila Leonardo Nandi de Albuquerque

**ASPECTOS DESTACADOS DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE
CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO
.....111**

Claudinéia Onofre de Assunção Mota

ANÁLISE CRÍTICA DA LEI N. 13.497/17.....127

Cleiton Luiz Neves de Oliveira

**DIREITO DE AÇÃO E LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO À
LUZ DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO TRF DA 4ª
REGIÃO.....151**

Fernanda Ambros

**INCERTEZA CIENTÍFICA E OS REFLEXOS DE NEXO NA
RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL.....173**

Fernanda Mallmann

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: BREVES
APONTAMENTOS SOBRE AS DISPOSIÇÕES DO DIREITO
BRASILEIRO (CIVIL LAW) X DIREITO AMERICANO (COMMON
LAW)193**

Lucas Lopes da Rosa

Jailson Pereira

**A CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL NAS TURMAS
RECURSAIS DE SANTA CATARINA E TRIBUNAL REGIONAL
FEDERAL DA 4ª REGIÃO ACERCA DO FATOR PREVIDENCIÁRIO
NA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DO
PROFESSOR215**

Rafael Leandro

**RACIONALIZAÇÃO, BUROCRACIA E POLÍTICA: UMA
PERSPECTIVA WEBERIANA.....241**

Roger Laureano

ATIVISMO JUDICIAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES – CONSIDERAÇÕES ACERCA DO FENÔMENO NO DIREITO NORTE-AMERICANO E NO DIREITO BRASILEIRO

*Jailson Pereira*¹

RESUMO

O presente artigo tem como objeto tecer algumas considerações necessárias para o entendimento do Ativismo Judicial² praticado no sistema jurídico da *Common Law*, especificamente nos Estados Unidos da América, assim como a forma como vem sendo praticado no Brasil. O seu objetivo, partindo de um relato sobre a evolução histórica da *Common Law* nos Estados Unidos, é buscar, dentro do desenvolvimento deste Sistema Jurídico, o que representa o Ativismo Judicial naquele país, e, na dimensão brasileira, a concepção de um Estado submetido ao Direito positivado, arraigado nos Princípios da Legalidade e da Isonomia.

O debate no âmbito dos Três Poderes acerca do excesso de lacunas da lei deixadas por falha do Poder Legislativo e supridas pelo Poder Judiciário não é novo, porém continua sendo de alta relevância a sua discussão para a Sociedade, pois a prática do Ativismo Judicial no Brasil vem fazendo com que o Poder Judiciário substitua o Poder Legislativo em função reservada ao mesmo pela Constituição.

¹Doutorando do programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em ciência jurídica da UNIVALI (CAPES 6) e na *Delaware Law School* (doutorado sanduíche), na linha de pesquisa constitucionalismo e produção do direito. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Santa Catarina, membro do Instituto dos Advogados de Santa Catarina. Professor titular das disciplinas de direito constitucional II e prática cível na FUCAP Univinte. E-mail: jailson@jailsonpereira.com.br.

²[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao poder judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). In: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 129.

1 INTRODUÇÃO

A constante evolução da Sociedade³ exige cada vez mais velocidade do legislador nos países que adotam o Sistema Jurídico que conhecemos como *Civil Law*, para que o direito positivado não perca sua efetividade para a solução das demandas apresentadas. O dinamismo com que as relações de trabalho, relações comerciais e atividade econômica vêm sofrendo mudanças, faz com que nasça a preocupação cada vez maior pelo equilíbrio do Ordenamento Jurídico e sua plena harmonia com a Sociedade, sob o risco de não se entregar a Segurança Jurídica⁴ buscada e almejada por todos.⁵

Para Rosa, “ O discurso do capital aponta que o Poder Judiciário é por demais lento e burocratizado, incompatível com a rapidez imediata que a dinâmica do mercado exige...”⁶

Nas palavras de Bodnar e Cruz:

O mundo vem mudando com velocidade extraordinária. E os estados – e o direito – insistem em viver a partir de padrões teóricos dos séculos XVII, XVIII e XIX. A impressão que dá é que tudo de mais genial com relação à teoria do estado e do direito foi produzido na modernidade e que se está condenado a ficar dando voltas, tentando saber como as interpretações da

³[...] se a Categoria ESTADO merece ser grafada com a letra E maiúscula, muito mais merece a Categoria SOCIEDADE ser grafada com a letra S em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!”. Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018, p. 179. (Negritos e destaques no original)

⁴[...] segurança jurídica, é a característica de todo sujeito saber as condições em sua relação com os outros sujeitos, segundo a ordem jurídica. É o fundamento das instituições jurídicas. É o amparo jurídico dado pelo ordenamento jurídico aos interesses individuais e coletivos, quanto à liberdade, propriedade e direito fundamentais em relação a outros sujeitos e mesmo diante do Estado”. Conforme: DE PAULA, Alexandre Sturion. **Ativismo judicial no processo Civil: limites e possibilidades constitucionais**. Campinas: Servanda, 2012, p. 155.

⁵Nas palavras de Eros Graus: “A sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias.” *In* GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na constituição de 1988**. 18.ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p.30

⁶ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & economic**. São Paulo: Lumen Juris, 2010, p.61.

constituição programática vão resolver os problemas. Além disso, o mundo jurídico pouco se dá conta de que a ciência do direito está sendo atropelada pelas outras ciências, que possuem seus “tempos” muito mais desenvolvidos e adequados à atual realidade da sociedade hipercomplexa. É como pretender cruzar hoje o oceano comandando um jato de última geração, tendo como instrumentos de navegação aqueles disponíveis no século XVII ou XVIII. Até seria possível, teoricamente, mas o risco de um desastre seria incrivelmente alto.⁷

Para Pasold:

A realidade contemporânea, sem dúvida, requer do Estado não somente uma eficiência administrativa, mas é principalmente uma atuação – legítima e dinâmica – voltada à participação consciente do Homem na consecução de seu nobre destino. Isto será feito através da dinâmica social que implica a utilização do instrumento estatal em favor da criação e da realização de condições de sensibilidade, racionalidade e acessibilidade – com Igualdade de possibilidades – para o Homem, frente a alternativas efetivamente existentes nos planos político, social, cultural e econômico. Somente sob tal moldura haverá Democracia efetiva.⁸

Porém, encontramos no universo jurídico brasileiro, a presença do Ativismo Judicial, que, ao nosso entendimento contraria o Princípio da Segurança Jurídica, ao tempo que gera a incerteza da entrega do Direito a quem o busca e na forma com que busca, podendo inclusive afastar a presença da Democracia.

Lançando os olhares ao universo dos Estados Unidos da América, importante o estudo do desenvolvimento do Sistema Jurídico norte-americano, ao tempo de sua riqueza quando nos atentamos ao surgimento e desenvolvimento do

⁷BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A comolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do estado. **Novos estudos jurídicos**, [S.l.], v. 21, n. 3, p. 1332-1351, nov. 2016. ISSN 2175-0491. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9700/5451>. Acesso em: 13 dez. 2018.

⁸PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 4. ed. rev. amp. Itajaí: Univali, 2013. Ebook <http://siaiap28.univali.br/LstFree.aspx.p.50>.

chamado Ativismo Judicial no sistema da *Common Law*, a fim de que possamos ter uma ideia e não uma comparação, se existem semelhanças na prática do Ativismo Judicial nos dois Sistemas Jurídicos.

Para Campos:

O debate norte-americano é de alcance extraordinário e transcende as fronteiras das academias de Direito e de Ciências Políticas para ser recorrente também na mídia. Na esfera político-eleitoral, há incomparável politização do termo, o qual se transformou em elemento retórico e estratégico de políticos e governantes de diferentes inclinações ideológicas para os propósitos mais diversos. O debate norte-americano é também completo.

E complementa o Autor:

O ativismo judicial nos Estados Unidos foi desenvolvido em contextos ideológico, político, social e cultural tão ricos e conflituosos, de aspectos tão amplos e, ao mesmo tempo, tão polarizados que seus diferentes elementos e variáveis o conferem utilizada didática única. A compreensão do debate norte-americano é imprescindível para a investigação do tema em qualquer outra realidade política e seus mais destacados elementos e variáveis serão de extraordinária relevância para a compreensão do ativismo judicial contemporâneo no Brasil.⁹

Também neste ponto, Bodnar e Cruz se manifestam:

O ativismo judicial, portanto, significa a judicialização de funções até então tidas como típicas dos outros dois poderes do estado. Como já sugerido anteriormente, uma série de fatores concorreu para este fenômeno, mas o principal deles, de fato, decorre da incapacidade dos poderes legislativo e executivo em acompanhar o “tempo” da sociedade hipercomplexa, fazendo com que o princípio da separação dos poderes, tal como foi concebido originalmente, sofra significativa relativização. Daí a transferência dos poderes decisórios de outros poderes ao Poder Judiciário. Este

⁹CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.41-42.

fenômeno vem, paulatinamente, dando um intenso protagonismo ao Poder Judiciário e fazendo com que o Civil Law se aproxime do Common Law.¹⁰

O que se busca construir neste artigo não é uma crítica acirrada, nem uma aceitação à presença de Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal Brasileiro, o que se busca é identificar o fenômeno e algumas diferenças quando praticados no sistema jurídico positivista e quando praticado do sistema de precedentes norte-americano.

Para tanto, o artigo está dividido em três itens. No primeiro tratando do sistema origem da *Common Law* nos Estados Unidos. No segundo tratando especificamente do Ativismo Judicial nos Estados Unidos e no terceiro item apresentamos as considerações sobre o fenômeno do Ativismo Judicial no Brasil.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o Ativismo Judicial.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação¹¹ foi utilizado o Método Indutivo¹², na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano¹³, e, o Relatório dos Resultados expresso no presente Artigo é composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da

¹⁰BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A comolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do estado. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 21, n. 3, p. 1332-1351, nov. 2016. ISSN 2175-0491. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9700/5451>. Acesso em: 13 dez. 2018.

¹¹[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 14. ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: Emais, 2018. p. 91. (Negritos conforme o original)

¹²[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 95.

¹³Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente¹⁴, da Categoria¹⁵, do Conceito Operacional¹⁶ e da Pesquisa Bibliográfica¹⁷.

2 AS ORIGENS DA COMMON LAW NOS ESTADOS UNIDOS

O sistema jurídico americano da *Common Law* se desenvolveu a partir das raízes do Direito Inglês, que se criou dentro de um ambiente (Europeu) onde o Sistema Jurídico predominante era derivado do sistema romano, o chamado *Civil Law*. O chamado Direito Inglês não absorveu os princípios e metodologias relacionados ao Direito Romano, acabando por desenvolver um sistema baseado na origem de seus costumes.

Nas palavras de Hughes:

The earliest idea of the common law was advanced by the English Kings' judges some 900 years ago in an attempt to create a national legal system and to consolidate royal power through the centralization of the administration of justice. The national, royal courts proved very attractive to litigants because of their relative freedom from corruption and their ability to enforce judgments on a national basis through the executive power of royal officials. The law they applied was said to be 'common', because it allegedly represented customs common to the whole kingdom, in contrast with rules applied only locally, or with the law in ecclesiastical courts that were applying a foreign system.¹⁸

¹⁴ “[...] explicitação prévia do (s) motivo (s), do (s) objetivo (s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62. (Negritos conforme o original)

¹⁵ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31. (Negritos conforme o original)

¹⁶ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 43. (Negritos conforme o original)

¹⁷ Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 21.

¹⁸ HUGHES, Graham. **Fundamentals of American Law**. New York. Oxford University Press Inc. 1998. p. 9. “A ideia mais antiga de direito comum foi apresentada pelos juizes reis ingleses há 900 anos, na tentativa de criar um sistema jurídico nacional e consolidar o poder real por meio da

Os Estados Unidos não seguiram exatamente o modelo anglo-saxônico, apesar de terem sido colonizados pelos ingleses. As treze colônias¹⁹ que deram origem aos Estados Unidos da América, nasceram de forma isolada e não havia um pacto federativo que sustentasse sequer uma tentativa de união entre elas, o que as levou inclusive a desenvolver peculiaridades em seus próprios sistemas jurídicos.

Friedman, em sua obra sobre a história do sistema jurídico americano, acerca das razões das diferenças entre o modelo inglês e americano afirma:

The conditions of settlement and of development within each colony meant that each evolved its own individual legal system, just as each evolved its individual social and political system. Geographical isolation, the date and character of the several settlements, the degree of absence of outside supervision or control, all had their effect in ultimately developing thirteen separate legal systems.²⁰

O elemento cultural, como também o elemento ideológico foi essencial para afastar o Sistema Jurídico das Colônias do sistema da Inglaterra. A realidade vivida em cada uma das treze Colônias era completamente diversa da realidade vivida na Europa.

centralização da administração da justiça. Os tribunais nacionais mostraram-se verdadeiramente atraentes para os litigantes por causa de sua relativa liberdade de corrupção e de sua capacidade de aplicar sentenças em bases nacionais por meio do poder executivo dos funcionários reais. Diziam que a lei que eles aplicavam era "comum", porque supostamente representava costumes comuns a todo o reino, em contraste com regras aplicadas apenas localmente, ou com a lei em tribunais eclesiais que aplicavam um sistema estrangeiro". (Tradução livre do autor do presente Artigo)

¹⁹ As treze colônias formadas pelos britânicos eram: Carolina do Norte, Carolina do Sul, Connecticut, Delaware, Georgia, Rhoda Island, Massachusetts, Maryland, New Hampshire, Nova York, Nova Jérsei, Pensilvania e Virginia.

²⁰FRIEDMAN, Lawrence M. **A History of American Law**. 3. ed. New York: Touchstone. 2001. p. 4. "As condições de assentamento e de desenvolvimento dentro de cada colônia significavam que cada uma delas desenvolvia seu próprio sistema legal individual, da mesma forma que cada uma delas desenvolvia seu sistema social e político de forma individual. O isolamento geográfico, a data e o caráter dos vários assentamentos, o grau de ausência de supervisão ou controle externo, todos tiveram seu efeito no desenvolvimento final de treze sistemas legais separados". (Tradução livre do autor do presente Artigo)

Anteriormente a Revolução Americana, as Colônias seguiam a estrutura legal inglesa não como um modelo, mas como um referencial, pois o faziam de forma precária, pois havia forte discordância sobre a quase totalidade dos aspectos sociais e econômicos com a Inglaterra.²¹

Com a independência declarada pelas treze colônias em 1776, mais premente ainda restou configurada a diferença entre elas, apesar da tentativa de estabelecer-se uma Confederação. Somente com a Convenção Constitucional de 1787, as colônias reconheceram a importância de se estabelecer um governo centralizado, o que veio a ocorrer com o texto constitucional de 1787.²²

Para Farnsworth:

The final text of the Constitution shows the influence of principles developed in the course of history. The notions that the people are sovereign and that their government is based on a social compact may be found in the preamble, in the provisions for state conventions to ratify the completed Constitution, and in the idea that powers are “granted” to the central government. The theory that the federal government is one of limited powers is evidenced by their enumeration, including the power to tax, to wage war, to regulate interstate a foreign commerce, and to make treaties; as to the residue of powers, each of the states has the capacity to make law. The concept of the separation of the federal legislative, executive, and judicial powers is implied by the form of the Constitution with three separate major articles, each of which delineates one of these major, and presumably distinct, powers.²³

²¹ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the legal system of the United States**. 4. Ed. New York: Oxford University Press, 2010. p. 4.

²²FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the legal system of the United States**. 4. Ed. New York: Oxford University Press, 2010.p. 4.

²³FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the legal system of the United States**. 4. Ed. New York: Oxford University Press, 2010.p. 6. “O texto final da Constituição mostra a influência dos princípios desenvolvidos no curso da história. As noções de que o povo é soberano e que seu governo se baseia em um pacto social podem ser encontradas no preâmbulo, nas provisões das convenções estaduais para ratificar a Constituição, e na ideia de que os poderes são “concedidos” ao governo central. A teoria de que o governo federal é um dos poderes limitados é evidenciada por sua enumeração, incluindo o poder de tributar, de guerrear, regular o comércio interestadual e internacional, fazer tratados; quanto ao resíduo de poderes, cada um dos estados tem a capacidade de fazer lei. O conceito de separação dos poderes legislativo, executivo e judicial

A Constituição dos Estados Unidos da América acabou por contribuir de forma decisiva para as mudanças sofridas pelo Sistema Jurídico americano, o afastando ainda mais do modelo tradicional inglês, em razão de que o federalismo norte-americano decorreu de sua história e das características sociais e econômicas de cada uma das treze Colônias.

O federalismo dos Estados Unidos, instituído pela sua Constituição, constituiu os fundamentos do seu Sistema Jurídico, isto porque, mesmo com a desistência pelas Colônias (Estados a partir da Constituição) de parte de sua soberania ao aderirem ao Pacto Federativo, cada Estado teve a faculdade de elaborar seu próprio direito como melhor lhe aprouvesse, sujeito apenas às restrições constitucionais.

Ainda sobre esta temática, Farnsworth comenta:

The direct influence of contemporary English law in America, which was fading by the time of the Civil War, is negligible today. Only infrequently are the more recent English case cited in contemporary American judicial opinions, and even more rarely will a question arise that turns on the reception of English law.²⁴

Não podemos esquecer de comentar o fato de que havia o grande medo por parte dos americanos, de uma opressão por um distante governo federal, o que contribuiu em muito a criação de um texto constitucional que distanciasse ainda mais o direito americano do direito inglês.

federal está implícito na forma da Constituição com três artigos principais separados, cada um dos quais delinea um desses poderes principais e presumivelmente distintos." (Tradução livre do autor do presente Artigo)

²⁴FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the legal system of the United States**. 4. Ed. New York: Oxford University Press, 2010.p. 15. "A influência direta da lei inglesa contemporânea na América, que estava desaparecendo na época da Guerra Civil, é insignificante hoje em dia. Raramente o caso inglês mais recente é citado em opiniões judiciais americanas contemporâneas, e ainda mais raramente surge uma questão que recorre à recepção da lei inglesa". (Tradução livre do autor do presente Artigo).

3 O ATIVISMO JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, quando se fala em Ativismo Judicial, costuma-se sempre fazer menção à categoria Democracia, ao argumento de que tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo foram formados com o voto popular e não deveriam ter seus atos corrigidos pelo Poder Judiciário. E mais, não constaria no texto constitucional de forma clara os poderes de controle de constitucionalidade da Suprema Corte norte-americana.

Para Fallon:

In the United States today, the conjunction of democracy in constitutional interpretation with sharp ideological division in politics has produced, or at least threatens to generate, serious grounds for forward-looking worry about the legitimacy of constitutional adjudication by the Supreme Court, at least in the sociological and ultimately in the moral sense.²⁵

A crítica nos Estados Unidos se dá em torno da afirmação de que a Suprema Corte teria se tornado, na prática, a mais alta autoridade governante daquela nação, pois as leis não estariam sendo feitas pelos representantes devidamente eleitos pelo povo, mas sim por um grupo de juízes que nunca foram eleitos pelo povo e sim nomeados pelo chefe do Poder Executivo.

Aliadas a esta linha, estão as questões atinentes às nomeações dos Juízes para a Suprema Corte. Neste ponto vem também a crítica e uma proposta de Fallon:

As the Supreme Court has come to play an increasingly prominent and ideologically inflected role in our constitutional

²⁵FALLON, Richard H. Jr. **Law and Legitimacy in the Supreme Court**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2018. p.157.

“Nos Estados Unidos de hoje, a conjunção da democracia na interpretação constitucional com acentuada divisão ideológica na política produziu, ou pelo menos ameaça gerar, sérios motivos para uma preocupação de futuro sobre a legitimidade da adjudicação constitucional pelo Supremo Tribunal, pelo menos no sentido sociológico e, finalmente, no sentido moral.” (Tradução livre do autor do presente Artigo)

scheme, presidents in making nominations to the Court and the Senate in confirmation votes have correspondingly viewed the appointment of Justices as matters of high political and sometimes partisan consequence.”

[...]

“Although the principal reasons involve democratic theory and political fairness, it may also be worth pointing out that if a convention of moderation in judicial nominations could be established, it could operate in the long-term interest of both conservative and liberal leaders. If not, a rule or convention of moderation would not predictably stop either party from exploiting a distinctive, natural, long-term advantage in being able to stock the Court with aggressive partisans.²⁶

Para Lemieux e Watkins:

The democratic status of judicial review has been the subject of a good deal of recent work in legal and political theory. While there are exceptions, most arguments on this subject can be grouped into two categories. First, there are those that critique judicial review from democratic standpoint, arguing it usurps important democratic decisions from the majoritarian institutions (such as legislator), where they belong. In contrast, others have argued that judicial review is justified precisely because of its counter majoritarian powers that it constitutes a necessary and useful check on democratic majorities.²⁷

²⁶FALLON, Richard H. Jr. **Law and legitimacy in the Supreme Court**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2018. p.157.

“A medida que a Suprema Corte vem desempenhando um papel cada vez mais proeminente e ideologicamente influenciado em nosso esquema constitucional, os presidentes em nomeações para a Corte e o Senado em votos de confirmação têm correspondentemente visto a nomeação de juízes como assuntos de alta política e às vezes partidários. consequência.” “Embora as principais razões envolvam a teoria democrática e a justiça política, também pode valer a pena ressaltar que, se uma moderação em nomeações judiciais pudesse ser estabelecida, ela poderia operar no interesse de longo prazo dos líderes conservadores e liberais. Se não, uma regra ou convenção de moderação não impediria, de forma predeterminada, que qualquer das partes explorasse uma vantagem distinta, natural e de longo prazo em poder estocar o Tribunal com partidários agressivos”. (Tradução livre do autor do presente Artigo)

²⁷LEMIEUX, Scott E, WATKINS David J. **Judicial Review and Contemporary Democratic Theory**. Power, Domination, and the Courts. New York: Routledge, 2018.p.45. “O status democrático da revisão judicial tem sido objeto de um bom trabalho recente na teoria jurídica e política. Embora existam exceções, a maioria dos argumentos sobre esse assunto pode ser agrupada em duas categorias. Primeiro, há aqueles que criticam a revisão judicial do ponto de vista democrático, argumentando que ela usurpa importantes decisões democráticas das instituições majoritárias (como o legislador), onde elas pertencem. Em contraste, outros argumentaram que a revisão

Por outro lado, como citado já por Alexander Hamilton na peça número 78 do Federalista, o Judiciário seria o Poder menos temível, pois não teria ferramentas para impor uma resolução ativa com as tem o Legislativo e o Executivo.

4 O ATIVISMO JUDICIAL NO MODELO BRASILEIRO

No Brasil o Ativismo Judicial sobre críticas profundas, mas também tem seus defensores. Se por um lado o Princípio da Separação dos Poderes tem que ser respeitado a todo custo, até porque Princípio do nosso texto Constitucional, por outro, como garantir que os três Poderes exerçam suas funções dentro das suas limitações se não for possível exercer a interferência?

Em relação ao modelo jurídico brasileiro, adepto ao sistema positivista da *Civil Law*, e que segue eivado de críticas em relação à falta de entrega efetiva de Segurança Jurídica, certo que existem questões que não foram tratadas pelo Poder Legislativo e que são remetidas ao crivo do Poder Judiciário para a sua solução. Porém, muitas vezes o Poder Judiciário, mesmo não tendo capacidade institucional para solucionar a demanda, vem decidindo. Por outras, a Suprema Corte brasileira ultrapassa a linha que separa sua atuação da dos demais poderes, o que tem que ser visto com muita cautela diante da necessidade do equilíbrio entre os três poderes.²⁸²⁹

judicial é justificada precisamente por causa de seus poderes majoritários - que constitui uma verificação necessária e útil das maiorias democráticas. (Tradução livre do autor do presente Artigo)

²⁸Para Montesquieu: “Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo, de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder do executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.” MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004. Título original: *De l'esprit des lois*.p.166.

²⁹Na doutrina de José Afonso da Silva: “A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e

O aumento da prática do Ativismo Judicial pela Suprema Corte brasileira é um fenômeno recente, que muitos atribuem ao fato de existir uma crise institucional e democrática junto ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo. Na própria Corte existem entendimentos divergentes sobre estas razões.³⁰³¹

A falta de regulamentação ou legislação sobre determinada matéria pode ser superada pela atuação do Poder Judiciário, o que não deve ser superado pelo Poder Judiciário são os limites de suas competências normativas, do próprio Direito Positivo³² e o respeito ao Princípio da Separação dos Poderes.

fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público." In: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p.108.

³⁰ Para o Ministro do STF Luis Roberto Barroso, "A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização os valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. [...] o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. [...] a ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades construindo regras específicas da conduta de enunciados vagos. In: BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.89.

³¹ Sobre o tema, em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes afirmou: "Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional." In: **BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510/DF**. Relator: Min. Carlos Brito. Trecho, do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf> >. Acesso em: 21 ago 18.

³²Heller, sobre o tema, discorre: "O direito é a forma de manifestação necessária, tanto do ponto de vista moral-espiritual como técnico, de todo o poder permanente. A função criadora do poder que tem o direito acha-se condicionada, de um lado, por uma normatividade e, de outro, por sua positividade." "In" HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: *Staatslehre*,p.233.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Expostos os breves comentários retro, o primeiro ponto que nos chama a atenção em relação ao Ativismo Judicial praticado nos Estados Unidos, é que a Suprema Corte norte-americana tem agido no sentido de corrigir, de conter as atividades do Poder Legislativo e do Poder Executivo, enquanto que no Brasil, o Poder Judiciário tem agido tanto para suprir a falta da atividade legislativa necessária, quanto de forma extensiva às suas atividades normativas.

Quando tratamos da Separação dos Poderes, vemos no modelo norte-americano um respeito maior ao texto constitucional do que no modelo brasileiro.

O Poder Judiciário brasileiro, mesmo sob a égide de ser o guardião da Constituição Federal, o que faz ativamente pela atuação do Supremo Tribunal Federal, deve ser comedido em suas deliberações, para que não tenha um protagonismo exacerbado e atue fora dos limites da sua Jurisdição Constitucional, pois a interferência contínua nas políticas públicas trará um efeito reverso do que se busca.

A interferência nas políticas públicas pelo Poder Judiciário afasta a eficácia e a efetividade da atividade do Estado em prol da Sociedade. Isto não quer dizer que o Poder Judiciário não possa usar de suas prerrogativas de “guardião da Constituição”, nem tampouco de exercer a fiscalização sobre os demais poderes.

Certo que o processo é a ferramenta da concretização do Direito, que é a forma de atuação da Jurisdição, e esta deve ser guiada pelas normas aplicáveis à espécie, observando sempre a ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Icone, 1995.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A comolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do estado. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 21, n. 3, p. 1332-1351, nov. 2016. ISSN 2175-0491. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9700/5451>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510/DF**. Relator: Min. Carlos Brito. Trecho, do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DE PAULA, Alexandre Sturion. **Ativismo judicial no processo civil. Limites e possibilidades constitucionais**. Campinas: Servanda, 2012.

FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the legal system of the United States**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2010.

FALLON, Richard H. Jr. **Law and legitimacy in the Supreme Court**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2018.

FRIEDMAN, Lawrence M. **A history of American Law**. 3. ed. New York: Touchstone. 2001

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 18.ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: *Staatslehre*.

HUGHES, Graham. **Fundamentals of American Law**. New York. Oxford University Press Inc.1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEMIEUX, Scott E, WATKINS David J. **Judicial review and contemporary democratic theory**. Power, Domination, and the Courts. New York: Routledge, 2018.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 4. ed. rev. amp. Itajaí: Univali, 2013. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 14. ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: Emais, 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economic**. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO E SUAS IMPLICAÇÕES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Alexsandro da Silva¹
Mariane Carvalho Corrêa²*

RESUMO

O presente artigo pressupõe a análise da in (compatibilidade) do crime de desacato com o ordenamento jurídico brasileiro constitucional e a Convenção Americana de Direitos Humanos, sob a ótica dos direitos à liberdade de expressão e livre manifestação do pensamento. Inicialmente, analisa-se o crime de desacato previsto no artigo 331 Código Penal, explicitando os aspectos necessários à sua devida compreensão. Aborda-se como se deu a internalização da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) no ordenamento jurídico brasileiro, adentrando na esfera de discussão sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humano segundo a Constituição Federal e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

1 INTRODUÇÃO

O crime de desacato encontra-se previsto no artigo 331 do Código Penal, que dispõe da seguinte redação: “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”.³

¹ Doutorando em direito constitucional pela Universidade de Buenos Aires (ARG). Mestre em administração. Bacharel em direito e administração. Especialista em gestão e direito ambiental; em direito constitucional aplicado; em direito penal e processo penal; em gestão pública; em direito tributário; em direito do trabalho, processo do trabalho; em direito administrativo; em direito previdenciário e em direito corporativo e compliance. MBA internacional em gestão executiva. Professor titular da disciplina de direito penal na FUCAP Univinte. E-mail: alexsandrodasilva3@gmail.com.

² Bacharel em direito.

Diante de decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, tem-se percebido um cenário incerto acerca da tipificação do crime de desacato, havendo discussões pertinentes sobre sua (des) criminalização e análise da (in) compatibilidade com fundamentos da Convenção Americana de Direitos Humanos e direitos fundamentais de liberdade de expressão e livre manifestação do pensamento previstos na Constituição Federal.

Percebe-se da jurisprudência brasileira que os tratados internacionais acabam não sendo respeitados, gerando instabilidade jurídica, principalmente diante das diferentes decisões sobre o crime em estudo, proferidas pela Quinta Turma e Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça e, recentemente, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

Em 15 de dezembro de 2016, a Quinta Turma do STJ entendeu que o desacato à autoridade não pode ser considerado crime, utilizando como fundamento o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que institui o direito à liberdade de pensamento e de expressão, afastando a condenação penal por esse delito.

Entretanto, em 24 de maio de 2017, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu que o desacato continua a ser crime, valendo-se do argumento de que a sua tipificação é uma proteção ao agente público.

Recentemente, em março de 2018, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, corroborando com o entendimento proferido pela Terceira Seção do STJ, entendeu que o desacato deve constar no ordenamento jurídico como forma de assegurar a proteção aos que exercem a função pública.

Dessa forma, através dos julgados supracitados, percebe-se que ainda não há consenso acerca da descriminalização do crime de desacato e sua aplicabilidade no

³ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 12 fev. 2018.

ordenamento jurídico brasileiro, questão esta que deve ser analisada sob a égide da posição hierárquica que os tratados internacionais assumem no ordenamento jurídico brasileiro.

2 DO CRIME DE DESACATO

Historicamente, a punição do delito em comento remonta ao direito antigo, possuindo aplicação desde o direito romano, o qual reprimia as ofensas irrogadas contra os magistrados, cujas penas aplicadas se classificavam como as mais graves, consistindo em deportação, para alguns e pena de morte, para outros.⁴

A injúria perpetrada contra magistrado era classificada de *iniuria atrox*, considerada das mais graves, de forma a sujeitar o agente à pena capital, comumente conhecida como pena de morte.⁵

Hodiernamente, o delito encontra previsão legal no artigo 331 do Código Penal brasileiro de 1940, cujo teor ainda vigora. Todavia, possui redação diferente da que dispunha o Código Criminal do Império, preceituando, expressamente, a punição não apenas pelas ofensas proferidas contra o funcionário público no exercício de suas funções, abrangendo, também, as ofensas irrogadas quando não estiver às exercendo, de forma a ampliar o alcance da tipificação.

O crime de desacato está positivado no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 331 do Código Penal em vigor, que dispõe do seguinte preceito normativo: “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa”.⁶

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial, vol. 5: crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 216.

⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, vol 3, parte especial: arts. 250 a 359-H**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 564.

⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 12 fev. 2018.

No que tange ao exercício da função, o funcionário público, no momento do fato, encontra-se desempenhando um ato de seu ofício, pouco importando o local em que se encontre, seja na repartição pública ou fora dela. No segundo caso, o desacato está relacionado com o exercício da função, embora o sujeito passivo, no momento da conduta, não esteja realizando ato de ofício, está sendo ofendido em razão dela.⁷

Identifica-se o núcleo do tipo do crime em análise na conduta derivada do verbo “desacatar”. Todavia, o legislador em momento algum se preocupou em descrever de forma clara e inequívoca o que vem a caracterizar a conduta de desacato ou os atos que o configuram, cabendo aos estudiosos a análise do dispositivo legal para buscar a conceituação e o sentido do delito em apreço.

Nesse diapasão, a conduta de desacatar, de acordo com a conceituação de Greco⁸, deve ser entendida no sentido de faltar com o devido respeito, menosprezar, afrontar, desprezar o funcionário público.

Nesse sentido, esclarece Hungria⁹ no tocante a conceituação do delito que:

A ofensa constitutiva do desacato é **qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário**. É a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos, etc. Uma expressão grosseira, ainda que não contumeliosa, proferida em altos brados ou de modo a provocar escândalo, bastará para que se identifique o desacato (Grifo nosso).

Conforme percebe-se do exposto, corrobora com esse

⁷ JESUS, Damásio de. **Direito penal, vol. 4: parte especial: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 261.

⁸ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. Vol. I. 19. ed. rev. amp.e atual. Niterói: Impetus, 2017. p. 1698.

⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. vol. I. 19. ed. rev. amp. e atual. Niterói: Impetus, 2017. p. 1698.

entendimento Cunha¹⁰, que defende a ideia de que o dispositivo em questão visa resguardar o respeito (e prestígio) da função pública, assegurando, por conseguinte, o regular andamento das atividades administrativas.

Alerta-se, no entanto, que apesar desse crime estar previsto em capítulo que trata dos crimes praticados por particulares, nada impede que o funcionário público seja sujeito ativo do delito, pois deve considerar-se que o capítulo em que está inserido versa sobre crime comum no tocante à figura do sujeito ativo, de maneira diversa ao que dispõe o Capítulo I, que engloba os crimes próprios ou funcionais.¹¹

Dessa maneira, apenas o fato do título do Capítulo referir-se aos crimes praticados por particular, não tem o condão de excluir da esfera de possíveis autores do delito o funcionário público quando agir impelido do ânimo de ofender outro funcionário, sendo essa discussão tratada em tópico próprio.¹²

Em decorrência de ser classificado como crime comum, o sujeito ativo do crime de desacato pode ser qualquer pessoa que realize o verbo do tipo e profira ofensas contra o funcionário público, não se exigindo nenhuma condição específica do agente ofensor para que haja a configuração.¹³

Por conseguinte, no que diz respeito à possibilidade de desacato praticado pelo advogado, a Lei nº 8.906/94 que institui o Estatuto da Advocacia dispõe, em seu artigo 7º, § 2º, que o advogado tem imunidade profissional, de forma que não constitui injúria, difamação ou desacato puníveis as

¹⁰ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Editora: JusPodivm, 2017. p. 842.

¹¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, vol. 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual e dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 499.

¹² REALE JUNIOR, Miguel. **Direito penal: Jurisprudência em debate**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 753.

¹³ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. JusPodivm, 2017. p. 842.

manifestações proferidas no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele.

O Estatuto da OAB ampliou o artigo 142, inciso I do Código Penal que dispõe da seguinte redação: “não constituem injúria ou difamação punível: I – a ofensa irrogada e m juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador”.¹⁴

3 DA CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE DESACATO

Para que o delito em comento se configure, necessária se faz a presença do funcionário público no momento em que a ofensa é irrogada. No entanto, não se exige que seja proferida face a face, bastando que, de alguma forma, o funcionário público possa escutá-la, presenciá-la ou que, de qualquer forma, seja por ele percebida.¹⁵

Caso o funcionário público não esteja presente quando ocorrer a conduta do agente, mesmo que praticado em razão das suas funções, o fato poderá enquadrar-se a um delito contra a honra, com a incidência da causa de aumento de pena prevista no artigo 141, inciso II, do Código Penal, mas não como crime de desacato.¹⁶

Se a ofensa é transmitida mediante carta ou e-mail, haverá a caracterização de crime contra a honra e não o delito de desacato, em razão da ausência do funcionário público.¹⁷

De fundamental importância frisar que, o delito em análise não se constitui apenas quando o funcionário público encontra-se no exercício de sua função, podendo configurar-se quando o funcionário, mesmo que não esteja exercendo a

¹⁴ BRASIL. Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm. Acesso em: 02 abr. 2018.

¹⁵ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. vol. 19. ed. rev. amp. e atual. Niterói: Impetus, 2017. p. 1698.

¹⁶ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. vol. I. 19. ed. rev. amp. e atual. Niterói: Impetus, 2017. p. 1703.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, vol. 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual e dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 522.

função, é ofendido em razão dela, consoante ditames do artigo 331 do Código Penal.¹⁸

Assim, a conduta de menosprezo deve dizer respeito às funções exercidas pelo funcionário, de forma a atingir diretamente a Administração Pública. Qualquer ofensa que diga respeito a problemas pessoais que não coloque em desprestígio as funções por este exercida, pode configurar outra figura típica que não o crime de desacato.¹⁹

Ressalta-se que a publicidade do fato não constitui elemento do tipo, pouco importando se a conduta é realizada somente na presença do sujeito passivo ou de diversas pessoas. O crime restará consumado no exato instante em que a ofensa for proferida na presença do funcionário público.²⁰

Feitas tais ponderações sobre a configuração do crime de desacato, passa-se à análise de casos específicos.

No que diz respeito ao delito de desacato cometido em casos de exaltação ou desabafo, há de ser levado em consideração o estado emocional em que o suposto ofensor se encontrava. As condições pessoais, grau de cultura, estado de lucidez, desespero pessoal, os quais podem fragilizar o equilíbrio emocional do ser humano, não podem ser desconsiderados para fins de configuração.²¹

¹⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 12 fev. 2018.

¹⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. vol I. 19. ed. rev. amp. e atual. Niterói: Impetus, 2017. p. 1698.

²⁰ JESUS, Damásio de. **Direito penal, vol. 4: parte especial: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 261.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial, vol. 5: crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 223.

4 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO INTERNO

Hodiernamente, o controle de convencionalidade tem adquirido atenção especial em razão das repercussões ocorridas com as decisões dos tribunais sobre a descriminalização ou não do crime de desacato, com base no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O controle de convencionalidade, instrumento jurídico cujo objetivo é fiscalizar a compatibilidade das leis infraconstitucionais com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, mediante o controle de verticalidade, a fim de dirimir os conflitos verificado entre o direito interno e internacional, ainda é pouco utilizado entre os juristas no plano nacional.²²

Esse controle, portanto, diferencia-se do controle de constitucionalidade na medida em que este é utilizado para verificar a adequação de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição Federal, verificando se os requisitos formais e materiais estão de acordo com a normativa constitucional, servindo como parâmetro para o controle de verticalidade.²³

Assim sendo, a hierarquia normativa instituída na pirâmide de Kelsen prevê a Constituição Federal no topo, razão pela qual, a legislação infraconstitucional que com ela esteja em conflito, desafia o controle de constitucionalidade.²⁴

Com o objetivo de solucionar conflitos entre a legislação interna e internacional, o controle de convencionalidade pode ser realizado pela própria Corte Interamericana de Direitos

²² GUERRA, Sidney. **O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013. p. 179.

²³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1120.

²⁴ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. vol. I. 19. ed. rev. amp. e atual. Niterói: Impetus, 2017. p. 144.

Humanos ou pelos tribunais dos países que fazem parte do tratado internacional.²⁵

Inicialmente, o controle deve ser efetuado no plano nacional pelos juízes e tribunais locais, sem que haja qualquer manifestação do tribunal internacional sobre a respeito. Caso o Poder Judiciário não tenha efetuado esse controle ou, ainda que realizado, tenha sido insuficiente, as cortes internacionais poderão realizar o controle de convencionalidade de uma norma interna.²⁶

Assim sendo, a CIDH tem legitimidade para assegurar a supremacia da Convenção Americana de Direitos Humanos mediante o controle de convencionalidade, funcionando como um controle judicial de sua interpretação e aplicabilidade na legislação interna, para verificação do cumprimento pelos Estados-partes da Convenção, já que ela visa a proteção sobre os direitos humanos.²⁷

Nesse diapasão, o controle será levado a efeito pelos tribunais internacionais somente de forma complementar ao realizado no plano interno, ou seja, para superar as incongruências na legislação interna com a internacional.²⁸

Anote-se ainda, que o advento da EC 45/2004 aditou o artigo o inciso V-A e § 5, do artigo 109 da Constituição Federal, permitindo que diante de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República possa suscitar perante o Superior Tribunal de Justiça o incidente de deslocamento de competência, que da Justiça Estadual passa a ser da Justiça Federal, para assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos, cujo teor legislativo assim dispõe:

²⁵ GUERRA, Sidney. **O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. p. 179.

²⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 245.

²⁷ GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. p. 180.

²⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 245.

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

V-A – as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5.º deste artigo;

(...)

§ 5.º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.²⁹

Com efeito, ao internalizar um tratado internacional de direitos humanos no ordenamento jurídico, o Estado se vincula ao mesmo, sendo seu promiscuo dever garantir mecanismos no plano in terno que estejam afinados com as normas internacionais.³⁰

Cumpra ressaltar que, indiretamente, as leis de desacato restringem a liberdade de expressão porque trazem como penalidade a ameaça de prisão ou multas para quem insultar ou ofender funcionários públicos. Nesse contexto, o temor de sanções criminais desencoraja os cidadãos de expressarem suas opiniões, especialmente quando a legislação não distingue entre fatos e juízos de valor.³¹

A Comissão Internacional de Direitos Humanos menciona em sua interpretação que importa distinguir a má conduta que altera ou impede o cumprimento das funções do funcionário público e o discurso que faz crítica ao desempenho individual. Para tanto, embora o crime de desacato existente nos ordenamentos jurídicos exija que o discurso ofensivo seja

²⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 fev. 2018.

³⁰ GUERRA, Sidney. **O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. p. 187.

³¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Informe sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a convenção americana de direitos humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm>. Acesso em: 11 jun. 2018.

proferido na presença do funcionário público para evitar distorções, ainda há punição da liberdade de expressão quando se refere à honra do funcionário público.³²

Ademais, considerando a importância da liberdade de expressão como direito inerente a todos os seres humanos e alicerces do sistema democrático, para assegurar o exercício das liberdades civis e dos direitos humanos, a CIDH decidiu criar o Relatório sobre Liberdade de Expressão, em 17 de outubro de 1997.³³

Em defesa a esse direito, a Declaração em comento assegura em seu Princípio 11 que: Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como ‘leis de desacato’, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.³⁴

A esse respeito, a Declaração reproduz o entendimento adotado no Informe Anual de 1994, delineado em tópico anterior, sobre a incompatibilidade do crime de desacato com Convenção Americana de Direitos Humanos.

Posto isto, infere-se que o crime de desacato tipificado em nosso ordenamento jurídico não encontra amparo na Convenção Americana de Direitos Humanos e nem na interpretação realizada pela CIDH.

Por conseguinte, no ano de 2016, a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão publicou a compilação dos relatórios anuais da Comissão Interamericana de Direitos

³² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Informe sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a convenção americana de direitos humanos.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm>. Acesso em: 11 jun. 2018.

³³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatoria especial para a liberdade de expressão.** Antecedentes e interpretação da declaração de princípios sobre liberdade de expressão. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artiD=132&IID=4>. Acesso em: 12 jun. 2018.

³⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão interamericana de direitos humanos. **Relatoria especial para a liberdade de expressão.** Antecedentes e interpretação da declaração de princípios sobre liberdade de expressão. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artiD=132&IID=4>. Acesso em: 12 jun. 2018.

Humanos de 2005 a 2015, de forma sistematizada e traduzida ao português, analisando a liberdade de expressão no Brasil.³⁵

Dentre os avanços dispostos no primeiro capítulo de avaliação da situação da liberdade de expressão no Brasil em 2015, destaca-se a decisão do juiz Alexandre Moraes da Rosa, da 4ª Vara Criminal da Comarca da Capital de Santa Catarina que, em 17 de março de 2015 julgou improcedente denúncia ofertada pelo representante do Ministério Público, nos autos nº 0067370-64.2012.8.24.0023, contra Alex Sandro dos Santos Ferraz pelo crime de desacato.³⁶

De acordo com a sentença proferida, o acusado disse aos policiais que interviam na briga da qual ele participava que “não gostava de polícia, e que eram todos lotes de bichos arrogantes e que não serviam para nada”. No julgamento, o juiz reconheceu pela inexistência do crime de desacato em um Estado Democrático de Direito, fundamentando sua decisão na Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão adotada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2000, bem como na prevalência do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos sobre o Código Penal.³⁷

Portando, vislumbra-se que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por vezes, tem se manifestado pela abolição do desacato dos ordenamentos jurídicos por lesividade ao princípio da liberdade de expressão

³⁵ BRASIL. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria especial para a liberdade de expressão. **Liberdade de expressão no Brasil: relatórios anuais da relatoria especial para a liberdade de expressão da CIDH 2005-2015**. Ano: 2016. Disponível em: [http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/BrasilLibertad Expresion2016.pdf](http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/BrasilLibertad%20Expresion2016.pdf). Acesso em: 11 jun. 2018. p. 15.

³⁶ BRASIL. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria especial para a liberdade de expressão. **Liberdade de expressão no Brasil: relatórios anuais da relatoria especial para a liberdade de expressão da CIDH 2005-2015**. Ano: 2016. Disponível em: [http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/BrasilLibertad Expresion2016.pdf](http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/BrasilLibertad%20Expresion2016.pdf). Acesso em: 11 jun. 2018. p. 23-24.

³⁷ BRASIL. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria especial para a liberdade de expressão. **Liberdade de expressão no Brasil: relatórios anuais da relatoria especial para a liberdade de expressão da CIDH 2005-2015**. Ano: 2016. Disponível em: [http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/BrasilLibertad Expresion2016.pdf](http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/BrasilLibertad%20Expresion2016.pdf). Acesso em: 11 jun. 2018. p. 23-24.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo objetivou estudar o crime de desacato tipificado no Código Penal e as suas peculiaridades, a fim de analisar se ele é ou não compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, mediante a observância dos direitos de liberdade de expressão e livre manifestação do pensamento, dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assim como os parâmetros estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual o Brasil é signatário desde 1992.

Conclui-se, por fim, que o crime de desacato é incompatível com nosso ordenamento jurídico, em razão servir como parâmetro de proteção excessivo aos funcionários públicos, limitar a liberdade de expressão dos indivíduos e servir como forma de intimidação das opiniões públicas desfavoráveis mediante a imposição de sanções penais que, por mais que sejam relativamente leves, poderão ocasionar consequências futuras, em especial no campo profissional, pois essa eventual condenação constará na ficha de antecedentes criminais. Por essas razões, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recomenda que as punições pelo crime de desacato sejam abolidas dos ordenamentos jurídicos.

Se o Estado existe para servir aos cidadãos e, sendo os funcionários públicos a representação do Estado, agindo em seu nome, não há razões para essa proteção exacerbada, visto que um dos mecanismos mais democráticos para exercer direitos é a liberdade de expressão.

Ademais, o direito penal deve ser utilizado somente quando outras esferas do direito se mostrarem insuficientes para tutelar o ilícito, protegendo somente os bens jurídicos considerados mais importantes que são inviáveis de proteção adequada por outro ramo do direito.

Para solucionar o problema instituído no presente trabalho, poderá ser utilizado o controle de convencionalidade

das leis como medida capaz de compatibilizar o crime de desacato, através de uma análise vertical com a Convenção Americana de Direitos Humanos que, de acordo com o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, possui natureza supralegal, ou seja, acima da legislação infraconstitucional, mas abaixo da Constituição Federal.

Evidencia-se, portanto, que a descriminalização do crime de desacato constitui-se como o meio viável e necessário para o exercício dos direitos de liberdade de expressão e livre manifestação do pensamento, importando ressaltar que essa abolição do crime em análise não deixará o funcionário público vulnerável, visto que poderá o ato desproporcional ser tutelado por outros meios diferentes da tipificação criminal do desacato, como de natureza cível e até mesmo penal, por outro crime.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**, vol. 5: crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm. Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. **Decreto legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998**. Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/decretolegislativo-89-3-dezembro-1998-369634-publicacaooriginal-1-pl.html> . Acesso em: 09 abr. 2018.

BRASIL. Comissão interamericana de direitos humanos. Relatoria especial para a liberdade de expressão. **Liberdade**

de expressão no Brasil: relatórios anuais da relatoria especial para a liberdade de expressão da cidh 2005-2015. Ano: 2016. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/BrasilLibertadExpresion2016.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 12 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm. Acesso em: 02 abr. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, vol. 3, parte especial:** dos crimes contra a dignidade sexual e dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-h). 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal:** parte especial (arts. 121 ao 361). 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador. JusPodivm, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso penal comentado.** 11. ed. rev. amp. e atual. Niterói: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte geral. vol. I. 19. ed. rev. amp. e atual. Niterói: Impetus, 2017.

GUERRA, Sidney. **O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade.** São Paulo: Atlas, 2013.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, vol. 4**: parte especial: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão interamericana de direitos humanos. **Relatoria especial para a liberdade de expressão**. Antecedentes e interpretação da declaração de princípios sobre liberdade de expressão. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artlD=132&lID=4>. Acesso em: 12 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Informe sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a convenção americana de direitos humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm>. Acesso em: 11 jun. 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, vol 3, parte especial**: Arts. 250 a 359-H. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REALE JUNIOR, Miguel. **Direito penal**: jurisprudência em debate. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE DOS CASOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA O ESTUDO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Ana Cristina Corrêa Melo¹

RESUMO

O presente artigo tem por objeto analisar a importância dos casos da Corte Interamericana de direitos humanos para o estudo do direito constitucional. O objetivo é estudar os casos em que o Brasil foi condenado nos últimos dois anos, sendo os casos analisados “Vladimir Herzog”, “Fazenda Brasil Verde”, “Favela Nova Brasília” e “Povo indígena Xucuru”. A metodologia de natureza básica com abordagem qualitativa e exploratória por intermédio de revisão bibliográfica. Conclui-se com a pesquisa que os direitos humanos não estão consolidados e que é necessária a constante vigilância quanto às ingerências do Estado, e do próprio particular, na vida privada do cidadão. Além disso, verificou-se o estreitamento entre o direito fundamental e o direito humano, afastando a dicotomia entre ambos. De maneira que, o estudo dos Casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos juntamente com o estudo dos direitos fundamentais do artigo 5º da Carta Republicana são indispensáveis para a formação do operador do direito crítico e universalmente contextualizado.

¹ Mestre em direito internacional privado pela Universidad de Buenos Aires (ARG). Especialista em relações internacionais. Pesquisadora na Universidade de São Paulo no grupo de pesquisa sobre a pluralidade das fontes no direito internacional privado e o Brasil, certificado pelo CNPq. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Santa Catarina, membro da Comissão Estadual de Direitos Humanos da OAB/SC. Professora titular das disciplinas de direito constitucional I, direito processual civil IV e V na FUCAP Univinte. E-mail: accorreameo@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Bobbio assevera que a proteção dos direitos do homem são a base das constituições democráticas, de forma que a paz é o mecanismo necessário para que a proteção aos direitos seja efetiva, tanto no Estado como no sistema internacional².

Assim, em 10 de dezembro de 1998, o Brasil passou a se submeter à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Cria-se, a partir daí uma jurisprudência internacional de aplicação das normas internacionais a casos concretos de violação de direitos humanos perpetuados pelo país³.

Dessa forma, o presente estudo tem por objeto analisar as sentenças dos casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos nas quais o Brasil foi condenado nos últimos dois anos, entre 2016 e 2018 e relacioná-los com o ensino dos direitos fundamentais da matéria de Direito Constitucional.

Os casos analisados são: “Vladmir Herzog” que obteve sentença condenatória proferida em março de 2018. Também o caso “Favela Nova Brasília” no qual a sentença condenatória foi proferida em fevereiro de 2017, sendo a primeira a condenar o Brasil por violência policial. E, ainda, o caso “Fazenda Brasil Verde”, em que o Brasil foi condenado em outubro de 2016 e, por último, o caso “Povo indígena Xucuru” em que o país foi condenado em fevereiro de 2018.

Para compreender melhor os conceitos relacionados ao tema foram estudados doutrinadores como Cançado Trindade, Noberto Bobbio, Fábio Konder Comparato, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Flávia Piovesan, André de Carvalho Ramos, Alexandre de Moraes, Valerio Mazzuoli, como referenciais teóricos do tema abordado.

O desenvolvimento do artigo far-se-á da seguinte forma: o primeiro tópico abordará os direitos humanos e fundamentais,

² BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 203.

³ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 12.

enfatizando o desenvolvimento histórico e a correlação e as diferenças entre eles. O segundo tópico abordará os casos da Corte Interamericana, de maneira a analisar cada caso citado. Por último, as considerações finais discorrerão sobre a importância de se inserir a análise das sentenças proferidas pela Corte da OEA no estudo da matéria de Direito Constitucional ainda na graduação.

2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos básicos e fundamentais foram sendo reconhecidos ao longo dos séculos por importantes intelectuais. Hugo Grócio, por exemplo, reconheceu normas inerentes à condição humana, defendendo a existência de um direito natural, de cunho racionalista⁴.

Ainda, no decorrer da história, os direitos básicos de todo cidadão se opunham aos governos absolutistas europeus do século XVII. De forma que o desenvolvimento capitalista do século XVIII ansiava por segurança jurídica e limites à ação autocrática e imprevisível do poder⁵.

Em vista disso, é notável a independência e constituição do Estado americano, quando visa à defesa das liberdades públicas contra o absolutismo do rei. A Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 04 de julho de 1776, determinou que “todos os homens são criados iguais, sendo-lhes conferidos pelo seu Criador certos direitos inalienáveis, entre os quais a Vida, a Liberdade e a busca pela Felicidade [...]”⁶.

A Constituição dos Estados Unidos da América, principalmente as suas dez primeiras emendas, buscou limitar o poder estatal por meio da separação dos poderes e pela consagração de diversos direitos humanos fundamentais:

⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 36

⁵ *Ibid.*, p. 36

⁶ *Ibid.*, p. 39.

“liberdade religiosa; inviolabilidade de domicílio; devido processo legal; julgamento pelo Tribunal do Júri; ampla defesa; impossibilidade de aplicação de penas cruéis ou aberrantes”⁷.

Após as revoluções contrárias aos governos absolutistas e que visavam à consagração do capitalismo liberal, verifica-se na Europa o nascimento dos movimentos sociais que objetivam a diminuição das desigualdades, inserindo nos textos legais direitos sociais básicos.

Assim, nesse período, no âmbito constitucionalista social, destacam-se as Constituições do México (1917), Alemanha (1919) e do Brasil (1934) enquanto que no plano internacional é criada a Organização Internacional do Trabalho, inserida pelo próprio Tratado de Versailles de 1919 que pôs fim a Primeira Guerra Mundial⁸.

Portanto, há um caráter histórico de evolução dos direitos humanos fundamentais que se modificam com o tempo. Gilmar Mendes explica:

Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente – e em face das novas feições assumidas pelo poder. O fenômeno leva Bobbio a concluir que **os direitos não nascem todos de uma só vez, “nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor**⁹. (Grifou-se)

⁷ MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 10.

⁸ RAMOS, André de Carvalho. op.cit., p. 42.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. et.al. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 275-276.

Sendo assim, para Barroso, há uma evolução social dos direitos fundamentais de acordo com a ética e a moral compartilhada pela sociedade em uma determinada comunidade e época¹⁰. Consequentemente, no pós-guerra há uma reconstrução dos direitos humanos, existindo a emergência do “Direito Internacional dos Direitos Humanos” e, a nova feição do Direito Constitucional ocidental, sob o prisma de princípios e valores, conforme explica Piovesan¹¹.

Assim, na atualidade, “os direitos humanos fundamentais” deverão estar previstos, necessariamente, em todas as Constituições, a fim de consagrar o “respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana”¹².

2.1 Direitos humanos e direitos fundamentais: diferenças e similitudes

A Organização dos Estados Americanos avalia o Estado brasileiro quanto às violações a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José, da Costa Rica); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura, como se verá nos casos a serem analisados.

Ocorre que, antes de avaliar a relação entre os direitos, cumpre destacar a diferença, que alguns doutrinadores apontam, entre direitos humanos e direitos fundamentais. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino afirmam que direitos humanos são utilizados para designar direitos pertencentes ao homem, “universalmente considerado”, sem se referir a um ordenamento jurídico específico. Já os direitos fundamentais

¹⁰ Ibid., p.272.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (Coord). **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. p.15-37.

¹² MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 2.

são “aqueles reconhecidos como tais em determinado ordenamento jurídico, de certo Estado”¹³.

Já Carvalho Ramos não admite essa diferenciação de direitos humanos e direitos fundamentais. Segundo o doutrinador, “no sistema interamericano e europeu de direitos humanos, os direitos previstos em tratados podem também ser exigidos e os Estados podem ser cobrados pelo descumprimento de tais normas”¹⁴.

Ainda, o doutrinador explica, sobre a dicotomia entre os termos “direitos humanos”, vinculados ao Direito Internacional, e “direitos fundamentais”, atrelados a um ordenamento jurídico pátrio, que essa diferenciação perde sentido “ainda mais na ocorrência de um processo de aproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos”¹⁵.

Logo, o Direito Internacional e o Direito Constitucional, no que diz respeito à temática dos direitos humanos, estão correlacionados, não mais atuando em sistemas diferentes. Por isso, André de Carvalho Ramos cita outro aspecto de aproximação entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais” que é o reconhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil que atuará quando o Estado brasileiro falhar em proteger os direitos previstos no Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos)¹⁶.

Gerard Neuman, também afirma que utiliza o termo “direitos fundamentais” para se referir tanto ao direito constitucional, como aos direitos humanos. Ele diz:

“The same right, abstractly conceived, e.g., freedom of expression., may be both a human right and a constitutional right. For ease of reference, I will use the phrase “fundamental

¹³ VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 95.

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. *op.cit*, p. 47.

¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48.

¹⁶ *Ibid.*, p. 48.

rights” as an umbrella term including both the constitutional rights and human rights”¹⁷.

Na mesma seara, Mazzuoli afirma que na pós-modernidade as relações entre direito internacional e direito interno “devem afastar a excludência de uma norma pela outra e ceder a coexistência entre elas”, de maneira que se deve dialogar entre “fontes heterogêneas, para que melhor se proteja esse sujeito de direitos”¹⁸.

Também, Comparato afirma que “em várias Constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial, já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional”¹⁹.

Ainda, expressa o mesmo posicionamento Stephen Gardbaum:

I want to raise and address in the remainder of this section is whether this fact points to a major difference between the two legal systems or whether, to the contrary, the difference between them is further reduced because international human rights law is also, or has become, ‘constitutional’ in some significant sense²⁰.

A própria Constituição Federal de 1988, no parágrafo 2º do artigo 5º, determina que os direitos expressos no seu texto, não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa seja parte.

Nesse sentido, Cançado Trindade nos explica:

¹⁷ NEUMAN, Gerald L. Human rights and constitutional rights: harmony and dissonance. **Stanford Law Review**. vol. 55, n. 5, may, 2003, pp. 1863-1900. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1229566>. Acesso em: 30 maio 2019.

¹⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 149.

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 74.

²⁰ GARDBAUM, Stephen. **Human rights as international constitutional rights**. *European Journal of International Law*, Volume 19, Issue 4, September 2008, Pages 749–768. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ejil/chn042> Acesso em 30 de maio de 2019. “O autor expõe que a diferença entre os direitos humanos e o direito constitucional estão reduzidas, de forma que os direitos humanos se tornaram a lei constitucional” (tradução livre pela autora).

No presente contexto, **o direito internacional e o direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano.** É alentador constatar, nestes não derradeiros a conduzirmos a final do século, que **o direito internacional e o direito interno caminham juntos e apontam na mesma direção, coincidindo no propósito básico comum e último da proteção do ser humano**²¹. (Grifou-se).

Nos casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, houve a violação de direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, que foi severamente condenado por infringi-los. Entretanto, esses direitos também possuíam previsão expressa na Constituição da República, sendo que o Poder Judiciário não foi capaz de guardá-los.

Portanto, o direito contemporâneo não mais comporta a dicotomia entre direito humano e direito fundamental. Além da similitude entre os textos internacionais e a constituição pátria, os direitos ali consagrados possuem mecanismos de proteção tanto no âmbito interno, Poder Judiciário, como no âmbito internacional, Corte Interamericana de Direitos Humanos. De maneira que o estudo das sentenças condenatórias do Estado brasileiro aporta significativo conteúdo para a compreensão do próprio texto constitucional em seu aspecto mais prático.

3 CASOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Com o intuito de concretizar o aprendizado acerca dos direitos fundamentais do artigo 5^o, o estudo das condenações do Brasil auxilia os acadêmicos do Curso de Direito a perceber

²¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à prestação dos direitos humanos nos planos internacional e nacional.** Direito e Democracia, Canoas, vol. 1, n. 1, p. 5-52, 1^o sem 2000. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2199/1494> Acesso em 19 nov. 2018.

de que forma todos os direitos consagrados na Magna Carta e nos tratados internacionais de direitos humanos podem sofrer violação, seja por parte do próprio Estado, seja por parte de particulares²².

A análise de cada caso auxilia o aluno a identificar quando esses direitos podem ser violados. Além disso, observa-se que há uma jurisdição internacional que zela pelos direitos básicos e fundamentais do homem submetendo o Estado brasileiro a uma condenação que vise reparar os danos causados aos seus cidadãos.

Dessa forma, os casos selecionados são os que nos últimos 02 (dois) anos foram submetidos ao julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, são eles: Vladimir Herzog e outros; Pueblo Indígena Xucuru e seus membros; Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros (Favela Nova Brasília); Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde.

3.1 Caso “Vladimir Herzog”

Vladimir Herzog tinha 38 anos, era jornalista, diretor de jornalismo da TV Cultura quando em 25 de outubro de 1975 foi preso arbitrariamente, torturado e morto nas dependências do Exército.

O assassinato de Vladimir Herzog, pelos militares, teve o efeito de intimidar os demais jornalistas críticos do regime militar. Além da tortura e prisão arbitrárias sofridas, o intuito da Ditadura Militar era restringir a liberdade de expressão e de associação com fins políticos.

A CIDH determinou que os direitos violados foram os artigos I, IV, VII, XVIII, XXII e XXV da Declaração Americana, que se referem respectivamente ao direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa; à liberdade de investigação, opinião, expressão e difusão; direito de proteção

²² Para melhor elucidar o tema, sugere-se o estudo do “Status de Jellinek” referente aos quatro *status* em que o indivíduo pode encontrar-se diante do Estado – passivo, negativo, positivo e ativo.

à maternidade e à infância; direito à justiça; direito de associação e direito à proteção contra a prisão arbitrária²³.

Ainda foram violados os artigos 5.1; 8.1 e 25.1 da Convenção Americana que se referem ao respeito à integridade física, psíquica e moral; devido processo legal, juiz natural; acesso ao duplo grau de jurisdição contra atos que violem direitos fundamentais²⁴.

Por último, violação aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura que dispõe sobre a prevenção e punição da tortura por parte dos Estados; a necessidade dos Estados de tomarem medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição e o direito de que o caso de tortura seja examinado de forma imparcial²⁵.

A sentença proferida no dia 15 de março de 2018 condenou o Brasil a uma série de reparações, entre algumas delas a realizar investigações pertinentes, levando em conta o padrão de violações de direitos humanos existente na época e ainda determinar os autores materiais e intelectuais da tortura e morte de Vladimir Herzog. Também definiu que se realizem investigações “*ex officio*”, utilizando-se de todos os recursos logísticos e científicos para coletar e processar provas, garantindo que os familiares da vítima, assim como testemunhas e operadores da justiça participem da investigação²⁶.

Importante o fato de a Corte ter solicitado ao Estado brasileiro que considere os crimes contra a humanidade, como a tortura, imprescritíveis. Extrai-se da sentença: “[...] Brasil não pode aplicar a prescrição e as demais excludentes de

²³ OEA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm Acesso em 25 out. 2018

²⁴ OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em 25 out. de 2018.

²⁵ OEA. **Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/tortura.pdf> Acesso em 25 out. 2018.

²⁶ CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença Vladimir Herzog**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf Acesso em 24 out. 2018.

responsabilidade a este caso e a outros similares [...] o Brasil deve adotar medidas mais idôneas [...] para que se reconheça, sem exceção, a imprescritibilidade das ações resultantes de crimes contra a humanidade”²⁷.

A Corte condenou o Brasil a praticar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional em memória de Vladimir Herzog e à falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por sua tortura e morte²⁸. Também foram arbitradas reparações pecuniárias pelos danos imateriais sofridos pelas vítimas.

3.2 Caso “Favela Nova Brasília”

Trata-se do Caso Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros, referente às incursões policiais feitas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro em 18 de outubro de 1994 e 08 de maio de 1995 na Favela Nova Brasília, no qual 26 pessoas foram executadas, sendo que três mulheres, duas delas menores, teriam sido vítimas de tortura e atos de violência sexual por parte dos policiais²⁹.

A polícia justificou as mortes com o levantamento de “autos de resistência à prisão” e as investigações dos fatos tinham como objetivo estigmatizar e revitimizar as pessoas falecidas, pois o foco teria sido dirigido à sua culpabilidade e não à verificação da legitimidade do uso da força³⁰.

A CIDH determinou que:

[...] esses fatos ocorreram num contexto e padrão de uso excessivo da força e execuções extrajudiciais levadas a cabo pela polícia no Brasil, especialmente no Rio de Janeiro.

²⁷ CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentença Vladimir Herzog**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf Acesso em 24 out. 2018.

²⁸ CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentença Vladimir Herzog**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf Acesso em 24 out. 2018.

²⁹ CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentença Favela Nova Brasília**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_esp.pdf. Acesso em 25 out. 2018.

³⁰ CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentença Favela Nova Brasília**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_esp.pdf. Acesso em: 25 out. 2018.

A Comissão concluiu ainda que o contexto em que ocorreram os fatos do caso foi tolerado e, inclusive, patrocinado por instituições estatais. A Comissão também estabeleceu que esse contexto inclui a **falta de mecanismos de prestação de contas e a situação de impunidade em que permanecem essas violações**³¹. (Grifou-se)

Os direitos violados, segundo a Comissão, foram os artigos 4.1 e 1.1 da Convenção Americana que dispõe sobre o direito e respeito à vida e o respeito aos direitos e liberdades, sem discriminação de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica ou outra condição social³².

Também foram violados os artigos 4.1 e 19; 5.2 e 11; 5.1, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana que dizem respeito ao direito à vida e os direitos da criança; a proteção à integridade física, psíquica e moral do indivíduo com respeito à honra e ao reconhecimento de sua dignidade; ainda a não submissão a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes, bem como a garantia de um devido processo legal com um juiz natural e imparcial e, por último, o direito ao duplo grau de jurisdição³³.

Ainda os artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura que dispõe sobre a prevenção e punição da tortura por parte dos Estados; a necessidade dos Estados de tomarem medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição e o direito de que o caso de tortura seja examinado de forma imparcial³⁴.

A decisão prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no dia 16 de fevereiro de 2017, a primeira a

³¹ OEA. **CIDH apresenta caso sobre o Brasil à Corte IDH**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2015/069.asp> Acesso em: 23 out. de 2018.

³² OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 25 out. de 2018.

³³ OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 25 out. de 2018.

³⁴ OEA. **Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/tortura.pdf>. Acesso em: 25 out. 2018.

condenar o Brasil por violência policial, determinou a investigação dos fatos, julgamento e punição dos responsáveis. Além disso, alude a sentença: “assegurar-se de que as pessoas encarregadas da investigação e do processo penal, bem como, caso seja cabível, outras pessoas envolvidas, como testemunhas, peritos ou familiares da vítima, disponham das devidas garantias de segurança”³⁵.

A Corte ainda decidiu por condenar o Estado a conceder gratuitamente tratamento psicológico e psiquiátrico as vítimas, inclusive fornecendo medicamento gratuito. Assim, como deverá ser feita a publicação da sentença no Diário Oficial, em jornal de ampla circulação nacional e nos veículos oficiais de comunicação do governo, incluindo o site da Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro e da Polícia Civil³⁶.

Destacam-se apenas algumas partes importantes da condenação ao Estado brasileiro, já que foram arbitradas, também, reparações pecuniárias pelos danos imateriais sofridos pelas vítimas.

3.3 Caso “Fazenda Brasil Verde”

O caso se refere à prática de trabalhos forçados e servidão por dívidas na Fazenda Brasil Verde, localizada no Estado do Pará. Nesse contexto, milhares de trabalhadores foram submetidos anualmente a trabalho escravo. A situação se atribui ao Estado, pois desde 1989, o Brasil já tinha conhecimento da situação análoga à escravidão vivenciada pelos trabalhadores³⁷.

³⁵ CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentença Favela Nova Brasília**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_esp.pdf. Acesso em: 25 out. 2018.

³⁶ CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentença Favela Nova Brasília**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_esp.pdf. Acesso em 25 out. 2018.

³⁷ CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentença Fazenda Brasil Verde**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf. Acesso em: 10 nov. 2018.

Salienta-se que os trabalhadores decididos a fugir da fazenda eram ameaçados de morte, além disso, não recebiam salário ou se recebiam era ínfimo, bem como estavam endividados com o fazendeiro, não usufruindo de moradia, alimentação e saúde dignas³⁸.

A sentença da Corte Interamericana dá as características do trabalho escravo no Brasil:

“Os trabalhadores, em sua maioria homens pobres, “afrodescendentes ou mulatos”, entre 18 e 40 anos de idade, são recrutados em seus estados de origem por “gatos”, para trabalhar em estados distantes, com a promessa de salários atrativos. Ao chegarem às fazendas, os trabalhadores são informados de que estão em dívida com seus contratantes por seu transporte, alimentação e hospedagem. Os salários prometidos são reduzidos e não cobrem os custos já assumidos. Em alguns casos, os trabalhadores se endividam cada vez mais, pois têm de comprar tudo o que necessitam nos armazéns das fazendas, a preços elevados. Sua dívida aumenta tanto que nunca podem pagá-la e se vêem obrigados a continuar trabalhando”³⁹.

A sentença também faz referência de que essa situação de impunidade do trabalho análogo à escravidão se perpetua, haja vista a articulação dos fazendeiros com os poderes federais, estaduais e municipais no Brasil. “Muitos fazendeiros exercem domínio e influência em diferentes instâncias do poder nacional, seja de forma direta ou indireta”⁴⁰.

A responsabilidade do Estado brasileiro está atrelada a não satisfação da pretensão punitiva. O caso foi levado às autoridades brasileiras em 1997, sendo que tanto o juiz federal quanto o estadual se declararam incompetentes, sendo instaurado incidente de incompetência perante o STJ. O

³⁸ CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentença Fazenda Brasil Verde**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf. Acesso em: 10 nov. 2018.

³⁹ CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentença Fazenda Brasil Verde**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf. Acesso em: 10 nov. 2018.

⁴⁰ CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentença Fazenda Brasil Verde**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf. Acesso em: 10 nov. 2018.

Tribunal Superior determinou que a competência fosse da justiça federal. E, em 2008, a ação foi julgada extinta devido à prescrição da ação⁴¹.

Os direitos violados no presente caso foram os artigos 3, 5, 6.1, 7, 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que se referem ao direito a reconhecimento da personalidade jurídica, direito à integridade pessoal, a não submissão a escravidão ou servidão, direito à liberdade pessoal e proteção a honra e dignidade. O Brasil foi condenado também por violação das garantias judiciais de devida diligência e de prazo razoável e sobre o direito à proteção judicial previstas no artigo 8.1 e 25 ambas também previstas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴².

Por fim, a Corte determinou a retomada das investigações e processos penais relacionados aos fatos constatados em março de 2000, para que em um prazo processual razoável sejam punidos os responsáveis pelos crimes cometidos. Além disso, a Corte arbitrou o pagamento de indenização por dano imaterial e de reembolso de custas e gastos⁴³.

3.4 Caso “Povo Indígena Xucuru”

O povo indígena Xucuru alega perante a Corte Interamericana a violação do direito de propriedade coletiva, afirmando a inefetividade do procedimento administrativo de reconhecimento, demarcação, titulação, registro e desintração do seu território. O povo Xucuru espera há 27 anos para obter o gozo pacífico e exclusivo de seu território.

⁴¹ CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença Fazenda Brasil Verde**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf Acesso em: 10 nov. 2018.

⁴² OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 25 out. de 2018.

⁴³ CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença Fazenda Brasil Verde**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf Acesso em: 10 nov. 2018.

Dessa forma, em 1989 os indígenas recorreram às autoridades brasileiras a fim de realizar a identificação e demarcação das suas terras. A FUNAI, então, criou um grupo técnico para estudar a extensão do território indígena. O relatório foi emitido em 1992 e em 1995 foi realizada a retificação da extensão do território indígena para 27.555,0583 hectares⁴⁴.

Em 1996, o Presidente da República promulgou um decreto que estabeleceu mudanças no procedimento de demarcação. Sendo assim, o processo de demarcação do povo indígena recebeu 270 objeções. Entretanto, em 1996, o Ministro da Justiça declarou todas as objeções improcedentes⁴⁵.

O processo demarcatório foi marcado, não só pelo descaso das autoridades públicas, mas pela violência, de maneira que em 1998, o cacique Xicão, chefe do povo indígena, foi assassinado. Ainda assim, somente em 2001, o Presidente da República homologou a demarcação do território indígena Xucuru⁴⁶.

A FUNAI solicitou, em maio de 2001, o registro junto ao Registro de Imóveis da municipalidade de Pesqueira, entretanto, em virtude de uma suscitação de dúvida realizada pelo Oficial do Registro, somente em 2005 foi executada a titulação do território indígena Xucuru perante o cartório de registro de imóveis, dando a propriedade da terra a União e a posse aos indígenas⁴⁷.

⁴⁴ CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença Povo indígena Xucuru**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf. Acesso em: 20.nov.2018.

⁴⁵ CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença Povo indígena Xucuru**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf. Acesso em: 20.nov.2018.

⁴⁶ CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença Povo indígena Xucuru**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf. Acesso em: 20.nov.2018.

⁴⁷ CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença Povo indígena Xucuru**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf. Acesso em: 20.nov.2018.

Segundo a sentença proferida pela Corte há violação do art. 21 e 8.1 que tratam da propriedade coletiva e a garantia judicial de prazo razoável, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Dessa forma, a Corte condena o Brasil a garantir a propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru, “de modo que não sofram nenhuma invasão, interferência ou dano, por parte de terceiros ou agentes do Estado que possam depreciar a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território”⁴⁸.

Além disso, a Corte determinou a desintrusão do território indígena, ao determinar que o Brasil pague as indenizações por benfeitorias de boa-fé, a fim de remover qualquer obstáculo sobre o território, no prazo máximo de 18 meses. Por último, o Estado também deverá publicar no diário oficial a sentença na íntegra, bem como efetuar o pagamento das indenizações por danos imateriais e custas processuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisar as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos que condenaram o Brasil por tortura, caso Vladimir Herzog, por violência policial, caso Favela Nova Brasília, por escravidão, caso Fazenda Brasil Verde e violação de propriedade coletiva, caso Povo indígena Xucuru, confere um aspecto prático no estudo dos direitos fundamentais e humanos.

Como observado, já não reside profunda diferença entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, além daquele relacionado à origem do texto legal. De maneira que o Estado brasileiro poderá aplicar o direito humano previsto em tratados internacionais ratificados e incorporados ao seu ordenamento jurídico, além de poder ser condenado internacionalmente por

⁴⁸ CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença Povo indígena Xucuru**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf. Acesso em: 20.nov.2018.

violação aos mesmos direitos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já conferiu status supralegal para os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e não aprovados pelo rito de emenda constitucional, disposto no parágrafo 3º do artigo 5º da Carta Republicana.

Portanto, se faz urgente, ainda no âmbito da graduação, na matéria de Direito Constitucional, o estudo dos casos de condenação do Estado brasileiro em Corte Internacional a fim de conferir aos alunos, que estudam cada sentença em grupo, um aspecto prático e verídico da possibilidade de violação dos direitos descritos tanto nos textos internacionais, como os previstos na própria Constituição Federal.

O direito é uma ciência teórica. Assim, conferir ao futuro operador do direito a capacidade de discernir os casos em que há violação dos direitos humanos fundamentais, seja por parte do Estado, seja pelo particular, confere um diferencial na atuação desse estudante não somente no âmbito profissional como também humanístico, no próprio exercício da sua cidadania.

Há, portanto, uma urgência em harmonizar o ordenamento internacional e nacional na defesa de todo ser humano, na proteção das vítimas de violações de direitos humanos, a fim de constituirmos uma sociedade digna, humanizada de âmbito universal⁴⁹.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**

⁴⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à prestação dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. Direito e Democracia, Canoas, vol. 1, n. 1, p. 5-52, 1º sem 2000. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2199/1494>. Acesso em: 19 nov. 2018.

contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.272

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença Vladimir Herzog.** Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf Acesso em: 24 out. 2018.

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença Favela Nova Brasília.** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_esp.pdf Acesso em: 25 out. 2018.

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença Fazenda Brasil Verde.** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf Acesso em: 10 nov. 2018.

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença povo indígena Xucuru.** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf Acesso em: 20 de nov. de 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARDBAUM, Stephen. Human rights as international constitutional rights. **European Journal of International Law**, Volume 19, Issue 4, September 2008, Pages 749–768. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ejil/chn042>. Acesso em: 30 de maio de 2019.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. **Coleção para entender: a proteção internacional dos direitos humanos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos: pacto de San José da Costa Rica.** 4.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos humanos: uma ideia, muitas vozes.** São Paulo: Editora Santuário, 1998.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. et.al. **Curso de direito constitucional.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NEUMAN, Gerald L. Human Rights and Constitutional Rights: harmony and dissonance. **Stanford Law Review.** Vol. 55, n. 5, may, 2003, pp. 1863-1900. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1229566>. Acesso em: 30 maio 2019.

OEA. **CIDH apresenta caso sobre o Brasil à Corte IDH.**

Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2016/061.asp> Acesso em: 18. out. 2018

OEA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do**

Homem. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm Acesso em: 25 out. 2018.

OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.**

Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 25 out. de 2018.

OEA. **Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a**

Tortura. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/tortura.pdf>. Acesso em: 25 out. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (coord). **Direitos Humanos.** Curitiba: Juruá, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.**

São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos**

humanos na ordem internacional. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção**

internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à prestação dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Direito e Democracia,** Canoas, vol. 1, n. 1, p. 5-52, 1º sem 2000.

Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2199/1494>. Acesso em: 19 nov. 2018.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

CONCEITOS ESSENCIALMENTE CONTESTADOS: APONTAMENTOS SOBRE A METODOLOGIA E OS PROCESSOS HISTÓRICOS NA TEORIA POLÍTICA

Artur Mazzucco Fabro¹

RESUMO

O trabalho visa abordar a temática dos *essentially contested concepts* no pensamento do filósofo escocês W.B. Gallie, mesclando a reflexão do autor com outros que, de uma maneira mais ou menos diferente, também abordam o assunto. Quentin Skinner é utilizado como referência para tratarmos da metodologia e dos processos históricos na teoria política, sendo que suas ideias relativas à transformação do significado dos conceitos, dependentes do contexto em que estão inseridos, adicionam um viés interessante para pensarmos suas características de serem “essencialmente contestados”. O conceito de democracia e Estado serão utilizados como exemplo para colocar a prova a análise de Gallie e Skinner.

1 INTRODUÇÃO

Com um *paper* intitulado *Essentially contested concepts*, o filósofo escocês Walter Gallie apresenta, para a *Aristotelian society*, em 1956, alguns questionamentos de ordem filosófica e metodológica sobre como pode-se enfrentar a multiplicidade de interpretações sobre o sentido dos conceitos para as ciências naturais e humanas, como se modificam e qual o seu papel para a construção de, entrando no ponto que nos interessa, uma teoria não somente política, mas sobretudo social, evidenciado o caráter de “utilidade” de que teria a utilização da categoria dos conceitos. A articulação

¹Doutorando do programa de pós-graduação em sociologia política da UFSC. Professor titular de filosofia do direito na FUCAP Univinte. E-mail: arturfabro@gmail.com.

do autor não busca a eliminação dos conceitos, mas sim atesta sua peculiaridade de serem essencialmente contestados, no sentido de que: “Any particular use of any concept of commonsense or of the natural sciences is liable to be contested for reasons better or worse [...]”².

Na história da filosofia, diz Gallie, encontramos três tipos de explicações para elucidar a questão: (i) um filósofo pode, eventualmente, descobrir um “significado” de um conceito até então em disputa e contestado, convencendo os outros de que esta seria a interpretação “correta”; (ii) um filósofo pode propor um “significado” de um conceito que, ao invés de fortalecer a contestação, acabe sendo aceito pelos pares como o mais “correto” ou (iii) o filósofo pode contestar o próprio caráter da “contestação”. O autor cita essas “saídas” da história da filosofia para logo depois negá-las, afirmando que o caráter de *engine of thought*³ da reflexão filosófica deve ser deixado de lado, propondo que, para entendermos melhor os conceitos, podemos utilizar o exemplo do produto das atividades próprias dos humanos, como a *estética*, a *filosofia política*, a *filosofia da história* e a *filosofia da religião*.

O desenvolvimento de uma análise sobre estas atividades humanas demonstra o entendimento de Gallie de que, enquanto na “vida prática” a disputa pelo significado das coisas está ambientada em diversos gostos, atitudes e conflito de interesses, tendo estes uma variedade significativa dependendo do indivíduo ou grupo que se está analisando, na filosofia o grau de subjetivismo que se precisa alcançar para compreender os aspectos metafísicos de conceitos como “substância”, “*self*” ou “ideia” é de igual forma abstrato demais. Unindo exemplos artificiais e reais da utilização de conceitos que acha serem essencialmente contestados, o autor faz emergir um debate rico na teoria política e na filosofia.

²GALLIE, W. **Essentially Contested Concepts**. In: Proceedings of the Aristotelian society, **New Series**, Vol. 56 (1955 - 1956), p.167.

³Algo como “mecanismo de pensamento”, referindo-se à lógica específica que a filosofia tem para refletir sobre seus objetos.

Por seu turno, Quentin Skinner opera com uma história das ideias que privilegia o contexto enquanto principal chave para a construção do significado dos conceitos. Em *Visões da política: questões metodológicas* (2005), o autor diz que o historiador das ideias não deve debruar-se em estudar um “cânone de textos clássicos” por acreditar encontrar neles uma sabedoria intemporal, que de alguma forma é perpétua na mente dos indivíduos. O autor se conecta aos questionamentos de Gallie por também crer que os conceitos são contestados, fazem parte de uma dinâmica social, ambientados em discursos que, dependendo de quem for o emissor, modificam todo seu significado, já que Skinner tem em mente que os conceitos de cada período da história possuem um significado intrínseco ao ambiente que foram forjados.

Assim, o presente esforço pretende apresentar aspectos relevantes dos exemplos de atividades humanas que Gallie sistematiza em sua reflexão supracitada, dando prioridade para o exemplo da democracia e, este tratado por Skinner, do Estado. Mesclaremos, na parte que falamos mais especificamente de Gallie, com nossa reflexão sobre como a proposta do autor de analisar os conceitos se adequa a exemplos da história do pensamento político. A contribuição de Skinner e Jeffrey Green nos auxilia para a discussão histórica e metodológica na teoria política, adicionando inserções interessantes ao tema.

2 ENTRE EXEMPLOS ARTIFICIAIS E REAIS: EXPLANANDO OS CONCEITOS ESSENCIALMENTE CONTESTADOS

O exemplo artificial

Ao iniciar sua explicação sobre um “exemplo artificial”, Gallie propõe um experimento mental, utilizando os conceitos de “campeão” (*champion*) e “campeonato” (*championship*). O

autor sugere que o nosso senso comum nos informa que, a cada ano, em um campeonato, algum time será o campeão, mesmo que, meses atrás, sua campanha não demonstrasse que chegaria em tal resultado.

Agora a parte mental do experimento se inicia: Gallie diz (i) para mantermos esse sentido dado ao “campeão”, mas em um campeonato onde cada time é especializado em um “distinctive method, strategy and style of play”⁴; (ii) nesse campeonato, não vence quem obtiver o maior número de pontos (*score*), e sim quem alcance o maior nível (*level*) de estilo (*style*) e calibre (*calibre*) – “More simply, to be adjudged “the champions ” means to be judged “ to have played the game best.”⁵; (iii) o campeonato não está “preso ao tempo”, periodizado em meses ou anos, sendo contínuo, provocando uma alternância entre os campeões com regularidade; (iv) não há um sistema de “marcação de pontos”, nem mesmo juízes ou regras estritas, ao invés, cada time possui seus apoiadores e apoiadores eventuais, que transitam entre os times, sendo que, em algum momento, um dos dois times terá mais apoiadores e se proclamará o campeão; por último, Gallie adiciona uma característica que sintetiza a contestação: (v) “[...] the supporters of every contesting team regard and refer to their favoured team as “the champions” (perhaps allowing such qualifications as “the true champions”, “the destined champions”, “morally the champions ” ...and so on)”⁶.

Estes cinco pontos do experimento artificial de Gallie servem como um “tipo ideal” para que possamos assimilar mais ou menos como funciona a disputa entre os conceitos nas mais diversas áreas do conhecimento humano. Não só o conceito de “campeão” é rivalizado entre os lados, enquanto algo palpável e provedor de sentido, como também o significado do que é ser

⁴GALLIE, W. Essentially contested concepts. In: Proceedings of the Aristotelian Society, **New Series**, Vol. 56 (1955 - 1956), p.170.

⁵Idem.

⁶GALLIE, W. Essentially contested concepts. In: Proceedings of the Aristotelian Society, **New Series**, Vol. 56 (1955 - 1956), p.171.

o “campeão”, isto é, pode haver vários “campeões”, cada um defendendo o aspecto pelo qual é especialista. Após elucidar o experimento, o autor ainda elenca uma outra série de tópicos que enriquecem sua argumentação, contudo, ao partir para os “exemplos reais” ou “exemplos vivos” (*live examples*), Gallie traz mais fundamentos para podermos pensar a teoria política, incluindo nesta outra categoria de exemplos a democracia.

O exemplo real – democracia

O questionamento quando falamos de democracia, para Gallie, sempre oscila entre dois tópicos relativamente simples de formulação, quais sejam: isto é democrático ou isto não é democrático? Deixando de lado a aparente simplicidade, tal questionamento traz aos interlocutores um leque de interpretações e significados do que é ser democrático, como funciona a democracia, se a democracia é a mais justa das constituições, enfim, a amplitude das definições, somado ao fato de que a grande maioria dos Estados do ocidente se considerarem democracias, encaixa-se nas disputas explicadas por Gallie em seu exemplo artificial, já que existem “times” na arena política dos Estados conflitando continuamente sobre como *deve ser* a democracia, não como ela “acontece” na prática. O que queremos dizer com isso é que o regime democrático, na modernidade, varia de acordo com a sociedade e o Estado em que está presente, assim a sua “contestabilidade” acompanha essa variação e, mais ainda, sofre de transformações de tempos em tempos.

The concept of democracy which we are discussing is internally complex in such a way that any democratic achievement (or programme) admits of a variety of descriptions in which its different aspects are graded in different orders of importance. I list as examples of different aspects (a) Democracy means primarily the power of the majority of citizens to choose (and remove) governments a power which would seem to involve, anyhow in larger communities, something like the institution of

parties competing for political leadership; (b) Democracy means primarily equality of all citizens, irrespective of race, creed, sex, etc., to attain to positions of political leadership and responsibility; (c) Democracy means primarily the continuous active participation of citizens in political life at all levels, i.e., it is real when, and in so far as, there really is self-government.⁷

Podemos considerar, por exemplo, que Estados como a Venezuela de hoje em dia são democracias? Há eleições periódicas e instituições democráticas na Venezuela, ao menos teoricamente, mas o que vemos nessa situação é um Estado completamente dominado por um conceito de democracia que fora implementado por um “time” que está há muito tempo no poder, ou seja, dentre os pontos assinalados por Gallie na citação acima, ao mesmo tempo que eles serão exaltados como se estivessem realmente existindo em tal país, também serão contestados por outros “times” que acreditam não haver tais valores democráticos no Estado venezuelano, tendo esses outros “times” sendo sufocados sistematicamente, utilizando-se, ironicamente ou não, justificativas democráticas para censurá-los.

Junto do conceito de democracia advém outros, como liberdade e justiça, que Gallie afirma, ao menos no caso da liberdade, serem tanto quanto ou mais essenciais para a efetivação da democracia do que o postulado de “vontade da maioria”, um dos rótulos mais vazios de significado utilizados para adjetivar o conceito; como demonstra o autor, a “maioria” é somente a “maioria” daquele momento. Os partidos políticos, nos moldes do exemplo artificial, competem entre si pelo poder político, contudo, apesar de que em democracias ocidentais existam candidatos ou partidos que podem serem considerados os “vencedores”, estes nunca conseguem impor suas vontades arbitrariamente, precisam do apoio de outros “times” para que a máquina estatal continue em movimento.

⁷GALLIE, W. Essentially contested concepts. In: Proceedings of the Aristotelian Society, **New Series**, Vol. 56 (1955 - 1956), pp.184-185.

Retomando o exemplo da Venezuela: uma - no mínimo - autoridade excessiva do Poder Executivo pós-1998, com a eleição direta de Hugo Chávez, moldou um tipo de democracia que transfigura os valores considerados democráticos por grande parte dos países ocidentais, mas que continua se chamando de democracia, neste caso com a alcunha *bolivariana*. Relacionando com a liberdade e a justiça, Chávez deliberadamente interferiu nos três poderes da república venezuelana, prejudicando seriamente a liberdade de se fazerem críticas ao regime e, por consequência, a própria democracia.

A discussão até aqui nos mostra, como Gallie lembra várias vezes, que a democracia é um conceito “aberto”:

“The concept of democracy which we are discussing is “open” in character. Politics being the art of the possible, democratic targets will be raised or lowered as circumstances alter, and democratic achievements are always judged in the light of such alterations”⁸.

Por depender de inúmeras variáveis para que se sustente, o conceito é utilizado “both aggressively and defensively” por todos os “times”, tendo seu significado modificado rotineiramente.

Dessa forma, o *paper* de Gallie provoca questionamentos que confirmam a democracia enquanto um conceito essencialmente contestado, aberto e plural. Ao comentarmos agora alguns textos onde Skinner e outros expõe seu método para a história das ideias, notaremos diferenças de tratamento que se aproximam parcialmente do debate provocado por Gallie, com o intuito de analisar outra visão de como compreender os conceitos.

⁸ GALLIE, W. Essentially contested concepts. In: Proceedings of the Aristotelian Society, **New Series**, Vol. 56 (1955 - 1956), p.186.

3 A PERSPECTIVA DA HISTÓRIA DAS IDEIAS

Em *Uma genealogia do estado moderno* (2011), Skinner utiliza do método genealógico para estudar os conceitos, “Quando traçamos a genealogia de um conceito, pomos a descoberto as diferentes maneiras como poderá ter sido utilizado no passado⁹. Antes de avançar em seu estudo, o historiador inglês nos alerta para duas “limitações”: (i) a única maneira de compreender o conceito de “estado” é analisando de que maneira ele foi invocado pelos atores sociais, inseridos em suas próprias circunstâncias e (ii) Skinner irá concentrar-se na história do pensamento político do mundo anglófono.

Como em Gallie, o conceito de “Estado” é considerado por Skinner como “contingente e contestado”, ou seja, as disputas entorno de seus significados são inerentes ao conceito, provocando que este não tenha qualquer “essência ou fronteiras naturais”, Entretanto, Skinner também admite que haja, na história do uso do conceito, um que em particular acenda sobre os outros, este seria o utilizado por Max Weber, que defende o Estado moderno tal qual um aparelho institucionalizado de governo, que gere a burocracia e possui o monopólio da violência física em um território delimitado. Este jeito de ver o Estado acaba por criar uma interpretação dominante do conceito, sendo isto algo limitante para a discussão sobre o mesmo, pois quando uma concepção ganha mais coro do que as outras, sua contestação “natural” perde espaço ao voltarmos nossas atenções para somente a conceitualização dominante, lembrando de Gallie quando cita as “saídas” da história da filosofia para o problema dos conceitos essencialmente contestados.

Na teoria política, o termo “estado” começa a ser utilizado na final do século XVI para início do XVII, produto dos debates escolásticos sobre a *summa postestas* (termo em latim

⁹ SKINNER, Q. *Uma genealogia do estado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p.8.

que se refere a um “poder” e/ou “autoridade”); de tratados franceses sobre a soberania e manuais italianos de política e razão do Estado, como *O Príncipe*, de Maquiavel. Se levarmos em consideração unicamente esses três tipos de pontos de vista, a palavra “estado” já nasce com significados ligados a diferentes tradições do pensamento político. “Alguns autores preferiam falar de reino, outros de nação, mas a terminologia mais corrente era a de corpo político, geralmente com a implicação de que tais corpos eram incapazes de acção na ausência de uma cabeça soberana à qual deviam a sua orientação e obediência”¹⁰.

Nos atendo a uma dessas definições, aquela que discute a situação de um príncipe em um território, Skinner diz que a palavra “estado” começou a aparecer naquele vocabulário com o objetivo de avaliar o “estado” do príncipe em relação a seus súditos e às ameaças exteriores, buscando medir seu grau de conservação do poder. Ao falar que Maquiavel foi o mais célebre dentre vários outros autores que trataram do tema, Skinner expõe um entrave pela significação do conceito que está diretamente acomodado no contexto que estes autores escreveram suas obras: o florentino, em uma Itália ainda desunida, tivera impulsos que o direcionaram para escrever um “manual” de conservação do estado do príncipe não para qualquer príncipe, mas para Lorenzo de’Medici, seu conterrâneo que governava Florença. Os franceses viviam outra situação, portanto dando outro sentido para o estado, fazendo florescer, como Skinner demonstra ao comentar uma obra de Jean Bodin – *Six livrés de la république* -, uma vertente absolutista diferente daquela pleiteada por Maquiavel.

O curso da utilização do termo “estado” passa por realistas como o já citado Maquiavel e populistas do porte de Henry Parker, tendo a última via tratada por Skinner sendo a absolutista, mas não mais nos escritos de Bodin, e sim de

¹⁰SKINNER, Q. **Uma genealogia do estado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p.10.

Thomas Hobbes. O autor do *Leviatã* é visto por Skinner como um dos grandes nomes da história do pensamento político, sendo o responsável por modificar toda uma reflexão que havia sobre as teorias absolutistas de governo e, confirmando a relevância dada por Skinner ao contexto social e político, participando ativamente do debate inglês do século XVII. “A primeira obra em que podemos encontrar este desenvolvimento é *The Elements of Law* de Thomas Hobbes, que concluiu e fez circular este tratado na Primavera de 1640”¹¹.

A grande revolução que Hobbes provocou está no fato de que, essencialmente no *Leviatã*, há uma série de disposições e prerrogativas direcionadas aos súditos e ao soberano que não são mais devotas dos absolutistas clássicos, isto é, aqueles que condicionavam o mantimento do “estado” somente ao fato do povo ser totalmente subalterno ao soberano. Skinner aponta que, na verdade, o que Hobbes intencionava demonstrar era que o “Estado” deveria ser visto “*no Abstracto*”, separando suas funções do restante do corpo da sociedade.

Uma PESSOA é aquele *cujas palavras ou ações são consideradas, ou como suas, ou como representando as palavras ou acções de um outro homem, ou de qualquer outra coisa a quem sejam atribuídas, seja verdadeiramente, ou seja, por Ficção*. Quando são consideradas como suas, será então chamado uma *Pessoa Natural*. E quando são consideradas como representando as palavras e acções de um outro, então é uma pessoa *Simulada ou Artificial*¹².

As implicações das distinções que Hobbes faz no *Leviatã*, adicionado do caráter inovativo de seu pensamento, são responsáveis pela elevação do conceito de “Estado” para

¹¹SKINNER, Q. **Uma genealogia do estado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p.26.

¹² HOBBS *apud* SKINNER. **Uma genealogia do estado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p.27.

um “Estado moderno”, tipicamente fruto do homem moderno e das sociedades que nasceram com o fim do feudalismo europeu. Maquiavel recorrentemente é escolhido como o “primeiro autor moderno” da filosofia política, ou mesmo o incumbido pela criação da “ciência política”, mas é com Hobbes que uma teoria mais robusta encara o “Estado” como um corpo político autônomo derivado do pacto social, portanto a “transformação” da vontade do povo em “Estado” não depende somente da manutenção do “estado” do príncipe, invocando Hobbes que o soberano ou a assembleia de homens são os *representantes* legítimos do povo reunido perante um contrato.

O conceito de “Estado moderno” então emerge na genealogia de Skinner como um conceito essencialmente contestado, mais ainda, o autor utiliza de uma série de fontes históricas do período que está analisando, enaltecendo as conversas entre os autores de correntes diferentes, transformando a sua argumentação, quando põe em prática seu método *contextualista* para a história das ideias, diferente de Gallie. Para Skinner os imperativos morais ou qualquer tipo de ética reproduzida pelos autores que estão sendo analisados somente servem para que se construa a história da ideia do autor quando estava escrevendo tal obra; a preocupação por uma sistematização “filosófica” presente no pensamento de Gallie não é vista em Skinner, o que não quer dizer que não importe. O ponto é que, nesta genealogia do Estado moderno, a escrita (ou recuperação) da história, contida nas fontes de determinado processo histórico, privilegia a *dinâmica social* e a contingência do debate, admitindo que o conceito de Estado não pode ser compreendido, por mais que seja ferrenhamente disputado, sem levar em conta certas linhas de pensamento que permearam a história do pensamento político.

Em relação a teoria política mais especificamente, vemos que tanto os trabalhos de Skinner quanto de Gallie fazem sentido para discutirmos o método de tratar os textos antigos e modernos, oferecendo ferramentas que auxiliam na

investigação da ideia dos autores, já que são delas que os conceitos nascem e começam a fazer parte do vocabulário das sociedades. Uma discussão que nos parece interessante neste momento, após breve explanação de como Skinner trata dos conceitos, está no *paper* de Jeffrey Green intitulado *Political theory as both philosophy and history: a defense against methodological militancy* (2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

PODE HAVER UMA TEORIA POLÍTICA AO MESMO TEMPO FILOSÓFICA E HISTÓRICA?

O texto de Green caminha, de certo modo, para uma conciliação entre a filosofia e a história no âmbito da teoria política, e vai além, tecendo comentários contra a “militância metodológica”. “Moreover, in political theory (in contrast to disciplines like medicine), the risks of a bad methodology seem much lower than the risks of circumscribed authorial expressivity or imagination”¹³. A defesa do autor contrasta com aquelas de Skinner e Gallie, pois Green enfrenta as duas correntes de pensamento, propondo que nem a prevalência da história sobre a filosofia e muito menos o contrário se mostram debates frutíferos para a teoria política. A “mescla” entre filosofia e história traria para a teoria política uma vantagem de interpretar os textos clássicos a luz de entender os seus contextos específicos e, quase que por necessidade, o questionamento acerca de seus pressupostos filosóficos completaria uma análise mais “concreta” da teoria em questão.

Os clássicos da teoria política, disserta Green, são estudados continuamente, por isso os definimos como aqueles escritos que duram “para sempre”. Citando o historiador Tucídides quando fala de sua *História da guerra do*

¹³GREEN, J. **Political theory as both philosophy and history: a defense against methodological militancy**. In: *The Annual Review of Political Science*, 2015, p.426.

Peloponeso: “is not a piece of writing designed to meet the taste of an immediate public, but was done to last for ever”. Essa característica dos clássicos os faz serem atemporais, mas uma atemporalidade que, dependendo da interpretação dada, ajuda a transformar os significados. Não quer dizer que estaremos cometendo anacronismos evitáveis, a questão é de mudança de perspectiva, “balanceando” ambas história e filosofia.

Resumindo mais ainda o argumento de Green, os historiadores, como Skinner, estariam errando ao construírem uma crítica aos clássicos que é de ordem ontológica, isto é, reforçariam a necessidade da inserção do contexto social dos autores para entender suas obras, colocando suas preferências em um patamar que acaba por engessar o que Green considera como determinantes para definir um clássico: sua já dita atemporalidade. “A classic does not live unperturbed and worshipped but only exists by surviving each generation’s active critique and potential indifference¹⁴”; já os filósofos analíticos enquadrariam os clássicos dentro de suas estruturas epistemológicas, buscando por verdades e se ocupando com qual moral e ética o autor está dialogando, não voltando os olhos para outras interferências primordiais que definem a vida do autor.

Both past and present works of political theory teach us about politics not only in the ideological sense (instructing what we should think and do, or how to challenge what institutions, leaders, and tradition tell us to think and do), but in the phenomenological sense. By this I mean that political theory provides the tools to perceive political reality with greater subtlety, precision, and attunement than might otherwise have been the case.¹⁵

¹⁴ GREEN, J. **Political theory as both philosophy and history**: a defense against methodological militancy. In: *The Annual Review of Political Science*, 2015, p.439.

¹⁵ GREEN, J. **Political theory as both philosophy and history**: a defense against methodological militancy. In: *The Annual Review of Political Science*, 2015, p.413.

Por conseguinte, a teoria política parece ganhar com o debate provocado entre os conceitos essencialmente contestados, mas o que Green advoga, em favor de uma mescla entre a história e a filosofia, parece-nos oferecer um questionamento de mais fôlego, difícil de ser respondido ou efetivado, com elementos que fazem-nos repensar qual seria a metodologia mais “correta” para se realizar uma história das ideias na teoria política. Levando em conta tanto os dizeres de Gallie quanto os de Skinner, a construção de uma teoria política ao mesmo tempo normativa e conectada com a realidade pode ganhar formas, isso se não formos “ativistas metodológicos”, competindo antes por um “procedimento” de nossa preferência do que pelo seu conteúdo.

REFERÊNCIA

GALLIE, W. Essentially Contested Concepts. *in*: Proceedings of the Aristotelian Society, **New Series**, vol. 56 (1955 - 1956), pp. 167-198.

GREEN, J. Political theory as both philosophy and history: a defense against methodological militancy. *In*: **The Annual Review of Political Science**, 2015.

SKINNER, Q. **Uma genealogia do estado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011

POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS NO BRASIL: UM RESGATE HISTÓRICO

Camila Leonardo Nandi de Albuquerque¹

RESUMO

O presente artigo tem como objeto abordar algumas questões acerca das políticas públicas habitacionais brasileiras. Para realizar o presente estudo, objetivou-se compreender o panorama histórico acerca das políticas públicas habitacionais nos diferentes governos federais e analisar sua importância para a efetivação do acesso aos direitos sociais. Ademais, buscar-se-á compreender o contexto sócio-histórico-político em que surgiram as intervenções estatais na questão da habitação social no Brasil.

1 INTRODUÇÃO

A questão habitacional no Brasil não é algo recente. A falta de moradia digna representa um grave problema social, e por sua relevância é abordado como um problema público. Nesse sentido as políticas públicas habitacionais se fazem indispensáveis para solucionar tão latente questão. Portanto, o presente artigo busca perscrutar algumas questões históricas que conformaram a questão habitacional brasileira.

Cabe, primeiramente, verificar a posição da moradia no contexto jurídico. A moradia é um direito humano fundamental, e, portanto, precisa ser reconhecido por parte do Estado e integrado ao planejamento urbano e às políticas habitacionais, em todos os níveis de governo. Por esse motivo, é

¹ Mestre em desenvolvimento regional (Universidade do Contestado). Mestranda em direito (UNESC). Especialista em direito empresarial (Verbo Jurídico – UNIASSELVI). Bacharel em direito. Professora titular de direito processual penal I na FUCAP Univinte. E-mail: camilanandi_@hotmail.com.

caracterizado como uma política pública².

Para melhor caracterizar a questão, cabe tecer alguns apontamentos sobre políticas públicas. Não existe uma definição unívoca acerca de sua conceituação. Em termos práticos, é uma ação ou decisão do Estado que busque melhoria à qualidade de vida das pessoas e, por consequência, o desenvolvimento³. As políticas públicas “(*policies*) são os *outputs* (saídas, resultantes da dimensão procedimental da política (*politics*), ou seja, dizem respeito à materialização das propostas inseridas nos programas políticos (...)”⁴.

Política pública é o campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas⁵. Política pública é o somatório das atividades dos governos, que agem de forma direta ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos⁶. A questão ao dizer que decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz⁷.

Dada a sua dimensão e importância dentro da sociedade, políticas públicas são analisadas de forma inter e multidisciplinar.

As políticas públicas repercutem na economia e nas sociedades, daí por que qualquer teoria da política pública precisa também explicar as inter-relações entre Estado, política, economia e sociedade. Tal é também a razão pela qual pesquisadores de tantas disciplinas – economia, ciência política, sociologia, antropologia, geografia, planejamento, gestão e ciências sociais aplicadas – partilham um interesse comum na área e têm contribuído para avanços teóricos e

² ROLNIK, Raquel. Direito à Moradia. **Desafios do desenvolvimento**, Curitiba, ano 6, n.51, jun., 2009. p.41.

³ SOUZA, Celina. Políticas públicas: questões temáticas e de pesquisa. **Caderno CRH**, Salvador, n.39, p.11-24, jul./dez. 2003.

⁴ GRIEBELER, Marcos Paulo Dhein; RIEDL, Mario (orgs.). **Dicionário de Desenvolvimento Regional e Temas Correlatos**. Porto Alegre: Editora Conceito, 2017.

⁵ MEAD, L. M. Public policy: vision, potential, limits. **Policy Currents**, fev., p.1-4, 1995.

⁶ PETERS, B. G. **American public policy**. Chatham: Chatham House, 1986.

⁷ LASWELL, H. D. **Politics: who gets what, when, how**. Cleveland: Meridian Books, 1936/1958.

empíricos⁸.

Assim, a política pública está inserida no contexto da ciência política. Por isso, “constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real”⁹.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS

Como já dito anteriormente, a falta de moradia digna representa um grave problema social no Brasil. Desse modo, a acepção de moradia digna envolve, além da moradia em si mesma, um conjunto de fatores articulados, tais como urbanização, regularização, infraestrutura, qualidade de vida, transporte dentre outros, o qual são condições para que de fato se reduza a desigualdade social.

A habitação é definida como direito fundamental de todo ser humano¹⁰. Por este motivo, ela deve se constituir em uma política social estratégica.

Faz-se necessário fazer um levantamento histórico acerca dos acontecimentos que influenciaram na criação e modificação dos espaços urbanos no Brasil, e, conseqüentemente, poder fazer uma conexão entre estes acontecimentos e a postura Estatal tomada quanto a esses acontecimentos para melhor entendimento da questão.

A abolição da escravatura ensejou o primeiro grande êxodo do campo para a cidade, uma vez que milhares de negros foram expulsos do campo. Ato contínuo, a mão de obra do negro foi substituída pela dos imigrantes europeus. Tal

⁸ SOUZA, Celina. Política públicas: questões temáticas e de pesquisa. **Caderno CRH**, Salvador, n.39, p.11-24, jul./dez. 2003. p.25.

⁹ SOUZA, Celina. Política públicas: questões temáticas e de pesquisa. **Caderno CRH**, Salvador, n.39, p.11-24, jul./dez. 2003.

¹⁰ **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 07 nov. 2017.

movimento provocou um crescimento da população urbana¹¹.

Na República Velha (1889-1930), as iniciativas governamentais para a produção de habitação ou de regulamentação do mercado de locação residencial são praticamente nulas¹².

Isso porque predominava no período ideais liberais, de intervenção mínima do Estado. Logo a questão da habitação era deixada ao cargo da iniciativa privada.

Fiel ao liberalismo predominante, o Estado privilegiava a produção privada e recusava a intervenção direta no âmbito da construção de casas para os trabalhadores. Assim, suas iniciativas restringiam-se à repressão às situações mais graves de insalubridade, via legislação sanitária e ação policial, e à concessão de isenções fiscais, que beneficiavam basicamente os proprietários de casas de locação, ampliando sua rentabilidade¹³.

Outro evento desencadeador de inchaço urbano foi o processo de industrialização brasileiro, que intensificou os problemas sociais vinculados à questão habitacional, tais como as migrações, inchaço urbano e valorização do solo urbano. Se inicia nesse período e consolida-se no século XX “a modernização excludente, ou seja, o investimento nas áreas que constituem o cenário da cidade hegemônica ou oficial, com a conseqüente segregação e diferenciação acentuada na ocupação do solo e na distribuição dos equipamentos urbanos”¹⁴.

O crescimento desenfreado e desordenado das áreas urbanas e a ausência de políticas públicas para atender toda essa demanda acarretou em problemas de saneamento básico,

¹¹ MARICATO, E. **Habitação e cidade**. 3.ed. São Paulo: Atual Editora, 1997.

¹² FINEP (Financiadora de estudos e projetos); GAP (Grupo de Arquitetura e Planejamento). **Habitação popular**: inventário da ação governamental. Rio de Janeiro: Garili Artes Gráficas e Editora, 1985.

¹³ ROLNIK, 1981 apud BONDUKI, Nabil Georges. Origens do problema da habitação popular em São Paulo 1886-1918. **Espaço & Debates**, São Paulo, n.5, 1982. p.712.

¹⁴ MARICATO, E. **Habitação e cidade**. 3.ed. São Paulo: Atual Editora, 1997. p.30.

energia, água, desemprego e subemprego, segurança, insalubridade e poluição.

Foi então que se começou a pensar estrategicamente a questão. Foi no primeiro governo de Getúlio Vargas (1930-1945) que as primeiras iniciativas públicas de produção da moradia se estabeleceram por meio da criação dos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs)¹⁵, ¹⁶.

A ação da IAPI (Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Industriários) pode ser dividida em etapas: na primeira (1938-1945) sob a presidência de Plínio Cantanhede, vários projetos foram elaborados por arquitetos contratados (...)¹⁷. Entre 1946 e 1950, sob a presidência de Alim Pedro, a ênfase foi na execução, com a construção da maioria dos conjuntos residenciais; o IAPI tornou-se o maior promotor imobiliário do país. A partir de 1950, diante do diminuto retorno dos investimentos realizados (...) a produção do IAPI foi reduzida (...). Porém as IAP's e, conseqüentemente, a IAPI eram órgãos de gestão independente, e possuía autonomia administrativa¹⁸.

Por este motivo, em 1946, no governo de Gaspar Dutra, foi criada a Fundação da Casa Popular (FCP), vista como o primeiro órgão federal a centralizar investimentos voltados à produção habitacional. Foi criada para funcionar como uma resposta social a um contexto de fortes pressões dos trabalhadores e de crescimento do Partido Comunista¹⁹.

Apesar de ter recebido diversas funções relacionadas à

¹⁵ BONDUKI, Nabil Georges. Política habitacional e inclusão social no Brasil: revisão histórica e novas perspectivas no governo Lula. **Revista eletrônica de Arquitetura e Urbanismo**, n.1, v.1, p.70-104, 2008.

¹⁶ CYMBALISTA, Renato; MOREIRA, Tomás. Política Habitacional no Brasil: a história e os atores de uma narrativa incompleta. In: ALBUQUERQUE, Maria do Carmo (org.). **Participação popular em políticas públicas**: espaço de construção da democracia brasileira. São Paulo: Instituto Pólis, 2006.

¹⁷ BONDUKI, Nabil Georges. Política habitacional e inclusão social no Brasil: revisão histórica e novas perspectivas no governo Lula. **Revista eletrônica de Arquitetura e Urbanismo**, n.1, v.1, p.70-104, 2008.

¹⁸ BONDUKI, Nabil Georges. Política habitacional e inclusão social no Brasil: revisão histórica e novas perspectivas no governo Lula. **Revista Eletrônica de Arquitetura e Urbanismo**, n.1, v.1, p.70-104, 2008.

¹⁹ MOTTA, L. D. A Questão da Habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade. In: **Mapa dos conflitos ambientais do estado de Minas Gerais**, 2011.

política urbana em geral, essa fundação se tornou inoperável, devido ao acúmulo de atribuições, à falta de recursos e de força política, somadas à ausência de respaldo legal. Por este motivo, em 1952, o governo federal reduziu as atribuições da FCP²⁰.

Houve, na década de 1950, um grande avanço da indústria brasileira, com grande crescimento urbano e intervenções do Estado para adequar o espaço urbano à circulação de automóveis. Porém, a expansão urbana foi marcada por grande desigualdade: a classe média crescia e tinha acesso a financiamentos de apartamentos e a bens duráveis, ao passo que às classes pobres restavam as favelas e os loteamentos ilegais na periferia. Nesse contexto, o governo de Juscelino Kubitschek tenta, no final da década de 1950, fortalecer a FCP, que vive seu período mais dinâmico, com mais investimentos e maior número de unidades habitacionais construídas²¹.

Entretanto, apesar dos esforços para fortalecer a FCP, persistia o problema da falta de moradia e da inconstância dos recursos, uma vez que o principal financiador era o Estado, e as verbas para a FCP dependiam de distribuição interna dos recursos e da situação econômica do país²².

Mesmo com as tentativas de reformulação, a FCP, em quase 20 anos de existência, produziu apenas cerca de 17.000 moradias, não tendo sido, conforme era a proposta inicial, o carro chefe da política habitacional do país. O fracasso da FCP pode ser explicado pelo caráter emergencial e pontual das ações, pois o principal objetivo não era atacar a estrutura do problema da habitação, mas sim “derivar dividendos políticos, quer sob a forma de votos, quer de prestígio”²³.

²⁰ MOTTA, L. D. A Questão da Habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade. In: **Mapa dos conflitos ambientais do estado de Minas Gerais**, 2011.

²¹ MOTTA, L. D. A Questão da Habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade. In: **Mapa dos conflitos ambientais do estado de Minas Gerais**, 2011.

²² AZEVEDO, Sérgio de; ANDRADE, Luís Aureliano Gama de. **Habitação e poder**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

²³ AZEVEDO, Sérgio de; ANDRADE, Luís Aureliano Gama de. **Habitação e poder**. Rio de Janeiro:

Em 1964, com o golpe militar que derrubou o governo de João Goulart, a FCP foi extinta, e o novo governo que se estabeleceu criou no seu lugar o Plano Nacional de Habitação através da lei 4.380/1964, o primeiro grande plano do governo militar. Através dessa lei, ficou instituído que o Governo Federal faria intervenções no setor habitacional por intermédio do Banco Nacional de Habitação (BNH), pelo Serviço Federal de Habitação e Urbanismo (SFHU) e pelas Caixas Econômicas Federais, com a missão de “estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda”²⁴.

Banco Nacional de Habitação foi uma resposta do governo militar à forte crise de moradia presente num país que se urbanizava aceleradamente, buscando, por um lado, angariar apoio entre as massas populares urbanas, segmento que era uma das principais bases de sustentação do populismo afastado do poder e, por outro, criar uma política permanente de financiamento capaz de estruturar em moldes capitalistas o setor da construção civil habitacional, objetivo que acabou por prevalecer²⁵.

A despeito das críticas ao BNH e ao sistema por ele preconizado, sua importância é indiscutível, pois durante sua vigência (1964-86) foi o único período em que o Brasil teve de fato uma Política Nacional de Habitação. O Sistema Brasileiro de Habitação (SFH) se estruturou com vultosos recursos gerados pela criação, em 1967, do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), alimentado pela poupança

Zahar, 1982. p.54.

²⁴ BRASIL. **Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964**. Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4380.htm. Acesso em: 15 nov. 2017.

²⁵ BONDUKI, Nabil Georges. Política habitacional e inclusão social no Brasil: revisão histórica e novas perspectivas no governo Lula. **Revista eletrônica de Arquitetura e Urbanismo**, n.1, v.1, p.70-104, 2008.

compulsória de todos os assalariados brasileiros, que veio se somar aos recursos da poupança voluntária, que formou o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE). Definiu-se, assim, uma estratégia clara para intervir na questão habitacional: estrutura institucional de abrangência nacional, paralela à administração direta, formado pelo BNH e uma rede de agentes promotores e financeiros (privados ou estatais) capazes de viabilizar a implementação em grande escala das ações necessárias na área da habitacional e fontes de recursos estáveis, permanentes e independentes de oscilações políticas²⁶.

A trajetória do SFH e do BNH não foi linear e se divide em três fases. A primeira delas, de 1964 a 1969, foi a de implantação e expansão do BNH e das COHABs (Companhias de Habitação Popular), que são “empresas públicas ou de capital misto que tinham como objetivo principal atuar na concepção e execução de políticas para redução do déficit habitacional, sobretudo através de recursos oriundos do BNH”²⁷. Esse formato de empresa pública convergia com o ideal do governo da época de realizar uma política que tivesse uma gestão baseada em modelos empresariais. Nessa fase, os financiamentos de moradias estavam focados para o “mercado popular” (40% dos investimentos), convergindo com o objetivo do governo de se legitimar junto às massas²⁸.

Já na segunda fase, de 1970 a 1974, ocorreu uma crise do SFH, principalmente devido à perda do dinamismo das COHABs, que se tornaram financeiramente frágeis frente à inadimplência. Esta se deu principalmente, pela perda do poder de compra do salário mínimo, situação que atingia seus principais mutuários, oriundos das camadas pobres. Então o

²⁶ BONDUKI, Nabil Georges. Política habitacional e inclusão social no Brasil: revisão histórica e novas perspectivas no governo Lula. *Revista Eletrônica de Arquitetura e Urbanismo*, n.1, v.1, p.70-104, 2008.

²⁷ MOTTA, L. D. A Questão da Habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade. In: *Mapa dos Conflitos Ambientais do Estado de Minas Gerais*, 2011. p.05.

²⁸ MOTTA, L. D. A Questão da Habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade. In: *Mapa dos Conflitos Ambientais do Estado de Minas Gerais*, 2011.

foco dos financiamentos passou a ser, cada vez mais, destinados às famílias de classe média, uma vez que os juros para essa camada eram mais altos e o índice de inadimplência, se comparado com o das classes mais pobres, era menor²⁹.

A terceira fase do SFH (1975 a 1980), caracterizou-se pela reestruturação e pelo revigoramento das COHABs, com aumento do número de moradias produzidas, a grande maioria destinada à classe média³⁰.

Sobre o papel do Banco Nacional de Habitação no contexto social brasileiro, a urbanista Raquel Ronik possui uma visão crítica ao modelo implementado:

No Brasil, historicamente, a política habitacional foi capturada pelo mercado financeiro. Isso está presente desde o modelo do Banco Nacional da Habitação (BNH), implantando nos anos 1960. O modelo era pegar um fundo público - o FGTS - e emprestar esse fundo para que empresas e construtoras comercializassem unidades habitacionais, sob o argumento de que, depois de um tempo, essas empresas e construtoras iriam recompor o fundo público. Ou seja, já começamos com uma distorção na política de moradia. A pergunta não foi "quais são as necessidades habitacionais dos brasileiros?", mas "que produto podemos oferecer para que as pessoas comprem?". Desde o começo, a política habitacional brasileira foi tributária - a compra da casa própria produzida por construtoras, acessada via crédito.³¹

Segue essa visão o professor Adauto Lúcio Cardoso, que critica a atuação do BNH pela sua incapacidade em atender à população de mais baixa renda (entre 0 e 3 salários mínimos). Isso porque os dois grandes objetivos da política habitacional eram: o de alavancar o crescimento econômico e o de atender à demanda habitacional da população de baixa

²⁹ MOTTA, L. D. A Questão da habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade. In: **Mapa dos conflitos ambientais do estado de Minas Gerais**, 2011.

³⁰ MOTTA, L. D. A Questão da habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade. In: **Mapa dos conflitos ambientais do estado de Minas Gerais**, 2011.

³¹ REZENDE, Eron. Raquel Rolnik: **A moradia deixou de ser um direito humano**. 2016. Disponível em: <http://atarde.uol.com.br/muito/noticias/1799409-rael-rolnik--a-moradia-deixou-de-ser-um-direito-humano>. Acesso em: 07 nov. 2017.

renda. Porém, ao priorizar o financiamento para as camadas de mais alta renda, que se configuravam como demanda efetiva e que atraíam a preferência dos setores empresariais ligados à área, a atuação do Banco conseguiu de fato produzir um novo boom imobiliário, gerando efeitos multiplicadores relevantes. Mas o financiamento às camadas de menor renda revelou-se inadequado para as populações mais empobrecidas (faixas de até 3 salários mínimos), o que gerou uma inadimplência sistemática, comprimido pelo gargalo representado pela ausência de subsídios combinada ao arrocho salarial e à exigência de correção real dos débitos, dado o alto custo da moradia em relação aos níveis de rendimento. Foram consequências decorrentes desse processo a favelização e o crescimento das periferias³².

Quanto aos resultados dessa estrutura de financiamento de habitação criada após o golpe militar de 1964, Luciana de Oliveira Royer aponta para um “descasamento entre o desenvolvimento de um mercado de unidades habitacionais, voltadas principalmente à demanda de classe média, e a garantia da moradia como um direito universal”³³.

Some-se a essa situação o fato de que, dentro de um lapso temporal de apenas trinta anos, entre 1950 e 1980, o Brasil se transformou, deixando de ser um país predominantemente rural e agrícola para um país com predominância urbana e industrial. Durante esse período, a economia manteve uma taxa de crescimento de 7% ao ano em média. Desse modo, o PIB foi multiplicado por 8, aproximadamente, e a renda *per capita* multiplicada por 3,4³⁴.

Porém, “a taxa de crescimento do emprego não

³² CARDOSO, Adauto Lucio. **Política habitacional no Brasil: balanço e perspectivas**. Rio de Janeiro: IPPUR/UFRJ, 2006.

³³ ROYER, Luciana de Oliveira. **Financeirização da política habitacional: limites e perspectivas**. 2009. 194f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p.14.

³⁴ SACHS, Céline. **São Paulo: políticas públicas e habitação popular**. São Paulo: EdUSP, 1999.

acompanhou a do PIB: entre 1950 e 1980 o emprego foi multiplicado por mais ou menos 2,6, e em 1983 o desemprego e o subemprego aproximava-se dos 13 milhões de pessoas³⁵. Ou seja, nesse período houve crescimento da desigualdade. Sobre este fenômeno, Albert Hirschman ao citar Celso Furtado (1972), fala do “crescimento industrial acelerado através da acentuação das desigualdades na divisão de renda”³⁶.

Apesar de tudo, Sérgio de Azevedo defendeu o BNH. Argumenta que desde 1964, ano de sua criação, até 1986, ano de sua extinção, foram construídas a quantidade “nada desprezível de unidades financiadas pelo BNH - quase 4,5 milhões”³⁷, o que é um resultado bem expressivo para a realidade do país. Porém salienta que “(...) entre as unidades financiadas pelo BNH apenas 33,5 foram formalmente destinadas aos setores populares”³⁸, resultantes do comprometimento de apenas 13% de todos os recursos investidos pelo BNH. Por outro lado, “quase metade das unidades financiadas (48,8%) foram destinada aos setores de classe média de altos rendimentos”³⁹. Ainda “a distorção é ainda maior se levarmos em conta que o custo da unidade habitacional popular é muito menor do que o dos demais níveis de renda”⁴⁰.

O fim do BNH se deu em 1986, decorrente da crise

³⁵ SACHS, Céline. **São Paulo: políticas públicas e habitação popular**. São Paulo: EdUSP, 1999. p.35.

³⁶ HIRSCHMAN, Albert O. The turn to authoritarianism in Latin America and the search for its economic. In: COLLIER, David (ed.). **The new authoritarianism in Latin America**. Princeton: Princeton University Press, 1979.

³⁷ AZEVEDO, Sérgio de. O desempenho do poder público na área habitacional: um breve retrospecto. In: **Déficit habitacional no Brasil**. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 1995. p.116.

³⁸ AZEVEDO, Sérgio de. O desempenho do poder público na área habitacional: um breve retrospecto. In: **Déficit habitacional no Brasil**. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 1995. p.116.

³⁹ AZEVEDO, Sérgio de. O desempenho do poder público na área habitacional: um breve retrospecto. In: **Déficit habitacional no Brasil**. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 1995. p.116.

⁴⁰ AZEVEDO, Sérgio de. O desempenho do poder público na área habitacional: um breve retrospecto. In: **Déficit habitacional no Brasil**. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 1995. p.116.

financeira que comprometeu gravemente os investimentos do SFH.

A forma como se deu essa decisão foi motivo de surpresa (...) uma vez que ocorreu de maneira abrupta e sem margem para contrapropostas. Nesse sentido, a pura desarticulação institucional do banco, sem o enfrentamento de questões substantivas, somente agravou os problemas existentes.⁴¹

Dois anos após a extinção do BNH houve uma queda drástica nos recursos destinados às COHABs e os financiamentos se concentraram ainda mais na classe média. Para tentar minimizar essa situação, o governo federal lançou, em 1987, o Programa Nacional de Mutirões Habitacionais, da Secretaria especial de Ação Comunitária (SEAC), que tinha como objetivo financiar habitações para famílias com renda inferior a três salários mínimos. Apesar de sua grande importância o Programa não alcançou suas metas, pois, além da alta inflação do período, não tinha uma política e uma gestão bem definidas⁴².

O que se teve após a “extinção do BNH foi uma imensa confusão institucional provocada por reformulações constantes nos órgãos responsáveis pela questão urbana em geral e pelo setor habitacional em particular”⁴³. Isso porque dentro de um período de apenas quatro anos, o Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente (MDU), criado em 1985, transformou-se em Ministério da Habitação, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente (MHU), em Ministério da Habitação e Bem-Estar Social (MBES) e, por fim, foi extinto em 1989, quando a questão urbana voltou a ser atribuição do Ministério do Interior (ao qual o BNH era

⁴¹ AZEVEDO, Sérgio de. O desempenho do poder público na área habitacional: um breve retrospecto. In: **Déficit habitacional no Brasil**. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 1995. p.297-298.

⁴² MOTTA, L. D. A Questão da Habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade. In: **Mapa dos Conflitos Ambientais do Estado de Minas Gerais**, 2011.

⁴³ SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas federais de habitação no Brasil: 1964-1998**. Brasília: IPEA, 1999. p.19.

formalmente ligado).

Nesse sentido, as atribuições na área habitacional do governo, antes praticamente concentradas no BNH, foram pulverizadas por vários órgãos federais, como o Banco Central (que passou a ser o órgão normativo e fiscalizador do SBPE), a Caixa Econômica Federal (gestora do FGTS e agente financeiro do SFH), o ministério urbano do momento (formalmente responsável pela política habitacional) e a então chamada Secretaria Especial de Ação Comunitária, a responsável pela gestão dos programas habitacionais alternativos⁴⁴.

“Os programas alternativos eram voltados para a mesma clientela do segmento social do SFH, ou seja, as populações com renda inferior a três salários-mínimos”⁴⁵, mas com o diferencial de que “ofereciam unidades habitacionais em condições muito mais favoráveis do que este último (dado que eram altamente subsidiados)”. Ainda sobre esse período, quanto à COHAB, responsável pelo atendimento às demandas sociais do SFH até então, “teve seus financiamentos bastante restringidos pelo governo central, a pretexto de contribuir para a diminuição do endividamento de estados e municípios com a União”⁴⁶. Tal situação ensejou na diminuição do seu protagonismo, pois passou de ‘agente promotor (i.e, tomador de empréstimos do FGTS e executor de obras) a meros órgãos assessores, diminuindo assim a capacidade de atuação dos estados e municípios na questão habitacional.

O IPEA classificou a atuação do governo da época na área habitacional como “um conjunto de ações segmentadas, sem articulação adequada a uma política consistente e coerente com os objetivos expressos nos planos de governo,

⁴⁴ SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas federais de habitação no Brasil: 1964-1998**. Brasília: IPEA, 1999.

⁴⁵ SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas federais de habitação no Brasil: 1964-1998**. Brasília: IPEA, 1999. p.20.

⁴⁶ SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas federais de habitação no Brasil: 1964-1998**. Brasília: IPEA, 1999. p.20.

que determinam tratamento prioritário à população de baixa renda⁴⁷.

A mobilização do movimento pela reforma urbana por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte teve grande importância para o cenário habitacional. Isso porque “tal mobilização fortaleceu a concepção de que as questões da cidade devem ser tratadas de maneira integrada”⁴⁸. Ademais, a Constituição Brasileira de 1988 solidificou o processo de descentralização das políticas públicas de planejamento urbano, que ficou a cargo dos municípios.

As ações governamentais na década de 1990 tiveram forte relação com a agenda das agências internacionais, pois “percebe-se, nesse período [...], uma convergência entre as diretrizes das agências internacionais para a elaboração de políticas habitacionais [...]”⁴⁹.

No Governo Collor (1990-1992), foi instituído, como principal política pública habitacional, o Plano de Ação Imediata para a Habitação (PAIH), o qual se propunha o financiamento de 245 mil habitações em 180 dias para atendimento de famílias com renda até 5 salários mínimos. Propunha-se a financiar a projetos de iniciativa de COHABs, Prefeituras, Cooperativas, Entidades de Previdência e etc, porém não cumpriu suas metas⁵⁰.

Posteriormente, com o impeachment de Collor, o presidente Itamar Franco foi empossado. Desse modo, “a gestão das políticas públicas na área de habitação sofreu consideráveis alterações”⁵¹. Segundo o autor, foi durante este

⁴⁷ IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **As políticas federais de desenvolvimento urbano em 1987**. Brasília: IPEA, nov. 1988. (Acompanhamento de Políticas Públicas, n.15). p.34.

⁴⁸ MOTTA, L. D. A Questão da Habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade. In: **Mapa dos conflitos ambientais do estado de Minas Gerais**, 2011. p.7.

⁴⁹ DENALDI, Rosana. **Políticas de urbanização de favelas: evolução e impasses**. 2003. 242f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p.31.

⁵⁰ MOTTA, L. D. A Questão da Habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade. In: **Mapa dos conflitos ambientais do estado de Minas Gerais**, 2011.

⁵¹ SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas federais de habitação no Brasil: 1964-1998**. Brasília: IPEA, 1999. p.21.

período que os programas na área de habitação popular, que agora estavam sob a égide do Ministério do Bem-Estar Social, “foram redesenhados e passaram a exigir a participação de conselhos com participação comunitária dos governos locais e uma contrapartida financeira desses últimos aos investimentos da União”⁵². Tais mudanças melhoraram o controle social e a transparência da gestão dos programas em questão, “e constituíram-se em ponto de inflexão importante na condução das políticas públicas na área de habitação popular”. Cabe salientar, que “os referidos programas, notadamente o Habitar-Brasil e o Morar-Município, ou foram mantidos na gestão posterior [...] ou serviram de base para a formulação de programas semelhantes”⁵³.

Porém, esses programas (Habitar-Brasil e Morar-Município) tinham excessiva exigências legais e processos burocráticos, o que impedia muitos municípios de captarem os recursos disponibilizados⁵⁴.

O próximo governo, que sucedeu o governo de Itamar Franco, foi o governo de Fernando Henrique Cardoso, que durou de 1995 a 2002. O governo FHC avançou no reconhecimento da necessidade de regularização fundiária, da ampliação da participação e de uma visão integrada da questão habitacional. Porém, essa concepção não foi colocada em prática devido à orientação neoliberal do governo e às restrições impostas pelos bancos internacionais, como o FMI⁵⁵.

O posicionamento oficial do governo brasileiro frente à questão habitacional está expresso nos documentos Política Nacional de Habitação (1996) e Política de Habitação: Ações

⁵² SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas federais de habitação no Brasil: 1964-1998**. Brasília: IPEA, 1999. p.21.

⁵³ SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas federais de habitação no Brasil: 1964-1998**. Brasília: IPEA, 1999. p.21.

⁵⁴ MOTTA, L. D. A Questão da Habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade. In: **Mapa dos conflitos ambientais do estado de Minas Gerais**, 2011. p.7.

⁵⁵ DENALDI, Rosana. **Políticas de urbanização de favelas: evolução e impasses**. 2003. 242f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

do Governo Federal de jan. /95 a jun./98 (1998), da Secretaria de Política Urbana do Ministério do Planejamento e Orçamento do Brasil que, desde 1995, é o órgão federal responsável pelo tratamento da questão urbana⁵⁶.

Tais documentos depõem contra o modelo de intervenção governamental no setor habitacional baseado no SFH e condenam a má utilização dos programas alternativos, culpando, entre outros fatores, a excessiva centralização da gestão desses programas pela falta de controle social dos investimentos realizados⁵⁷.

Como proposta, o governo FHC traz no mesmo documento quatro premissas básicas: (i) a focalização das políticas públicas voltadas para a área habitacional no atendimento das camadas populacionais de baixa renda, (ii) a necessidade de descentralizar e aumentar o controle social sobre a gestão dos programas federais de habitação; (iii) o reconhecimento, por parte do governo, de sua incapacidade de resolver sozinho o problema habitacional do país e da necessidade de tentar melhorar o funcionamento do mercado de moradias no Brasil; e (iv) o reconhecimento de que as políticas públicas não devem negligenciar a grande parcela da população de baixa renda do país que trabalha no setor informal da economia e/ou habita moradias informais⁵⁸.

Nesse mesmo sentido, “em 1995, ocorre uma retomada nos financiamentos de habitação e saneamento com base nos recursos do FGTS, depois de vários anos de paralisação dos financiamentos, num contexto de alterações significativas na concepção vigente sobre política habitacional”⁵⁹. Para o autor

⁵⁶ SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas federais de habitação no Brasil: 1964-1998**. Brasília: IPEA, 1999. p.17.

⁵⁷ SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas federais de habitação no Brasil: 1964-1998**. Brasília: IPEA, 1999.

⁵⁸ SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas federais de habitação no Brasil: 1964-1998**. Brasília: IPEA, 1999.

⁵⁹ BONDUKI, Nabil Georges. Política habitacional e inclusão social no Brasil: revisão histórica e novas perspectivas no governo Lula. **Revista Eletrônica de Arquitetura e Urbanismo**, n.1, v.1, p.70-104, 2008. p.78.

“os documentos elaborados pelo governo mostram que os pre pressupostos gerais que presidiram a formulação dos programas são fundamentalmente diversos daqueles que vigoraram desde o período do BNH”⁶⁰.

Dentre os programas criados no governo FHC e que continuaram a existir no primeiro ano do governo Lula, incluiu-se a criação de programas de financiamento voltados ao beneficiário final, (Carta de Crédito, individual e associativa), que passou a absorver a maior parte dos recursos do FGTS⁶¹.

Cabe salientar que no início dos anos 2000, foi aprovada a Lei Federal 10.257/2001, que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece diretrizes gerais da política urbana. Conhecido como Estatuto das Cidades, objetivou “que a descentralização e a democratização caminhem juntas para garantir a plena legitimidade social dos processos de planejamento urbano [...] e gestão de cidades”⁶². Nesse sentido, o referido estatuto

Reforçou instrumentos para garantia da função social da propriedade e da regularização fundiária, tais como imposto sobre propriedade imobiliária urbana progressivo, desapropriação com títulos da dívida pública, usucapião urbano, concessão especial para fins de moradia, demarcação de zonas especiais de interesse social etc.⁶³

Em 2003 se inicia o governo de Luiz Inácio Lula da Silva. Nesse período, a política urbana e habitacional no país encontrava-se em grande fragilidade financeira e mesmo institucional, a despeito dos avanços efetuados com a criação

⁶⁰ BONDUKI, Nabil Georges. Política habitacional e inclusão social no Brasil: revisão histórica e novas perspectivas no governo Lula. **Revista Eletrônica de Arquitetura e Urbanismo**, n.1, v.1, p.70-104, 2008. p.78.

⁶¹ BONDUKI, Nabil Georges. Política habitacional e inclusão social no Brasil: revisão histórica e novas perspectivas no governo Lula. **Revista Eletrônica de Arquitetura e Urbanismo**, n.1, v.1, p.70-104, 2008.

⁶² BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm Acesso em: 15 nov. 2017.

⁶³ MOTTA, L. D. A Questão da Habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade. In: **Mapa dos conflitos ambientais do estado de Minas Gerais**, 2011. p.08.

do Estatuto das Cidades no governo Fernando Henrique Cardoso⁶⁴.

Como uma das primeiras medidas do governo Lula nessa área foi a criação do Ministério das Cidades. Com esse novo ministério procurou por em prática a integração da política habitacional com outras mais amplas e necessárias ao desenvolvimento urbano, tais como as políticas de saneamento, transportes e planejamento territorial⁶⁵.

Além da criação do Ministério das Cidades, o governo Lula trouxe outras importantes inovações institucionais na área, concretizadas na Lei no 11.124, de 2005⁶⁶, que cria o Conselho Nacional das Cidades, o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), formado com recursos fiscais do Orçamento Geral da União (OGU), o qual inclui um fundo de financiamento e estabelece as bases para a formulação do Plano Nacional de Habitação (PlanHab) que teve grande impacto na formatação do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV)⁶⁷.

O PlanHab, por sua vez, foi elaborado pela Secretaria Nacional de Habitação (SNH) do Ministério das Cidades e representou a retomada do planejamento do setor habitacional no Brasil ao estabelecer “estratégias de longo prazo para solucionar as necessidades habitacionais do país, presentes e futuras, universalizando o acesso à moradia digna para todo cidadão brasileiro”⁶⁸.

No que diz respeito ao financiamento, o Ministério das

⁶⁴ LOUREIRO, Maria Rita; MACÁRIO, Vinicius; GUERRA, Pedro. **Democracia, arenas decisórias e políticas públicas**: o Programa Minha Casa Minha Vida. Rio de Janeiro: IPEA, 2013. p.13.

⁶⁵ LOUREIRO, Maria Rita; MACÁRIO, Vinicius; GUERRA, Pedro. **Democracia, arenas decisórias e políticas públicas**: o Programa Minha Casa Minha Vida. Rio de Janeiro: IPEA, 2013. p.13.

⁶⁶ BRASIL. **Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11124.htm> Acesso em: 15 nov. 2017.

⁶⁷ LOUREIRO, Maria Rita; MACÁRIO, Vinicius; GUERRA, Pedro. **Democracia, arenas decisórias e políticas públicas**: o Programa Minha Casa Minha Vida. Rio de Janeiro: IPEA, 2013. p.13.

⁶⁸ BRASIL, Secretaria Nacional de Habitação. **Plano Nacional de Habitação**. Brasília: MinC/SNH, 2012. p.05.

Cidades, logo depois de criado, procurou ampliar os recursos disponíveis para a área da habitação, combinando a utilização do FGTS com mecanismos de subsídio. Em 2004 é aprovada a Lei no 10.931, que estabelece maior segurança jurídica ao financiamento e à produção privada de moradias (isto é, pela lógica de mercado). Em 2005, o CMN também aprova a resolução que obriga os bancos a investirem em financiamento habitacional uma porcentagem dos recursos captados em poupança. Outra medida importante foi a aprovação da Resolução no 460/2005, pelo Conselho Curador do FGTS, que ampliou os recursos disponíveis do fundo para subsídios habitacionais, aumentando o atendimento na faixa de renda mais baixa⁶⁹.

Cabe mencionar que todo o conjunto de medidas implementada resultou em um impacto positivo na produção habitacional. Para fins de comparação vale colocar lado a lado os resultados dos governos FHC e Lula nessa área: em 2002, o SFH respondeu pela aquisição de apenas 25 mil unidades (de imóveis usados ou construídos), mobilizando um volume de R\$ 1,4 bilhão, enquanto em 2008 essas cifras passaram para 280 mil unidades, envolvendo R\$ 25 bilhões⁷⁰.

Esse fenômeno pode ser explicado pelo fato de que a “crise financeira de 2008 ampliou a capacidade ociosa das empresas do setor da construção civil que, em função do boom imobiliário dos anos anteriores, haviam realizado grandes investimentos”⁷¹. Desse modo, “um novo programa habitacional, a ser priorizado pelo governo, era visto de forma muito favorável pelo empresariado da construção civil que nele encontraria meios de escoar as unidades já em produção e

⁶⁹ LOUREIRO, Maria Rita; MACÁRIO, Vinicius; GUERRA, Pedro. **Democracia, arenas decisórias e políticas públicas**: o Programa Minha Casa Minha Vida. Rio de Janeiro: IPEA, 2013. p.15.

⁷⁰ ROYER, Luciana de Oliveira. **Financeirização da política habitacional**: limites e perspectivas. 2009. 194f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

⁷¹ LOUREIRO, Maria Rita; MACÁRIO, Vinicius; GUERRA, Pedro. **Democracia, arenas decisórias e políticas públicas**: o Programa Minha Casa Minha Vida. Rio de Janeiro: IPEA, 2013. p.16.

garantir o retorno aos investimentos”⁷². Houve uma simbiose entre o governo e o setor da construção civil, do qual resultou dinamização da economia e geração de emprego.

No governo de Dilma Rousseff (2011-2016), influenciado pelo sucesso institucional e político do PMCMV, houve o lançamento da segunda edição do programa, ainda no ano de 2011. Porém, apesar de os meios de comunicação veicularem críticas relacionadas aos problemas enfrentados pelos novos empreendimentos, “o PMCMV manteve sua centralidade na agenda governamental até a campanha eleitoral de 2014 [...]”⁷³.

Apesar dos primeiros indícios de recessão no ano de 2014, a atividade imobiliária se manteve em níveis relativamente estáveis, “principalmente, por conta da expansão do crédito que atingiu o recorde histórico de 9,8% do PIB”. Essa expansão se deve ao crescimento dos empréstimos com base no FGTS e do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimos (SBPE). Porém, com a chegada da crise política, o governo adotou estratégias econômicas conservadoras, e o reflexo disso foi o sucessivo adiamento do PMCMV ³⁷⁴.

Em 30 de março de 2016 foi lançada a terceira fase do PMCMV, com previsão de duração estipulada para até 2018. O lançamento se deu em meio ao processo de impeachment da então Presidente Dilma Rousseff. Cabe pontuar que o referido programa delegou ao cargo do setor privado a incumbência no que tange à construção dos imóveis, por meio da disponibilização de crédito às construtoras e aos beneficiários.

Apesar de todos os esforços e do desenvolvimento das políticas públicas focadas no acesso à habitação, segundo

⁷² LOUREIRO, Maria Rita; MACÁRIO, Vinicius; GUERRA, Pedro. **Democracia, arenas decisórias e políticas públicas**: o Programa Minha Casa Minha Vida. Rio de Janeiro: IPEA, 2013. p.16.

⁷³ CARDOSO, Adauto Lucio; ARAGÃO, Thêmis Amorim; JAENISCH, Samuel Thomas. **22 anos de política habitacional no Brasil**: da euforia à crise. Rio de Janeiro: Letra Capital: observatório das Metrópoles, 2017. p.33.

⁷⁴ CARDOSO, Adauto Lucio; ARAGÃO, Thêmis Amorim; JAENISCH, Samuel Thomas. **22 anos de política habitacional no Brasil**: da euforia à crise. Rio de Janeiro: Letra Capital: observatório das Metrópoles, 2017. p.33.

levantamento realizado pela Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAIN o déficit habitacional⁷⁵ brasileiro vem aumentando. A pesquisa, realizada pela Fundação Getúlio Vargas e finalizada em 17 de outubro de 2018, teve como objeto a análise das necessidades habitacionais e suas tendências para os próximos dez anos e constatou que “[...] o déficit habitacional total no Brasil em 2017 foi estimado em 7,77 milhões de unidades.”⁷⁶

Conforme o relatório da Abrainc, os resultados da pesquisa evidenciaram a “[...] necessidade de priorizar programas voltados para sanar o descompasso entre as necessidades habitacionais e a oferta de condições adequadas de moradia nas faixas de renda mais baixas”⁷⁷.

Portanto, constata-se que apesar do histórico de políticas públicas brasileiras destinadas à habitação, os dados colhidos da realidade brasileira refletem a urgência e as carências acerca da questão habitacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, resta claro que as ações da política habitacional brasileira privilegiaram classes mais favorecidas economicamente em detrimento das classes mais necessitadas no período do BNH até o Governo Fernando

⁷⁵ O conceito de déficit habitacional, independente de nuances metodológicas, refere-se à estimativa de deficiências no estoque de moradias frente às necessidades básicas das famílias. Por sua vez, tais necessidades são definidas tanto em termos físicos (características construtivas dos domicílios) quanto socioeconômicas (coabitação indesejada, comprometimento excessivo de renda com aluguel etc.). Pode-se estimar tanto a necessidade de reposição do domicílio quanto a necessidade de ampliação do estoque de moradias.

⁷⁶ GONÇALVES, Robson Ribeiro (coord.) **Análise das necessidades habitacionais e suas tendências para os próximos dez anos**. FGV Projetos; ABRAIN, Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias, 2018. p.01. Disponível em: <https://www.abrainc.org.br/estudos/2018/10/17/abrainc-e-fgv-apresentam-estudo-da-analise-das-necessidades-habitacionais-e-suas-tendencias-para-os-proximos-dez-anos/>. Acesso em: 01 jan. 2019.

⁷⁷ GONÇALVES, Robson Ribeiro (coord.) **Análise das necessidades habitacionais e suas tendências para os próximos dez anos**. FGV Projetos; ABRAIN, Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias, 2018. p.01. Disponível em: <https://www.abrainc.org.br/estudos/2018/10/17/abrainc-e-fgv-apresentam-estudo-da-analise-das-necessidades-habitacionais-e-suas-tendencias-para-os-proximos-dez-anos/>. Acesso em: 01 jan. 2019.

Henrique. Com a criação do Ministério das Cidades tal situação tendeu a se minimizar, pois se consolidou um aparato institucional voltado à implementação de programas habitacionais que correspondem à enorme diversidade de realidades do Brasil.

Pôr em prática o que é planejado na seara da habitação social é um desafio, dada a dimensão continental do país e também devido à complexidade dos aglomerados urbanos. Além disso, torna-se mister que o planejamento habitacional se articule e se integre cada vez mais com outros setores, tais como transporte, saneamento e meio ambiente, para que suas ações tenham maior impacto positivo.

De todo modo, o direito à habitação digna deve ser uma das prioridades da agenda de qualquer governo que almeje inclusão social, diminuição das desigualdades sociais e desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Sérgio de. O desempenho do poder público na área habitacional: um breve retrospecto. *In: Déficit habitacional no Brasil*. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 1995.

AZEVEDO, Sérgio de; ANDRADE, Luís Aureliano Gama de. **Habitação e poder**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

BONDUKI, Nabil Georges. Origens do problema da habitação popular em São Paulo 1886-1918. **Espaço & Debates**, São Paulo, n.5, 1982.

BONDUKI, Nabil Georges. Política habitacional e inclusão social no Brasil: revisão histórica e novas perspectivas no governo Lula. **Revista Eletrônica de Arquitetura e Urbanismo**, n.1, v.1, p.70-104, 2008.

BRASIL. **Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964.** Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4380.htm. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.931, de 10 de agosto de 2004.** Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005.** Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11124.htm Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL, Secretaria Nacional de Habitação. **Plano Nacional de Habitação.** Brasília: MinC/SNH, 2012. 212p.

CARDOSO, Adauto Lucio. **Política habitacional no Brasil:** balanço e perspectivas. Rio de Janeiro: IPPUR/UFRJ, 2006.

BRASIL; ARAGÃO, Thêmis Amorim; JAENISCH, Samuel Thomas. **22 anos de política habitacional no Brasil:** da euforia à crise. Rio de Janeiro: Letra Capital: observatório das Metrópoles, 2017.

CYMBALISTA, Renato; MOREIRA, Tomás. Política Habitacional no Brasil: a história e os atores de uma narrativa incompleta. *In:* ALBUQUERQUE, Maria do Carmo (org.) **Participação popular em políticas públicas:** espaço de construção da democracia brasileira. São Paulo: Instituto Pólis, 2006.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948.
Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 07 nov. 2017.

DENALDI, Rosana. **Políticas de urbanização de favelas:** evolução e impasses. 2003. 242f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

GONÇALVES, Robson Ribeiro (coord.) **Análise das necessidades habitacionais e suas tendências para os próximos dez anos.** FGV Projetos; ABRAINC, Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias, 2018. Disponível em: <https://www.abrainc.org.br/estudos/2018/10/17/abrainc-e-fgv-apresentam-estudo-da-analise-das-necessidades-habitacionais-e-suas-tendencias-para-os-proximos-dez-anos/>. Acesso em: 01 jan. 2019.

GRIEBELER, Marcos Paulo Dhein; RIEDL, Mario (orgs.). **Dicionário de desenvolvimento regional e temas**

correlatos. Porto Alegre: Editora Conceito, 2017.

FINEP, Financiadora de estudos e projetos; GAP, Grupo de Arquitetura e Planejamento. **Habitação popular:** inventário da ação governamental. Rio de Janeiro: Garili Artes Gráficas e Editora, 1985.

HIRSCHMAN, Albert O. The turn to authoritarianism in latin america and the search for its economic *in*: COLLIER, David (ed.). **The new authoritarianism in Latin America.** Princeton: Princeton University Press, 1979.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **As políticas federais de desenvolvimento urbano em 1987.** Brasília: IPEA, nov. 1988. (Acompanhamento de Políticas Públicas, n.15)

LASWELL, H. D. **Politics:** Who Gets What, When, How. Cleveland: Meridian Books, 1936/1958.

LOUREIRO, Maria Rita; MACÁRIO, Vinicius; GUERRA, Pedro. **Democracia, arenas decisórias e políticas públicas:** o Programa Minha Casa Minha Vida. Rio de Janeiro: IPEA, 2013.

MARICATO, E. **Habitação e cidade.** 3.ed. São Paulo: Atual Editora, 1997.

MEAD, L. M. Public Policy: Vision, Potential, Limits. **Policy Currents,** fev., p.1-4, 1995.

MOTTA, L. D. A Questão da Habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade *in*: **Mapa dos conflitos ambientais do estado de Minas Gerais,** 2011.

PETERS, B. G. **American Public Policy.** Chatham: Chatham

House, 1986.

ROLNIK, Raquel. Direito à Moradia. **Desafios do desenvolvimento**, Curitiba, ano 6, n.51, jun., 2009.

REZENDE, Eron. Raquel Rolnik: **A moradia deixou de ser um direito humano**. 2016. Disponível em: <http://atarde.uol.com.br/muito/noticias/1799409-raquel-rolnik--a-moradia-deixou-de-ser-um-direito-humano>. Acesso em: 07 nov. 2017.

ROYER, Luciana de Oliveira. **Financeirização da política habitacional: limites e perspectivas**. 2009. 194f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SACHS, Céline. **São Paulo: políticas públicas e habitação popular**. São Paulo: EdUSP, 1999.

SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas federais de habitação no Brasil: 1964-1998**. Brasília: IPEA, 1999.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: questões temáticas e de pesquisa. **Caderno CRH**, Salvador, n.39, p.11-24, jul./dez. 2003.

ASPECTOS DESTACADOS DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO

Claudinéia Onofre de Assunção Mota¹

RESUMO

O presente artigo analisar os principais aspectos da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. Busca justificar a admissibilidade desta teoria, para o fim de que se conceda às vítimas de atos lesivos uma reparação mais ampla e capaz de compensar os danos sofridos, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais. Apresenta a definição da perda de uma chance, suas características, sua natureza jurídica, bem como critérios para quantificação da indenização a ser fixada. Com o estudo realizado constatou-se que a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance é alvo de grandes discussões, sobretudo quanto à sua natureza jurídica, constituindo-se numa teoria ainda pouco utilizada. Sustenta-se a necessidade de admissibilidade da teoria da responsabilidade civil pela chance perdida que se revela uma nova espécie de dano, cuja indenização assegura ampla proteção às vítimas de atos lesivos, configurados os pressupostos de reparação.

1 INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado neste artigo corresponde a uma nova forma de interpretação da responsabilidade civil, com a teoria da perda de uma chance, cujas raízes estão na França a

¹ Especialista em direito civil e direito constitucional aplicado. Assessora jurídica do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Professora assistente da disciplina de direito civil III na FUCAP Univinte. E-mail: claudineiaass1@gmail.com.

partir da década de 60, difundindo-se pela Itália até chegar mais recentemente ao Brasil.

Referida teoria constitui-se reflexo da própria evolução da responsabilização civil, privilegiando-se a proteção integral às vítimas de atos lesivos em detrimento da comprovação dos demais requisitos da responsabilidade civil clássica.

Cuida a perda de uma chance de indenizar a oportunidade ceifada de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo em virtude da conduta desrespeitosa de alguém, cujo *quantum* reparatório é alcançado com observância a probabilidade de ocorrência do resultado final.

Procurar-se-á, também, identificar os argumentos para a recusa ou aceitação da teoria em comento, a qual se traduz em uma indenização mais completa em favor dos ofendidos resultantes de condutas lesivas que se enquadrem na situação em análise, buscando contribuir para que esta possa vir a ser prevista expressamente no ordenamento jurídico brasileiro e salvaguardar a todos os cidadãos vitimados, que, não raras vezes, não encontram amparo na justificação tradicional da responsabilidade civil.

Desta feita, o objetivo desta explanação, não exauriente, é analisar alguns aspectos destacados da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro, procurando apresentar elementos para a sua aceitação e disseminação, cujos benefícios são de extrema relevância, especialmente por ter o fim de proteger de forma mais ampla e integral os bens jurídicos dos cidadãos.

O presente Relatório de Pesquisa encerra-se com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance. Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de

Investigação² foi utilizado o Método Indutivo³, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁴, e, o Relatório dos Resultados expresso no presente Artigo é composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁵, da Categoria⁶, do Conceito Operacional⁷ e da Pesquisa Bibliográfica⁸.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

O instituto da responsabilidade civil, sem sombra de dúvidas, representa importante instrumento para a manutenção da normalidade das relações sociais, haja vista que faz com que o direito individual ou transindividual seja respeitado, desestimulando a sua violação e assegurando indenização à vítima em caso de ofensa, desde que demonstrados, em regra, a conduta culposa do agente, o nexo de causalidade e o dano.

Com este contexto, não se pode deixar de destacar a responsabilidade civil subjetiva, que representa a regra no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a responsabilização objetiva, em casos específicos, como o previsto no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

² “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

³ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

⁴ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22.

⁵ “[...] explicitação prévia do (s) motivo (s), do (s) objetivo (s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

⁶ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

⁷ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

⁸ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

Esta dispensa a demonstração do elemento culpa; aquela exigindo a comprovação de conduta lesiva, nexos causal e dano para a sua configuração.

Ainda, com contornos discretos no cenário jurídico brasileiro, pode-se verificar uma nova teoria de responsabilização civil, denominada a perda de uma chance, a qual é alvo de discussões na doutrina e na jurisprudência dos países.

Com efeito, é inquestionável que a sociedade evoluiu e que com este crescimento novos problemas apareceram, resultando em espécie de prejuízo impensado a uma das partes oriundo das relações conflituosas.

Acompanhando esta evolução, tem-se agora a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, flexibilizando a interpretação dos pressupostos clássicos da reparação.

Com a passagem de uma sociedade que exigia a demonstração da culpa dos atos lesivos para sua prescindibilidade em prol da proteção à vítima na responsabilização civil, a perda de uma chance surge, nesta senda, a fim de melhor resguardar as pessoas, evitando que suportem sozinhas os prejuízos resultantes da conduta lesiva de alguém, mas que não se enquadrem no pressuposto da certeza do dano final, exigida para caracterizar dano emergente, lucro cessante ou dano moral.

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance tem suas raízes na França, após as discussões e decisões da doutrina e da jurisprudência dos seus pretórios, sobretudo na década de 60, cuja consolidação da teoria deu-se com as demandas que buscavam reparação pelas falhas médicas, de onde surgiu a expressão *perte d'une chance de survie ou guérison* (perda de uma chance de cura ou de sobrevivência).

Ante a difusão da teoria na Europa, outro país a tratar da perda de uma chance com atenção foi à Itália. No princípio, percebeu-se certa resistência na admissibilidade da teoria

onde a oportunidade perdida é passível de indenização em favor da vítima, vez que tratavam a chance ceifada como dano incerto e hipotético. Mais tarde, com os doutrinadores De Cupis e Bocchiola, especialmente, que introduziram a natureza de dano emergente à chance perdida, esta passou a ser vista como um dano perfeitamente passível de indenização.

O Brasil, por sua vez, deu os primeiros passos na introdução da responsabilidade civil pela perda de uma chance na década de 90, com julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Na doutrina, destacam-se doutrinadores como José de Aguiar Dias, José Manuel de Carvalho Santos, Caio Mário da Silva Pereira, Miguel Maria de Serpa Lopes, Sérgio Savi e Rafael Peteffi da Silva, os quais representam com muita propriedade a eclética discussão da recente teoria no cenário jurídico brasileiro, buscando justificar a aceitação ou a recusa à perda de uma chance.

Assim sendo, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance é um tema de acirrados debates, porquanto permeada de peculiaridades. Significativamente, a perda de uma chance revela-se na hipótese de alguém que retira de outrem a oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, cuja chance era real. Sua essência reside na *chance perdida e no prejuízo resultante do fato*, causando dissabores na vida do ofendido, violando o princípio do *nemimen laedere*, o qual é basilar para a construção e aplicação dos ditames da responsabilidade civil.

Trata-se de indenizar a oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo que restou ceifado de alguém por meio de uma conduta lesiva, cuja chance era séria e o resultado final era provável de ocorrer se não houvesse a interrupção. Referida teoria está calcada na ideia da proteção às vítimas de atos lesivos, cujos danos não são aqueles conhecidos pela legislação civil brasileira, buscando a reparação da vítima de forma mais completa possível.

Salienta-se que na sua natureza jurídica reside um dos pontos mais conflitantes, seja no que se refere à definição, ou mesmo quanto à sua quantificação, havendo correntes doutrinárias que buscam diversamente justificá-las.

Em se tratando da natureza jurídica da definição da perda de uma chance destacam-se dois posicionamentos na doutrina pátria.

A corrente majoritária vê na perda de uma chance um dano autônomo e especial, vez que atendidos todos os pressupostos para tanto. De outro vértice, há defesa doutrinária que assevera que a oportunidade perdida corresponde apenas ao nexos causal parcial, interpretando-se este requisito da responsabilidade civil de forma alternativa.

Neste aspecto, analisando-se as ponderações de ambas as correntes, entende-se que a chance perdida, quando preenchidos os pressupostos, autoriza a fixação de uma indenização em favor do ofendido, não pela possibilidade do resultado que se poderia alcançar, mas pelo efetivo dano que se concretizou no momento da conduta lesiva do agente, retirando a oportunidade, tratando-se de um dano autônomo e especial.

Pontua-se, sob o ponto de vista desta autora, que embora a perda de uma chance guarde muita semelhança como os lucros cessantes, vez que ambos trabalham como a probabilidade de ocorrência do dano final, estes indenizam os lucros que se deixou de lucrar. Por sua vez, a perda de uma chance indeniza o prejuízo ocorrido no exato momento do ato do agressor, traduzido na oportunidade ceifada.

Por este raciocínio dano emergente e perda de uma chance parecem pertencer a mesma espécie, todavia, esta por suas peculiaridades deve ser tratada como um dano autônomo e especial, onde a probabilidade é um marco para a sua compreensão.

Braga Netto, Farias e Rosenvald afirmam que:

Sendo assim, não apenas o dano emergente, mas também a indenização pela perda de uma chance se refere a um bem jurídico que o credor “efetivamente perdeu”. A chance – quando séria e concreta – detém conteúdo patrimonial que já se encontra na órbita econômica da pessoa. Trata-se de um bem imaterial titularizado pelo ofendido ao momento do dano que a suprime. Tal e qual um direito autoral, ou uma patente, a chance se insere dentre o nosso rol de bens imateriais como um direito expectativo paulatinamente consolidado por seu titular. O valor econômico dessa chance será indenizado como uma espécie de dano emergente, afinal, ele “efetivamente perdeu (a chance)”.⁹

Mas, frisa-se que a perda de uma chance deve ser reconhecida quando aqueles não o forem por ausência de certeza do resultado final, isto é, a indenização pela oportunidade perdida é subsidiária, a fim de que não restem vítimas desamparadas, diante apenas da possibilidade do dano, classicamente definido.

Importante destacar que não é nenhuma chance perdida que autoriza a fixação de uma indenização, para tanto, em outras palavras, a chance perdida, além de ter que ser uma oportunidade real de ganho ou de se evitar um prejuízo (não se tratando de ilusões, fantasias ou esperanças), precisa estar revestida de uma grande probabilidade de ocorrência.

Um marco no reconhecimento da responsabilidade pela perda de uma chance no direito brasileiro é o acórdão prolatado no Recurso Especial de nº 788.459, julgado em 08 de novembro de 2005, oriundo do Estado da Bahia, na qual buscava a autora uma indenização em virtude de a ré ter lhe tirado a chance de ganhar um milhão de reais com a resposta final, eis que a pergunta não tinha nenhuma alternativa correta. Destaca-se:

⁹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 5. ed., rev. atual. Bahia: Jus Podivm. 2018, p. 275. v. 3.

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.
2. Recurso conhecido e, em parte, provido.¹⁰

E do corpo da referida decisão surge imperiosa a chance perdida passível de indenização:

deixado de lucrar. [...].¹¹ (grifo do autor). [...] Trago à colação parte do acórdão recorrido, **verbis** :

'A pergunta a seguir transcrita, objeto de discussão no processo, é mais uma vez repetida, agora na petição de recurso: "A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro?

Resposta: 1 - 22%

2 - 02%

3 - 04%

4 - 10% (resposta correta)'

*Ora, como bem afirma a ilustre Juíza **a quo** na sentença recorrida "A pergunta, é óbvio, não deixa a menor dúvida de que refere-se a **um percentual de terras que seria reconhecido pela Constituição Federal como de direito pertencente aos índios** ."*

*Assim sendo, não tem cabimento a irrisignação da recorrente quanto a ter a **a quo** concluído no sentido de ser a pergunta "irrespondível", afirmando tratar-se de pergunta complexa que demanda raciocínio veloz do candidato, porque na Constituição*

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 788.459**. Relator: Min. Fernando Gonçalves, Brasília, DF, 8 de novembro de 2005. [2006]. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=788459&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 22 maio 2007.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 788.459**. Relator: Min. Fernando Gonçalves, Brasília, DF, 8 de novembro de 2005. [2006]. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=788459&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 22 maio 2007.

*Federal não há consignação de percentual relativo a percentagem de terras reservadas aos índios (...). (...)
Como bem salienta a Magistrada na decisão: "... a pergunta foi mal formulada, deixando a entender que a resposta correta estaria na Constituição Federal, quando em verdade fora retirada da Enciclopédia Barsa. E isso não se trata de uma "pegadinha", mas de uma atitude de má-fé, quiçá, para como diz a própria acionada, manter a "emoção do programa onde ninguém até hoje ganhou o prêmio máximo." (fls. 53/54)*

[...].

No mais, prequestionada que foi a letra do art. 1059 do Código Civil, o ven. acórdão, ressaltando a pergunta ter sido mal formulada, pois, ao contrário da Enciclopédia Barsa, de onde foi extraída a indagação, a Constituição Federal, em seu art. 231, não indica qualquer percentual relativo às terras reservadas aos índios [...].

Nestas circunstâncias, firmado o debate no sentido de haver a recorrida optado por não responder a indagação diante da inviabilidade lógica de uma resposta adequada, ou, na dicção da petição inicial, de ser a pergunta "irrespondível", não se pode negar, em consonância com as instâncias ordinárias, que a prestação foi impossibilitada por culpa do devedor, no caso a recorrente, que deverá ressarcir a recorrida do **quantum** perdido ou que razoavelmente haja

O e. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Apelação Cível n. 2012.050058-3, de Chapecó, na Relatoria do Des. Luiz Cesar Schweitzer, em 24 de fevereiro de 2015, decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. DENUNCIÇÃO DA LIDE A TERCEIRO RESPONSÁVEL. PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. LIDE PRIMÁRIA. RECURSO DO AUTOR. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. REQUERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS TESTEMUNHAL E DOCUMENTAL, AQUELA APÓS DESPACHO DE ESPECIFICAÇÃO PROBATÓRIA. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE IGUAL PEDIDO NA PETIÇÃO INICIAL QUANTO À PRIMEIRA ESPÉCIE.

OCAÇÃO PROCESSUAL ADEQUADA PARA REQUERÊ-LA. LEITURA DO ARTIGO 282, VI, DO CPC. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO (CPC, ART. 130). JUIZ DESTINATÁRIO DAS PROVAS. PREFACIAL REJEITADA. [...] MÉRITO. DANOS MATERIAIS. PLEITO DE MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. IMPOSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO SOFRIDO. *QUANTUM* MANTIDO.

"Para a valoração da chance perdida, deve-se partir da premissa inicial de que a chance no momento de sua perda tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a tivesse privado daquela possibilidade. Assim, a chance lucro terá sempre um valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização" (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 63).

[...] DANO MORAL. INEXISTÊNCIA DE ABALO INTERIOR A ENSEJAR A COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA ALMEJADA. ABORRECIMENTOS E INCÔMODOS INERENTES À MÁ-PRÉSTACÃO DO SERVIÇO. TESE RECHAÇADA.

"Na vida, há comportamentos ilícitos de todo suportáveis, e outros que, ao revés, merecem ser penalizados. Para configuração do dano moral é imperativo que o fato ocasionado tenha carga suficiente para infligir no ofendido um sofrimento intenso e extraordinário, causador de sequelas de indubitosa repercussão, não se amalgamando ao prejuízo anímico as amolações cotidianas e os aborrecimentos efêmeros" (Apelação Cível n. 2010.079729-0, de Lages, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 17-7-2014).

APELO DO RÉU. PREJUDICIAL AO MÉRITO. PRETENZA INCIDÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL DISPOSTO NO ARTIGO 27 DA LEI CONSUMERISTA. INAPLICABILIDADE DO CDC. SERVIÇO DE ADVOGADO DISTINTO DOS ROTINEIRAMENTE PRESTADOS NO MERCADO DE CONSUMO. AFASTAMENTO DO ARTIGO 3º, *CAPUT*, E § 2º, DA LEI N. 8.078/1990. PRECEDENTES DO STJ E DA CORTE.

"O CDC não incide nos contratos de prestação de serviços advocatícios. Agravo não provido" (AgRg no Ag n. 1.380.692/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24-5-2011).

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR

JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. TEORIA APLICADA QUE NÃO SE CONFUNDE COM OS DANOS MATERIAIS. DOCTRINA NORTEADORA DO ESTABELECIMENTO DOS REFERIDOS DANOS NA HIPÓTESE E RESPECTIVA INDENIZAÇÃO. ÔBICE PRÉVIO AFASTADO. MÉRITO. DANOS MATERIAIS. SERVIÇOS PRESTADOS DE MANEIRA DEFICIENTE. CONTESTAÇÃO DEFEITUOSA, AUSÊNCIA DE RÉPLICA E INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU CONTRARRAZÕES SOBRE O INTERPOSTO PELO ADVERSÁRIO CONTRA A SENTENÇA E RECLAMO POR INSTRUMENTO APRESENTADO A DESTEMPO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PREJUÍZOS OCASIONADOS AO RÉU, AO QUAL SE IMPOSSIBILITOU UM RESULTADO FINAL MAIS FAVORÁVEL. DANOSIDADE RECONHECIDA. LIDE SECUNDÁRIA. APELO DO AUTOR. DENUNCIAÇÃO DA SEGURADORA (CPC, ART. 70, INC. III). COBERTURA DE DANOS ADVINDOS DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELO SEGURADO. TERMO INICIAL DA RELAÇÃO JURÍDICA. DEFINIÇÃO. DANOS MATERIAIS OCORRIDOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA APÓLICE. LEITURA DOS ARTIGOS 760 E 776, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. INTERVENÇÃO DESCABIDA. SENTENÇA EM PARTE REFORMADA. RECURSOS CONHECIDOS. PROVIDO PARCIALMENTE O INTERPOSTO PELO AUTOR.¹²

E, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça reforçou o reconhecimento da teoria da responsabilidade pela perda de uma chance:

RECURSO ESPECIAL. AÇÕES EM BOLSA DE VALORES. VENDA PROMOVIDA SEM AUTORIZAÇÃO DO TITULAR. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE.

¹² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 2012.050058-3**. Relator: Des. Luiz Cesar Schweitzer, Florianópolis, 24 de fevereiro de 2015. Disponível em: https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=20120500583&uuidCaptcha=sajcaptcha_3859fcdf93724e01ab1a39ebb047f9ee&g-recaptcharesponse=03AL4dnxprz581m_DyO95q16JZUVdHEjYM0LI2ZxZT1vRnUo65rb9Gq0d9rSqRc6EUFtw7x01cTprmgMxGwStvp6SRyLnnUkbdM_abUK0qA2dMpl0x7VB74LH4q8yTXuU7RQjGE9thJaFgqzi_O-j5bO0yjKUpWUTmlxwRdMAedF_JST9NobrGvC5LwJawloXGFz93bPYo-9BybyJ_-poqVzIRTGlx7UjX6ldoJ2Gt1dpBrgFkzXn9B_E_BiTEUmSnBXBfa-sl-WR9FIGeZt_fed8WCqbi8PkaPQ. Acesso em: 4 out. 2018.

DANO CONSISTENTE NA IMPOSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO DAS AÇÕES COM MELHOR VALOR, EM MOMENTO FUTURO. INDENIZAÇÃO PELA PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. "A perda de uma chance é técnica decisória, criada pela jurisprudência francesa, para superar as insuficiências da responsabilidade civil diante das lesões a interesses aleatórios. Essa técnica trabalha com o deslocamento da reparação: a responsabilidade retira sua mira da vantagem aleatória e, naturalmente, intangível, e elege a chance como objeto a ser reparado" (CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 922, ago, 2012). 2. Na configuração da responsabilidade pela perda de uma chance não se vislumbrará o dano efetivo mencionado, sequer se responsabilizará o agente causador por um dano emergente, ou por eventuais lucros cessantes, mas por algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa, que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. 3. No lugar de reparar aquilo que teria sido (providência impossível), a reparação de chances se volta ao passado, buscando a reposição do que foi. É nesse momento pretérito que se verifica se a vítima possuía uma chance. É essa chance, portanto, que lhe será devolvida sob a forma de reparação. 4. A teoria da perda de uma chance não se presta a reparar danos fantasiosos, não servindo ao acolhimento de meras expectativas, que pertencem tão somente ao campo do íntimo desejo, cuja indenização é vedada pelo ordenamento jurídico, mas sim um dano concreto (perda de probabilidade). A indenização será devida, quando constatada a privação real e séria de chances, quando detectado que, sem a conduta do réu, a vítima teria obtido o resultado desejado. Documento: 84115604 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 06/06/2018 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça 5. No caso concreto, houve venda de ações sem a autorização do titular, configurando o ato ilícito. O dano suportado consistiu exatamente na perda da chance de obter uma vantagem, qual seja a venda daquelas ações por melhor valor. Presente, também, o nexo de causalidade entre o ato ilícito (venda antecipada não autorizada) e o dano (perda da chance de venda valorizada), já que a venda pelo titular das ações, em momento futuro, por melhor preço, não pode ocorrer

justamente porque os papéis já não estavam disponíveis para serem colocados em negociação. 6. Recurso especial a que se nega provimento.¹³

Outra problemática é a natureza jurídica da quantificação dos prejuízos ocorridos na esfera extrapatrimonial decorrentes da chance perdida, que causam sofrimento e dores imateriais nas vítimas.

Antonio Jeová dos Santos defende que a perda de uma chance é mero agregador do dano moral, posição esta que vem sendo seguida pelos pretórios brasileiros em seus julgados. Já Sérgio Savi, por sua vez, vê na oportunidade perdida um dano material (patrimonial) independente do dano moral, admitindo-se a cumulação.

Não obstante as discussões existentes, não se percebe razões capazes de fundamentar a recusa na aceitação desta teoria, sobretudo porque objetiva uma maior proteção às vítimas de atos lesivos, traduzindo-se numa nova forma de compensar aqueles danos oriundos de uma chance perdida.

E não se pode cogitar, ainda, a ausência de previsão legal como argumento para a não aceitação, primeiro porque não é vedada pelas legislações civis; segundo porque a nova teoria, como já descrito, corresponde a evolução da sociedade, lembrando-se que as normas surgem dos fatos, o que pode ser plenamente aplicável ao caso.

E mais, um forte argumento é que a indenização pela perda de uma chance representa a valorização do cidadão, porquanto respeitados os ditames constitucionais, especialmente o *princípio da dignidade da pessoa humana*.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1540153**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 17 de abril de 2018. [2018]. Disponível em: https://ww2stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500820539&dt_publicacao=06/06/2018>. Acesso em: 5 out. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, tem-se respaldo para a fixação de uma indenização pela perda de uma chance quando os requisitos estiverem presentes, permitindo a compensação da vítima pelo prejuízo sofrido decorrente da própria perda da chance por si só.

Ademais, além de ser fundamento para a compensação do dano advindo de oportunidade perdida, a indenização da perda da chance também se traduz em *prevenção*, objetivando que as pessoas ajam com cautela, conscientes de que suas condutas podem causar danos.

Entretanto, não obstante todos os argumentos favoráveis para a admissibilidade da nova teoria, a perda de uma chance ainda tem tímida aceitação no ordenamento jurídico brasileiro.

Mas é preciso que se reconheça que os primeiros passos para aceitação e compreensão da teoria já foram dados, exigindo-se que os estudos sejam aprofundados, haja vista que a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance traduz-se em concreta proteção às vítimas de condutas lesivas, porquanto busca uma indenização mais ampla às mesmas, cuja interpretação clássica dos pressupostos não assegura.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 5. ed., rev. atual. Bahia: Jus Podivm. 2018. v. 3.

BRASIL. **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 7 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 788.459**. Relator: Min. Fernando Gonçalves, Brasília, DF, 8 de novembro de 2005. [2006]. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=788459&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 22 maio 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1540153**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 17 de abril de 2018. [2018]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500820539&dt_publicacao=06/06/2018. Acesso em: 5 out. 2018.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOTA, Claudinéia Onofre de Assunção. **Aspectos destacados da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro**, Tubarão: 2007. Originalmente apresentada para graduação em Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 2012.050058-3**. Relator: Des. Luiz Cesar Schweitzer, Florianópolis, 24 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=20120500583&uuidCaptcha=saj>

captcha_3859fcdf93724e01ab1a39ebb047f9ee&g-recaptcha-response=03AL4dnxprz581m_DyO95q16JZUVdHEjYM0LI8WCqbi8PkaPQ. Acesso em: 4 out. 2018.

ANÁLISE CRÍTICA DA LEI N. 13.497/17

Cleiton Luiz Neves de Oliveira¹

RESUMO

A Lei n. 13.497, de 16 de outubro de 2017, deu nova redação ao artigo 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/90, passando a considerar hediondo o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, tipificado no artigo 16 da Lei n. 10.826/03. A inclusão do porte ou posse ilegal de arma de fogo de uso restrito como crime hediondo representa uma alteração legislativa bastante significativa. Num primeiro momento, a leitura da nova redação do artigo 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/90 dá a entender que se trata de uma alteração simples e certa, bem justificada pelo perigo abstrato da conduta. A hediondez no tipo penal em questão, todavia, traz consequências técnico-jurídicas que podem se revelar não tão simples e certas assim, máxime diante das hipóteses práticas decorrentes da consunção/absorção.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda de modo crítico o texto da Lei n. 13.497, de 16 de outubro de 2017, que deu nova redação ao artigo 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/90 – Crimes Hediondos, passando a considerar hediondo o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, tipificado no artigo 16 da Lei n. 10.826/03.

O artigo ficará dividido em quatro capítulos: o primeiro a respeito da Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos), o segundo sobre a Lei n. 13.497/17, o terceiro acerca do princípio da

¹ Especialista em direito penal, em direito processual penal e em direito processual civil. Assessor jurídico da Magistratura do estado de Santa Catarina. Professor assistente de direito penal e prática penal na FUCAP Univinte. E-mail: cleiton.luiz@live.com.

consunção/absorção e o quarto em relação a possíveis reflexos prático-jurídicos decorrentes da nova norma em questão.

Será utilizado o método de abordagem indutivo, partindo-se da análise do contexto técnico-jurídico da Lei n. 13.497 e da eventual problemática decorrente dos reflexos provocados na prática penal, com pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais.²

O objetivo geral do estudo científico será analisar de forma crítica a Lei n. 13.497 diante do contexto técnico-jurídico no qual inserida.

Os objetivos específicos serão: analisar o texto da Lei n. 13.497 e o contexto social envolvido; abordar a mudança provocada no artigo 1º, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.072/90; verificar os reflexos jurídicos da alteração legislativa; expor os possíveis entraves jurídicos que podem decorrer da nova norma; apontar, ao final, uma proposta de solução para a questão.

2 A LEI N. 8.072/90 - CRIMES HEDIONDOS

O artigo 5º, inciso XLIII, da Carta Constitucional de 1988 estabelece que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos”.

A impossibilidade de arbitramento de fiança, assim como de concessão de graça ou anistia, permite já aqui encontrar a nítida intenção do legislador constitucional de pressupor maior grau de lesividade e, por consequência, de reprovabilidade axiológica quanto aos tipos penais considerados hediondos, empregando diferentes consequências jurídicas em relação aos considerados “comuns”.

² LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Ciência e pesquisa**: Livro didático. Palhoça: Unisul Virtual, 2007.

A própria definição técnica da palavra é bastante sugestiva. Para o Dicionário Michaelis, hediondo é algo “considerado desprezível ou ignóbil, do ponto de vista moral; sórdido, horrendo, horrível”.³

A Constituição da República, no entanto, não revelou sobre quais crimes reconheceria hediondez, limitando-se a desde logo dizê-los inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

Foi aí que veio a Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. A norma infraconstitucional tratou de suprir a lacuna e complementar o dispositivo constitucional. No corpo dela estão arrolados os tipos considerados hediondos, bem assim as especiais consequências prático-jurídicas a eles aplicáveis.

Estão dentre os crimes hediondos, por exemplo, o homicídio qualificado (artigo 121, parágrafo segundo, do Código Penal), o latrocínio (artigo 157, parágrafo terceiro, inciso II, do Código Penal) e o estupro de pessoa vulnerável (artigo 217-A do Código Penal).

Dada a presunção de extensão quando menos um tanto mais danoso das condutas que são objeto dos tipos classificados como hediondos, assim como daquelas correspondentes aos seus equiparados (tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tortura e terrorismo), a Lei n. 8.072/90, seguindo a linha constitucional, resolveu dar tratamento diferenciado em determinados pontos.

O artigo 2º da norma de regência, logo no primeiro dos seus incisos, estabelece que os crimes hediondos são insuscetíveis de anistia, graça e indulto. O dispositivo na anistia e graça repete parte da já citada regra constitucional, num zelo legislativo muito além do necessário, acrescentando apenas a impossibilidade de concessão de indulto em casos tais.

³DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. **Hediondo**. 20-?. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/hediondo/> - Acesso em: 10 de maio de 2018.

Há nova repetição desnecessária de comando constitucional no segundo inciso do *caput* do artigo 2º: inafiançabilidade dos crimes hediondos.

Já o parágrafo primeiro do artigo 2º, aí sim inovando, prevê a fixação do regime fechado para o início de cumprimento de qualquer pena privativa de liberdade aplicada por conta de crime hediondo ou seus equiparados.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, de certo modo apossando-se das funções legislativas, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo legal último referido quando da análise do *Habeas Corpus* n. 111.840/ES, julgado por decisão plenária datada em meados de junho de 2012. A Suprema Corte apontou a necessidade de observância às regras gerais de fixação do regime inicial dispostas pelo artigo 33 do Código Penal mesmo nos casos envolvendo hediondez.

Já o segundo parágrafo do artigo 2º traz importante disposição a respeito da progressão de regime, estabelecendo critérios temporais diversos daqueles aplicáveis aos tipos comuns. Enquanto nos demais delitos, por força do artigo 112 da Lei n. 7.210/84 (Execuções Penais), o tempo para progressão de regime, de regra, é de 1/6 da pena aplicada, sem distinção entre condenado primário e reincidente, nos crimes hediondos a fração progressiva é de 2/5, se o apenado for primário, e de 3/5, caso reincidente.⁴

O parágrafo quarto do artigo 2º, por fim, estipula o prazo de trinta dias de prisão temporária para os casos envolvendo crimes hediondos e mantém a possibilidade de prorrogação, tempo bastante além dos cinco dias previstos na regra geral dada pelo artigo 2º, *caput*, da Lei n. 7.960/89.

⁴ Embora não seja o objetivo do presente artigo, há que se ressaltar a existência de requisitos especiais e cumulativos para que "mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência" possa progredir de regime, inovação colocada pela Lei 13.769/18 no artigo 112, parágrafos 3º e 4º, da Lei de Execuções Penais.

3 A LEI N. 13.497/17

O artigo 1º da Lei dos Crimes Hediondos, na origem, não previa parágrafo algum. O seu parágrafo único, na redação primitiva, foi incluído pela Lei n. 8.930, de 06 de setembro de 1994: “Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º e outubro de 1956, tentado ou consumado”.

Já a Lei n. 13.497, de 16 de outubro de 2017, deu novo texto ao parágrafo único da Lei dos Crimes Hediondos: “Consideram-se também hediondos o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º e outubro de 1956, e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, todos tentados ou consumados”.

A Lei n. 13.497, portanto, inseriu no rol dos hediondos o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, tipificado no artigo 16 da Lei n. 10.826/03:

Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.⁵

O artigo 16 da Lei n. 10.826/03 é norma penal em branco, pois não estabelece o conceito de arma de fogo de uso restrito. A definição só é encontrada nos artigos 15 e 16 do Regulamento anexo ao Decreto n. 3.665, de 20 de novembro de 2000:

⁵ BRASIL. Lei n. 13.497, de 26 de outubro de 2017. Altera a Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito no rol dos crimes hediondos. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, DF.

Art. 15. As armas, munições, acessórios e equipamentos são classificados, quanto ao uso, em:

I - de uso restrito; e

II - de uso permitido.

Art. 16. São de uso restrito:

I - armas, munições, acessórios e equipamentos iguais ou que possuam alguma característica no que diz respeito aos empregos tático, estratégico e técnico do material bélico usado pelas Forças Armadas nacionais;

II - armas, munições, acessórios e equipamentos que, não sendo iguais ou similares ao material bélico usado pelas Forças Armadas nacionais, possuam características que só as tornem aptas para emprego militar ou policial;

III - armas de fogo curtas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia superior a (trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete Joules e suas munições, como por exemplo, os calibres .357 Magnum, 9 Luger, .38 Super Auto, .40 S&W, .44 SPL, .44 Magnum, .45 Colt e .45 Auto;

IV - armas de fogo longas raiadas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia superior a mil libras-pé ou mil trezentos e cinquenta e cinco Joules e suas munições, como por exemplo, .22-250, .223 Remington, .243 Winchester, .270 Winchester, 7 Mauser, .30-06, .308 Winchester, 7,62 x 39, .357 Magnum, .375 Winchester e .44 Magnum;

V - armas de fogo automáticas de qualquer calibre;

VI - armas de fogo de alma lisa de calibre doze ou maior com comprimento de cano menor que vinte e quatro polegadas ou seiscentos e dez milímetros;

VII - armas de fogo de alma lisa de calibre superior ao doze e suas munições;

VIII - armas de pressão por ação de gás comprimido ou por ação de mola, com calibre superior a seis milímetros, que disparem projéteis de qualquer natureza;

IX - armas de fogo dissimuladas, conceituadas como tais os dispositivos com aparência de objetos inofensivos, mas que escondem uma arma, tais como bengalas-pistola, canetas-revólver e semelhantes;

X - arma a ar comprimido, simulacro do Fz 7,62mm, M964, FAL;

XI - armas e dispositivos que lancem agentes de guerra química ou gás agressivo e suas munições;

XII - dispositivos que constituam acessórios de armas e que tenham por objetivo dificultar a localização da arma, como os

silenciadores de tiro, os quebra-chamas e outros, que servem para amortecer o estampido ou a chama do tiro e também os que modificam as condições de emprego, tais como os bocais lança-granadas e outros;

XIII - munições ou dispositivos com efeitos pirotécnicos, ou dispositivos similares capazes de provocar incêndios ou explosões;

XIV - munições com projéteis que contenham elementos químicos agressivos, cujos efeitos sobre a pessoa atingida sejam de aumentar consideravelmente os danos, tais como projéteis explosivos ou venenosos;

XV – espadas e espadins utilizados pelas Forças Armadas e Forças Auxiliares;

XVI - equipamentos para visão noturna, tais como óculos, periscópios, lunetas, etc;

XVII - dispositivos ópticos de pontaria com aumento igual ou maior que seis vezes ou diâmetro da objetiva igual ou maior que trinta e seis milímetros;

XVIII - dispositivos de pontaria que empregam luz ou outro meio de marcar o alvo;

XIX - blindagens balísticas para munições de uso restrito;

XX - equipamentos de proteção balística contra armas de fogo portáteis de uso restrito, tais como coletes, escudos, capacetes, etc; e

XXI - veículos blindados de emprego civil ou militar.⁶

A novação legislativa patrocinada pela Lei n. 13.497 derivou do Projeto de Lei n. 230/14, de autoria do então Senador Marcelo Crivella (PRB/RJ), atual Prefeito do Rio de Janeiro. A justificativa apresentada pelo proponente, basicamente, foi “a avassaladora onda de criminalidade que vitima a sociedade brasileira, atingindo patamares nunca antes experimentados no País”.⁷

Complementa a justificativa da proposta:

⁶ BRASIL. **Decreto n. 3.665**, de 20 de novembro de 2000. Dá nova redação ao regulamento para a fiscalização de produtos controlados (R-105). Publicado no Diário Oficial da União, Brasília, DF.

⁷ BRASIL. **Projeto de Lei nº 230/14**. Altera a Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir os crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, o comércio ilegal de arma de fogo e o tráfico internacional de arma de fogo no rol dos crimes hediondos... Brasília, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118219>. Acesso em: 08 jun. 2018.

No plano fático, o “Mapa da Violência 2013 – Mortes Matadas por Armas de Fogo”, divulgado em março deste ano, informa que 38.892 pessoas foram assassinadas a tiros em 2010, cerca de 106 por dia. O número é superior aos 36.624 assassinatos anotados em 2009 e mantém o País com uma taxa de 20,4 homicídios por 100 mil habitantes, a oitava pior marca entre cem nações com estatísticas consideradas relativamente confiáveis sobre o tema.

Entre os estados que apresentaram as mais altas taxas de homicídios estão Alagoas com 55,3, Espírito Santo com 39,4, Pará com 34,6, Bahia com 34,4 e Paraíba com 32,8. Pará, Alagoas, Bahia e Paraíba estão entre os cinco estados que mais sofreram com o aumento da violência na década. No Pará, o número de assassinatos aumentou 307,2%, em Alagoas 215%, na Bahia 195% e na Paraíba 184,2%. Neste grupo está ainda o Maranhão com a disparada da matança em 282,2% entre os anos de 2000 e 2010. Já o Rio de Janeiro aparece em oitavo lugar no ranking dos estados mais violentos com uma taxa de 26,4%.

Para JÚLIO JACOBO WASELFSZ, coordenador do “Mapa da Violência 2013”, a declarada priorização da segurança pública por governadores e iniciativas do governo federal tais como a campanha do desarmamento não foram suficientes para forçar a queda dos índices de violência na primeira década do século XXI. Do ano 2.000 até 2010, foi registrada uma taxa de aproximadamente 20 homicídios com armas de fogo por 100 mil habitantes. Entre as cinco cidades mais perigosas do País estão: Simões Filho (BA), com taxa de 141,5 homicídios por 100 mil habitantes; Lauro de Freitas (BA) com 106,6; Campina Grande do Sul (PR) com 107,0; Guaira (PR) com 103,9, e Maceió (AL) com 91,6.

São números piores que os das cidades de Medellín e Bogotá, na Colômbia, no auge do poder do narcotráfico de Pablo Escobar. Pelo estudo, 70% dos homicídios no País são cometidos com armas de fogo. Outro dado de relevo são as pesquisas realizadas pelo grupo “Viva Rio”, em parceria com a Subcomissão de Armas do Congresso Nacional, sobre o Mapa do Tráfico Ilícito de Armas no Brasil e o Ranking dos Estados no Controle de Armas, pesquisas essas que foram apoiadas pelo PRONASCI, do Ministério da Justiça, e divulgadas em dezembro de 2010. De acordo com os dados levantados à época, quase metade das armas que circulavam no Brasil eram ilegais – 7,6 milhões de um total de 16 milhões de armas.

Ademais, essas pesquisas revelam que o Brasil seria o campeão mundial em números absolutos por morte de arma de fogo!⁸

A *mens legis* da alteração legislativa, partindo-se da leitura das razões apresentadas pelo próprio autor do projeto, é ampliar a repressão estatal aos crimes praticados com armas de fogo de uso restrito, especialmente o homicídio. Foi com esta ideia em mente que o Legislativo formulou e aprovou, com a posterior sanção presidencial, a alteração hoje vigente no artigo 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/90.

4 O PRINCÍPIO DA ABSORÇÃO/CONSUMÇÃO

Dia a dia utilizada para solucionar o conflito aparente de normas penais,

Ocorre a relação consuntiva, ou de absorção, quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime. Nesses casos, a norma incriminadora que descreve o meio necessário, a normal fase de preparação ou execução de outro crime, ou a conduta anterior ou posterior, é excluída pela norma a este relativa. *Lex consumens derogat legi consumptae*.

O comportamento descrito pela norma consuntiva constitui a fase mais avançada na concretização da lesão ao bem jurídico, aplicando-se, então, o princípio de que *major absorbet minorem*. Os fatos não se apresentam em relação de espécie e gênero, mas de *minus a plus*, de conteúdo a continente, de parte a todo, de meio a fim, de fração a inteiro.⁹

Em linhas gerais, costuma-se dizer que o intermediário é consumido pelo crime finalístico de maior gravidade, para

⁸ SENADO FEDERAL. **Justificativa ao projeto de lei n. 230/14**. 2014. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118219> Acesso em: 08 de junho de 2018.

⁹ JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 36. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

onde verdadeiramente voltada a conduta. Em simples e diretas palavras: “o crime-fim absorve o crime-meio”¹⁰

O Superior Tribunal de Justiça tem precedentes nos quais reconheceu tanto a absorção do crime de porte ilegal de arma de fogo pelo roubo quanto pelo homicídio quando aquele, num mesmo contexto fático, foi meio para a prática de qualquer destes.

A propósito:

DIREITO PENAL *HABEAS CORPUS*. *HOMICÍDIO QUALIFICADO E PORTE DE ARMA*. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. APLICABILIDADE. CONTEXTO FÁTICO ÚNICO.

1. A aplicação do princípio da consunção pressupõe, necessariamente, a análise de existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa, sendo, por isso mesmo, inviável a sua aplicação automática, em desconsideração às circunstâncias fáticas do caso concreto

2. Havendo um contexto fático único e incontroverso de que a arma de fogo foi o meio para a consumação do crime de homicídio, aplica-se o princípio da consunção.

3. Ordem concedida.¹¹

3. A conduta de portar arma ilegalmente é absorvida pelo crime de roubo, quando, ao longo da instrução criminal, restar evidenciado o nexo de dependência ou de subordinação entre as duas condutas e que os delitos foram praticados em um mesmo contexto fático, incidindo, assim, o princípio da consunção. 4. *In casu*, o instrumento do crime foi apreendido em momento distinto, mas, no mesmo contexto fático, ou seja, quando o réu tentava fugir com o produto do crime de roubo, no qual empregou a arma. Seria diferente se o instrumento fosse encontrado com o paciente tempos depois, fora da

¹⁰ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 104.455, do Espírito Santo**. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 16 de novembro de 2010.

situação de flagrância, demonstrando inexistir qualquer vínculo entre as duas condutas típicas.¹²

O acervo decisório do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina revela decisões d'onde se retira, pela análise de cada contexto fático-concreto, a absorção do porte ilegal de arma de fogo pelos crimes de homicídio, tentativa de homicídio e sequestro:

Se a narrativa acusatória não imputa ao denunciado uma conduta autônoma de porte de arma de fogo, fora do contexto em que se deu o homicídio, mas limita-se a apontar que, no momento dos disparos, o acusado fez uso do citado instrumento, fica o primeiro delito absorvido pelo último.¹³

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003). SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. ACOHLIMENTO. UTILIZAÇÃO DA ARMA NA PRÁTICA DO DELITO DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ABSORÇÃO. PORTE DO INSTRUMENTO BÉLICO ANTERIOR AOS FATOS NÃO COMPROVADO. ABSOLVIÇÃO PELA TEORIA DA CONSUNÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.¹⁴

Mas apesar disso, isto é, mesmo se tendo por demonstrada a posse da arma por parte do réu, ainda assim não se mostra possível a confirmação de sua condenação. A descrição da

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 155.062, do Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 14 de junho de 2012.

¹³ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Recurso Criminal n. 2014.027907-9, de São Bento do Sul. Recorrente: Ademir dos Santos Andrade. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Roberto Lucas Pacheco. Florianópolis, SC, 16 de outubro de 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 30 de out. de 2014. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAI1jAAe&categoria=acordao. Acesso em: 08 jun. 2018.

¹⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 2014.010094-9, de Modelo. Apelante: Delmar Neu. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann. Florianópolis, SC, 02 de junho de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 03 de jul. de 2015. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAALMknAAZ&categoria=acordao. Acesso em: 08 jun. 2018.

conduta na peça acusatória dá conta da posse da arma para a prática de outro crime (sequestro), ou seja, configurando a hipótese de crime meio. Não descreve a posse da arma em contexto diverso, circunstância que afasta a possibilidade de reconhecimento do crime de forma autônoma.

Portanto, é inegável que o porte figurou como parte do *iter criminis* que levou ao sequestro. Nesse prisma, não há falar em condutas autônomas e concurso material, devendo, pois, de ofício, ser aplicado o princípio da consunção, com a absorção do delito de porte pelo de seqüestro.¹⁵

A Corte Catarinense também possui julgados aplicando a absorção do porte ilegal de arma de fogo pelos tipos patrimoniais de roubo e latrocínio:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E PELO CONCURSO DE AGENTES (ART. 157, § 2º, INCS. I E II, DO CP) EM CONCURSO FORMAL POR TRÊS VEZES (ART. 70, DO CP). CRIME DE CÁRCERE PRIVADO (ART. 148, DO CP). CRIME DE FALSA IDENTIDADE (ART. 307, DO CP). CRIME DE PORTEILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14, DA LEI Nº 10.826/2003). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. [...] 2) PEDIDO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO ENTRE O CRIME DE ROUBO E O CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ENTENDIMENTO DA SENTENCIANTE DE QUE "O CRIME DE MERA CONDUTA RENOVOU-SE COM A FUGA DO ACUSADO EM PODER DO ARTEFATO BÉLICO E ADQUIRIU APTIDÃO PARA CONFIGURAR ILÍCITO AUTÔNOMO APÓS A NOVA EMPREITADA LEVADA A EFEITO NA SEQUÊNCIA, QUAL SEJA, A PRÁTICA DO CRIME DE CÁRCERE PRIVADO, CRIME INCAPAZ DE TORNAR A ABSORVÊ-LO, JÁ QUE MENOS GRAVE". PRÁTICA LEVADA A EFEITO NA SEQUÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DO MESMO CONTEXTO FÁTICO.

¹⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 2015.044423-9, de Palhoça. Apelante: Leonardo Melvestet Nascimento. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Jorge Schaefer Martins. Florianópolis, SC, 03 de dezembro de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 15 de dez. de 2015. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAN58AAH&categoria=acordao. Acesso em: 08 jun. 2018.

ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE CONSUNÇÃO QUE SE IMPÕE. 3) PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE CÁRCERE PRIVADO POR INEXISTÊNCIA DE DOLO E DIANTE DO CURTO LAPSO TEMPORAL DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE DAS VÍTIMAS (CERCA DE QUINZE MINUTOS). AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADOS. APELANTE QUE MEDIANTE AMEAÇA DE ARMA DE FOGO OBRIGA AS VÍTIMAS A ADENTRAR NA RESIDÊNCIA E PRENDE-AS NO BANHEIRO. DOLO EVIDENCIADO. TIPO PENAL QUE NÃO EXIGE SITUAÇÃO DE PERMANÊNCIA POR LONGO PERÍODO DE TEMPO. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...] RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.¹⁶

O crime de porte de arma com numeração suprimida deve ser absorvido pelo crime de roubo, porquanto não existem provas de que houve conduta autônoma anterior ou posterior do delito. Assim, constatado que o armamento, além de ter sido utilizado como meio para o crime de roubo, limitou-se a integrar tal conduta, constituindo, pois, delito intermediário.¹⁷

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO. PRELIMINARES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE EM RAZÃO DE O LAUDO PERICIAL CONSTAR A ASSINATURA DE APENAS UM PERITO. EIVA INEXISTENTE. LAUDO SUBSCRITO POR PERITO REVISOR. PREFACIAL AFASTADA. CERCEAMENTO DE DEFESA, EM VIRTUDE DO INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. VÍCIO INOCORRENTE. ATO DISCRICIONÁRIO DO SENTENCIANTE. INÉPCIA DA DENÚNCIA INOCORRENTE. INICIAL QUE PREENCHE TODOS OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. PREFACIAIS REJEITADAS. MÉRITO. PLEITOS ABSOLUTÓRIOS INVIÁVEIS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE

¹⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 2014.028509-6, de Criciúma. Apelante: Érick Martinho Alexandre. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Florianópolis, SC, 30 de outubro de 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 19 de nov. de 2014. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAI2LqAAI&categoria=acordao. Acesso em: 08 jun. 2018.

¹⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 2015.055299-0, de Indaial. Apelante: Everton Alves de Carvalho. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho. Florianópolis, SC, 13 de outubro de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 16 de out. de 2015. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAANqJJAAR&categoria=acordao. Acesso em: 08 jun. 2018.

COMPROVADAS. ALMEJADA DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO. IMPOSSIBILIDADE. AGENTES QUE APÓS ANUNCIAREM O ASSALTO, EFETUARAM DISPAROS DE ARMA DE FOGO QUE VITIMARAM FUNCIONÁRIO DO PARQUE. DOSIMETRIA. PEDIDO DE REDUÇÃO DA REPRIMENDA. AFASTADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS QUE JUSTIFICAM O AUMENTO. CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E RESTRITO. PLEITO DE ABSORÇÃO PELO DELITO DE LATROCÍNIO. DEFERIMENTO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DO PORTE ANTERIOR DO ARMAMENTO. ADEQUAÇÃO DAS REPRIMENDAS QUE SE IMPÕEM. RECURSOS, DE DOIS APELANTES, PARCIALMENTE PROVIDOS.¹⁸

Os precedentes citados demonstram que o princípio da absorção/consunção já foi aplicado ao porte ilegal de arma de fogo quando meio, num mesmo contexto de fato, para a prática de crimes mais graves como o homicídio, tentativa de homicídio, sequestro, roubo e latrocínio.

5 OS POSSÍVEIS REFLEXOS PRÁTICO-JURÍDICOS DECORRENTES DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO/ABSORÇÃO AO TIPO LEGAL TRATADO PELA LEI N. 13.497/17

Dos precedentes tomados como exemplo, o roubo e o sequestro não estão dentre os tipos arrolados como hediondos pelo artigo 1º da Lei n. 8.072/90. O homicídio simples, assim como a sua tentativa, também não figura no rol, salvo quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio.

Oportuno recordar que homicídio simples e sequestro (artigos 121, *caput*, e 148 do Código Penal, respectivamente)

¹⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação criminal n. 2009.005489-7, de Joinville. Apelante: Otoniel dos Santos et al. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Alexandre d'Ivanenko. Florianópolis, SC, 14 de julho de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 12 de ago. de 2009. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAACGC0AAC&categoria=acordao. Acesso em: 08 jun. 2018.

não se confundem com os crimes de homicídio qualificado e de extorsão mediante sequestro (artigos 121, parágrafo segundo, e 159 do Código Penal, em ordem respectiva), estes sim considerados hediondos pelo artigo 1º, incisos I e IV, da Lei n. 8.072/90.

Das cinco espécies delitivas citadas (homicídio simples, tentativa de homicídio simples, sequestro, roubo e latrocínio), somente o latrocínio é figura presente na relação dos crimes hediondos (artigo 1º, inciso II, da Lei n. 8.072/90).

O porte ou posse ilegal de arma de uso restrito, previsto no artigo 16 da Lei n. 10.826/03, tem a pena abstrata de três a seis anos de reclusão, mais multa. Já o roubo tem a pena-base reclusiva de quatro a dez anos, mais multa. Circunstanciado pelo emprego de arma de fogo, o crime patrimonial tem uma majoração de 2/3.¹⁹

Sabendo as penas previstas em abstrato para os respectivos delitos, propõe-se imaginar a seguinte situação: João, reincidente em crime específico, é novamente flagrado portando arma de uso restrito sem a devida autorização legal. Não há nenhuma outra causa de aumento ou diminuição em qualquer das fases do sistema trifásico. Ao final do processo criminal, o juiz aplica 1/6 sobre o mínimo legal por conta da reincidência, na segunda fase da dosimetria, recebendo João pena final de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Por ser reincidente em crime específico, incabível a conversão da privativa em pena restritiva de direitos.²⁰

Agora uma segunda situação: Mário, reincidente genérico em crime doloso comum, é preso logo após praticar roubo com emprego de arma de fogo de uso restrito sobre a qual também não possuía licença legal. Por ter ocorrido como meio para a execução do roubo, no mesmo contexto fático, o crime de porte de arma de uso restrito foi absorvido pelo roubo.

¹⁹ Artigo 157, parágrafo 2º-A, inciso I, do Código penal, com redação dada pela Lei n. 13.654, de 23 de abril de 2018.

²⁰ Artigo 44, inciso II e parágrafo terceiro, do Código penal.

Não há nenhuma outra causa de aumento ou diminuição que não a reincidência genérica e o uso de arma de fogo. Ao final do processo criminal, o juiz aplica o mesmo 1/6 sobre o mínimo legal por conta da reincidência, na segunda fase da dosimetria, mais 2/3 como causa de especial aumento frente ao emprego de arma de fogo, na terceira fase. Mário apanha pena final de 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão. Diante do *quantum* aplicado, inviável a conversão da pena privativa em restritiva de direitos²¹

João, por ter praticado crime hediondo e ser reincidente, terá que cumprir 3/5 de 3 (três) anos e 6 (seis) meses para preencher o requisito temporal da progressão de regime. Assim, para obter a primeira condição para progressão de regime, João terá que cumprir 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 6 (seis) dias.

Mário, embora tenha empregado grave ameaça a pessoa, inclusive empunhando arma de fogo, não praticou crime hediondo e, portanto, a sua reincidência não influencia no requisito temporal da progressão de regime. Para preencher o requisito objetivo da progressão, Mário terá que cumprir 1/6 de 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias. Assim, para obter a primeira condição para progressão de regime, Mário terá que cumprir 1(um) ano, 4 (quatro) meses e 16 (dezesesseis) dias.

Embora o crime praticado por Mário, no contexto revelado pelo hipotético caso, tenha sido evidentemente muito mais grave do que aquele cometido por João, recebendo pena além do dobro, Mário cumpriria tempo consideravelmente menor que João para poder receber a progressão de regime. Na prática, dependendo do caso concreto, existe a infeliz possibilidade de alguém que praticou um roubo com emprego de arma de fogo de uso restrito migrar para o regime aberto

²¹ Artigo 44, inciso I, do Código penal.

muito antes de quem foi condenado por ilegal porte de arma restrita.

A desproporcionalidade é ainda mais flagrante nos casos de homicídio simples e sequestro, nos quais a gravidade típica, ilícita e culpável é muitíssimo além do tão só porte de arma de fogo de uso restrito sem a devida licença administrativa.

O sequestro (reclusão, de 1 a 3 anos), aliás, tem pena-base bastante aquém daquela cominada ao delito do artigo 16 da Lei n. 10.826/03 (reclusão, de 3 a 6 anos). Ao menos em tese, seguindo a redação recentemente lançada ao colo do artigo 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/90, seria possível chegar ao cúmulo de se ter um crime hediondo com pena maior absorvido por um crime comum com pena menor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inclusão do porte ou posse ilegal de arma de fogo de uso restrito no taxativo rol dos crimes hediondos representou uma alteração legislativa bastante significativa. Num primeiro momento, a leitura isolada da nova redação do artigo 1º, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.072/90 pode induzir à conclusão de que se trata de simples e certa mudança, bem justificada pelo perigo abstrato da conduta. A hediondez no tipo penal em questão, todavia e na forma como regida pela 13.497/17, trouxe possíveis consequências prático-jurídicas que podem se revelar não tão simples e certas assim.

Como visto, a hediondez impõe reflexos penais mais gravosos ao agente que pratica a conduta criminosa como tal classificada, especialmente em relação ao tempo necessário para progressão de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada (aqui não se considerando a mulher sujeita aos especiais requisitos estabelecidos pelo artigo 112, parágrafos terceiro e quarto, da Lei de Execuções Penais).

No contexto técnico, a mudança legislativa estabelecida pela Lei n. 13.497/17 mostra possíveis reflexos práticos que exigem uma análise crítica do novo texto legal.

Viu-se que quando num mesmo contexto delitivo, *ad exemplum*, o roubo à mão armada pode absorver o porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Ocorre que o roubo, mesmo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo, não é crime classificado como hediondo. O caso, então, apresenta uma hipótese quando menos curiosa: o agente que utilizar uma arma de fogo de uso restrito para cometer roubo estará sujeito a pena privativa de liberdade de quatro a dez anos, aumentada de um terço até metade na terceira fase da dosimetria, mas não será alcançado pelas consequências da hediondez (o tempo para progressão de regime, no caso, será de 1/6 sobre a pena aplicada); o agente que for pego em posse de arma de fogo de uso restrito, sem ter praticado roubo algum, estará sujeito a uma pena de reclusão que vai de três a seis anos, forte no artigo 16 da Lei n. 10.826/03, e sofrerá os reflexos da hediondez (dentre eles, a necessidade de cumprir 2/5 da pena, se primário, ou 3/5, caso reincidente, para progressão de regime).

Num primeiro momento, com as devidas vênias, apresenta-se tecnicamente falho o texto da Lei n. 13.497. Nem de longe representa o indispensável apego à boa técnica legislativa, máxime em se tratando da delicada ciência penal.

Ao se prever somente a posse ou porte legal de arma de fogo de uso restrito, de modo genérico e desvinculado de condutas outras, sobram lacunas impróprias à nobre função de legislar.

Na prática forense, a possível aplicação do princípio da absorção/consunção ao tipo do porte ou posse ilegal de arma de fogo de uso restrito quando meio para prática de crime outro que não seja hediondo dá margem a situações jurídicas bastante desproporcionais, para dizer o mínimo, ferindo de morte importante predicado da sanção penal.

Não se está a criticar a posição de tornar hediondo o porte ou posse indevido de arma restrita de fogo. Longe disso, na verdade. O que se pretende questionar, aqui e agora, é a insatisfatória redação dada pela Lei n. 13.497.

Afastado estaria possível revés revelado pelo texto legal, a princípio, caso tivesse o legislador incluído na norma, pura e simplesmente, algo semelhante à expressão “ou qualquer outro crime em que o agente utilize, sem o devido porte, arma de fogo de uso restrito”. Fica a humilde sugestão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BRASIL. **Decreto n. 3.665**, de 20 de novembro de 2000. Dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105). Publicado no Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BRASIL. **Lei n. 10.826**, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo, sobre o Sistema Nacional de Armas, define crimes e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BRASIL. **Lei n. 13.497**, de 26 de outubro de 2017. Altera a Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito no rol dos crimes hediondos. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BRASIL. **Lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Instituiu o Código Penal. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BRASIL. **Lei n. 8.072**, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos e determina outras providências. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BRASIL. **Lei n. 8.930**, de 06 de setembro de 1994. Dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 230/14**. Altera a Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir os crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, o comércio ilegal de arma de fogo e o tráfico internacional de arma de fogo no rol dos crimes hediondos. Brasília, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118219>. Acesso em: 08 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 104.455, do Espírito Santo**. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 16 de novembro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 155.062, do Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 14 de junho de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 104.455**. Impetrante: Geraldo Elias de Azevedo. Paciente: Ricardo Azevedo de Mello. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 21 de outubro de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 16 nov. 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200800824933. Acesso em: 08 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 111.840. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo. Paciente: Edmar Lopes Feliciano. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 de junho de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 02 ago. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=111840&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 08 jun. 2018.

DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. **Hediondo**. 20-?. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/hediondo/>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 36. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Ciência e pesquisa**: Livro didático. Palhoça: Unisul Virtual, 2007. PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 2009.005489-7, de Joinville. Apelante: Otoniel dos Santos et al. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Alexandre d'Ivanenko. Florianópolis, SC, 14 de julho de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 12 de ago. de 2009. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAACGC0AAC&categoria=acordao. Acesso em: 08 jun. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 2014.010094-9, de Modelo. Apelante: Delmar Neu. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator:

Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann. Florianópolis, SC, 02 de junho de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 03 de jul. de 2015. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAALMknAAZ&categoria=acordao. Acesso em: 08 jun. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 2014.028509-6, de Criciúma. Apelante: Érick Martinho Alexandre. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Florianópolis, SC, 30 de outubro de 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 19 de nov. de 2014. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAI2LqAAI&categoria=acordao. Acesso em: 08 jun. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 2015.044423-9, de Palhoça. Apelante: Leonardo Melvestet Nascimento. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Jorge Schaefer Martins. Florianópolis, SC, 03 de dezembro de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 15 de dez. de 2015. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANn58AAH&categoria=acordao. Acesso em: 08 jun. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 2015.055299-0, de Indaial. Apelante: Everton Alves de Carvalho. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho. Florianópolis, SC, 13 de outubro de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 16 de out. de 2015. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?>

q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANqJjAAR&categoria=acordao. Acesso em: 08 jun. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Recurso Criminal n. 2014.027907-9, de São Bento do Sul. Recorrente: Ademir dos Santos Andrade. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Roberto Lucas Pacheco. Florianópolis, SC, 16 de outubro de 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 30 de out. de 2014. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAI1jIAAe&categoria=acordao. Acesso em: 08 jun. 2018.

SENADO FEDERAL. **Justificativa ao Projeto de Lei n. 230/14**. 2014. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118219> Acesso em: 08 de junho de 2018.

DIREITO DE AÇÃO E LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO À LUZ DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO TRF DA 4ª REGIÃO

Fernanda Ambros¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto tratar sobre o conflito entre o direito de ação e a necessidade de formação de litisconsórcio ativo como requisito ao exercício deste direito fundamental à luz das decisões exaradas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Para tanto foram traçados alguns apontamentos sobre o instituto do litisconsórcio, bem como sobre o direito fundamental de provocar o Poder Judiciário para obtenção de uma prestação jurisdicional. Em seguida foram analisadas decisões do TRF da 4ª Região sobre o tema. Foi verificado ao final, que aquele Regional tem entendimento de que em determinadas situações, a formação do litisconsórcio ativo é requisito necessário para a propositura da demanda, extinguindo as ações que não o preenchem. Diante disso, é possível concluir que a exigência da formação do litisconsórcio ativo acaba por tolir o direito de ação do litisconsorte que pretende litigar isoladamente.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo analisar, de forma crítica, o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região acerca da necessidade de formação de litisconsórcio ativo como requisito para o exercício do direito de ação.

O objetivo deste trabalho científico é tratar sobre a

¹ Mestranda em direito (UNESC). Especialista em direito e processo tributário (Estácio de Sá) e direito e processo penal (Uniasselvi). Bacharel em direito. Servidora da Justiça Federal. Professora assistente de direito processual civil I e direito civil IV na FUCAP Univinte. E-mail: fnd@jfsc.jus.br.

divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, traçando uma relação entre o instituto processual do litisconsórcio ativo e a impossibilidade do exercício do direito fundamental de provocar o Judiciário a fim de obter-se uma tutela jurisdicional. Com efeito, existem diversos estudos reconhecendo que a exigência de formação do litisconsórcio no polo ativo da demanda, limita o exercício do direito fundamental de ação, e por conta disso, seria inconstitucional. Além disso, neste artigo serão verificados, nos julgamentos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o entendimento acerca da formação do litisconsórcio ativo, se referido Tribunal reconhece a sua necessidade como requisito para propositura da ação, impondo verdadeira limitação ao exercício do direito de demandar.

Para tanto, o presente artigo está dividido em três itens. Após a introdução, o primeiro item tem por objetivo expor as modalidades e características do litisconsórcio. Posteriormente, o segundo item trata sobre o direito fundamental da ação. Ainda, é realizada uma análise crítica acerca do litisconsórcio ativo necessário, à luz das discussões doutrinárias sobre o tema. O terceiro item apresenta algumas decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região a fim de se verificar de que forma a necessidade de formação de litisconsórcio ativo como requisito de fruição de um direito fundamental é recepcionado pelo Tribunal.

Por fim, a presente pesquisa se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o conflito existente entre o instituto processual do litisconsórcio ativo necessário e a fruição do direito de ação.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação² foi utilizado o método dedutivo partido de

² “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]” (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10.ed. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007. p.101).

dados gerais, adentrando na análise do entendimento do TRF da 4ª Região sobre o tema e na fase de tratamento de dados o método cartesiano³. Na fase da pesquisa, foi acionada a técnica da pesquisa bibliográfica⁴.

2 LITISCONSÓRCIO

O instituto do litisconsórcio faz parte do direito processual. Nada mais é do que a pluralidade de sujeitos em um dos polos de uma demanda, ou seja, há em uma relação processual mais de um autor ou de um réu.⁵ As hipóteses de cabimento do litisconsórcio encontram-se no art. 113 do Código de Processo Civil.⁶

Sobre o litisconsórcio, Neves explica que “a existência de uma pluralidade nos polos da relação jurídica de direito material faz com que dessa relação surjam direitos e obrigações de titularidade de mais de um sujeito, sendo esses sujeitos habilitados a litigar em litisconsórcio”.⁷

2.1 Classificação do litisconsórcio

O litisconsórcio pode ser classificado de diversas formas, principalmente de acordo com: a sua necessidade, o polo em que há sua formação, e de que modo se dá o

³ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) (LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.22-26).

⁴ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais” (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10.ed. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007. p.239).

⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21.ed. v.1. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019.

⁶ “Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II - entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir; III - ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito” (BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 20 out. 2018).

⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9.ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p.308.

provimento jurisdicional de mérito.

2.1.1 Litisconsórcio ativo, passivo e misto

O litisconsórcio, a depender de qual polo da relação jurídica ele se formar, poderá ser ativo, passivo ou misto. Caso seja formado no polo ativo da demanda, será considerado litisconsórcio ativo. Quando a pluralidades de sujeito se verificar no polo passivo estará configurada hipótese de litisconsórcio passivo. E, caso verificado em ambos os polos da demanda, será considerado litisconsórcio misto.⁸

Ainda, sua formação pode se dar no momento do ajuizamento da ação, ou seja, na formação do procedimento ou do incidente processual, onde se verificam as partes litigantes no início. Ou ainda, de forma ulterior, após a instauração do procedimento, em casos como por exemplo o de intervenção de terceiros, sucessão processual ou conexão ou continência.⁹

2.1.2. Litisconsórcio unitário e simples

Esta classificação faz referência ao objeto litigioso da demanda. Tem relação com a possibilidade ou não de julgamento distinto para cada um dos litisconsortes.

2.1.2.1. Litisconsórcio unitário

Ocorre o litisconsórcio unitário quando o julgamento deve ser uniforme para ambos os sujeitos que compõem determinado polo da ação. O art. 116 do Código de Processo Civil preconiza que “O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de

⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 21.ed. v.1. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019.

⁹ Idem.

modo uniforme para todos os litisconsortes”.¹⁰

De acordo com Neves, quando inviável a efetivação da decisão judicial, em seus aspectos divergentes para o litisconsorte, este será unitário.¹¹

Além disso, consoante ensina Didier Jr. existem dois pressupostos a serem analisados para concluir se há que se falar em litisconsórcio unitário ou não: “é imprescindível perceber que são dois os pressupostos para a caracterização da unitariedade, que devem ser investigados nesta ordem: a) os litisconsortes discutem uma única relação jurídica; b) essa relação jurídica é indivisível”.¹²

Ainda, como ressalta Alvim, quando se trata de litisconsórcio unitário, a regra é a de que:

[...] não é possível a independência no regime do litisconsórcio unitário, porque aqui, como se sabe, os litisconsortes deverão ter a mesma sorte no plano do direito material. Sob esse regime, apenas os atos benéficos praticados por um litisconsorte beneficiarão aos demais, pois do contrário impossível seria manter-se uma situação homogênea que tende para uma sentença que há de dar a mesma sorte, no plano do direito material, aos litisconsortes.¹³

Nessa modalidade de litisconsórcio, alguns efeitos se destacam. Diante da unitariedade, atos que envolvam disposição de direito, como, por exemplo, confissão, serão ineficazes entre os litisconsortes, a menos que todos manifestem concordância, confirmando os termos da confissão. Além disso, os atos benéficos, como, por exemplo, a interposição de recurso por um dos litisconsortes, beneficiará

¹⁰ BRASIL, **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L_13105.htm. Acesso em: 20 out. 2018.

¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9.ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p.312.

¹² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 21.ed. v.1. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019. p.531.

¹³ ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. 1.ed. v.1. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.244.

aquele que não recorreu, principalmente diante do fato de que a decisão proferida não pode produzir efeitos diferentes entre os litisconsortes.¹⁴

2.1.2.2. Litisconsórcio simples

No que tange ao litisconsórcio simples, quando há sua formação, não há necessidade de que a decisão produza efeitos idênticos entre os litisconsortes. Com efeito, Didier Jr., ressalta que “a mera possibilidade de a decisão ser diferente já torna simples o litisconsórcio”.¹⁵

Nesta modalidade, cada litisconsorte atua de forma autônoma nos autos. O litisconsórcio simples resta caracterizado, portanto, “quando as relações jurídicas dos litisconsortes com o adversário forem autônomas entre si, sendo na prática exequíveis eventuais julgamentos contraditórios, é natural que os litisconsortes recebam tratamentos relativamente autônomos entre si”.¹⁶

Destaca-se que quanto aos atos produzidos pelos litisconsortes, ao contrário do disposto sobre o litisconsórcio unitário, as petições, recursos interpostos, somente beneficiam quem os promove, assim como os atos prejudiciais, que não atingem os demais litisconsortes - inteligência do art. 116, do Código de Processo Civil.¹⁷

2.1.3. Litisconsórcio facultativo e necessário

Esta classificação faz referência a necessidade ou não

¹⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. 1.ed. v.1. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.311-312.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 21.ed. v.1. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019. p.532.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p.346.

¹⁷ BRASIL, **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L_13105.htm. Acesso em: 20 out. 2018.

de se formar o litisconsórcio ativo ou passivo. Tem relação com a liberdade na sua formação se decorre de lei, ou da vontade das partes.

2.1.3.1. Litisconsórcio facultativo

Tratando-se de litisconsórcio facultativo, sua formação é uma mera opção das partes envolvidas no litígio, dependendo da conveniência que a parte acredita existir em litigar em conjunto.¹⁸

Constata-se que o litisconsórcio facultativo pode ou não se formar, a critério dos litigantes e será facultativo sempre que não for necessário.¹⁹

2.1.3.2. Litisconsórcio necessário

O litisconsórcio necessário é modalidade de litisconsórcio prevista em lei. Sua formação, portanto, é obrigatória.

O artigo 114 do Código de Processo Civil versa sobre o litisconsórcio necessário da seguinte maneira: “O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes”.²⁰

Didier Jr. esclarece que:

O litisconsórcio necessário está ligado diretamente à indispensabilidade da integração do polo da relação processual por todos os sujeitos, seja por conta da própria natureza da relação jurídica discutida (unitariedade), seja por imperativo legal. A necessidade atua, por isso, na formação do

¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9.ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p.310.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21.ed. v.1. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019.

²⁰ BRASIL, **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 20 out. 2018.

litisconsórcio e nisso, repise-se, difere da unitariedade, vez que esta pressupõe um litisconsórcio já formado. [...] o litisconsórcio é necessário quando a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes [...].²¹

Neves define o litisconsórcio necessário como sendo a soma de duas circunstâncias distintas²² e destaca que:

[...] sabendo-se de antemão que todos os sujeitos que participam da relação jurídica material sofrerão todo e qualquer efeito jurídico gerado sobre a relação, e sabendo-se que o sujeito que não participa do processo poderá sofrer os efeitos jurídicos da decisão, cria-se a obrigatoriedade de todos estarem presentes no processo, única forma possível de suportarem seus efeitos, que inexoravelmente atingirá a relação de direito material da qual participam.²³

2.1.3.2. Litisconsórcio necessário unitário e simples e litisconsórcio facultativo unitário

Apresentadas as modalidades de litisconsórcio referentes à necessidade ou não de sua formação e à unitariedade ou autonomia das partes no processo, importante destacar que as modalidades não se confundem.

Com efeito, quando o litisconsórcio for unitário passivo, em regra, será necessário, podendo haver circunstâncias em que o litisconsórcio unitário passivo possa ser facultativo^{24, 25}

²¹ DIDIER JR., Fredie. op. cit., p.533.

²² “A lei poderá, por motivos alheios ao mundo do processo, prever expressamente a imprescindibilidade de formação do litisconsórcio [...]. A segunda forma de tornar um litisconsórcio necessário é a própria natureza jurídica da relação de direito material da qual participam os sujeitos que obrigatoriamente deverão litigar em conjunto. Na realidade, a necessidade de formação do litisconsórcio não decorre somente da natureza da relação jurídica de direito material, mas também da limitação processual que determina que somente as partes sofrerão os efeitos jurídicos do processo” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9.ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p.310-311).

²³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9.ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p.310-311.

²⁴ Casos, por exemplo de litisconsórcio entre: réu denunciante e denunciado à lide (art. 128, I, CPC); e, réu-alienante de coisa litigiosa e adquirente da coisa litigiosa (art. 109, §2º do CPC) (BRASIL, **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em:

Neves preconiza que “a questão de necessidade da formação de litisconsórcio diz respeito ao momento inicial da demanda, de propositura da ação, enquanto a questão referente à unitariedade diz respeito a outro momento processual, o da decisão da demanda”.²⁶

Referido doutrinador explica que existem casos em que o litisconsórcio necessário poderá ser simples – casos do litisconsórcio necessário por previsão legal formado na ação de usucapião, no qual cada confrontante, por defender sua própria propriedade, poderá obter uma decisão diversa em relação aos demais -. Além disso, elenca as hipóteses do litisconsórcio facultativo unitário, que é o caso, por exemplo, de um dos legitimados defender o interesse de terceiros em nome próprio ou de todos os titulares do direito (questões relativas ao condomínio), em que pese seja permitido que todos litiguem em conjunto.²⁷

Traçadas as considerações sobre os principais pontos acerca do litisconsórcio, importante para este estudo, tratar sobre o direito de ação, principalmente frente ao entendimento da necessidade de formação do litisconsórcio ativo como requisito para a propositura da demanda.

3 DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO E LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO

3.1 Direito fundamental do acesso à justiça

Segundo Silva, os direitos fundamentais podem ser definidos da seguinte maneira:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L_13105.htm. Acesso em: 20 out. 2018).

²⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21.ed. v.1. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019. p.534.

²⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. op. cit., p.316.

²⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9.ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. [...] Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais.²⁸

Conclui-se que os direitos fundamentais foram construídos para promover a tutela dos direitos do homem, a fim de concretizar a dignidade da pessoa humana.²⁹ Diante da positivação constitucional, estes direitos e garantias passaram a ter maior grau de efetividade.³⁰

Entre os direitos fundamentais, há o direito fundamental à ação. Lima define o direito de ação como sendo instrumento capaz de dar fim aos conflitos em que os cidadãos estejam eventualmente envolvidos.³¹

Referido autor nos ensina ainda que “A ação, portanto, além de representar-se como um elemento fundamental da ordem constitucional, de suma importância para a garantia dos demais preceitos normativos, é um verdadeiro direito subjetivo,

²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.178.

²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

³¹ “Em razão de o Estado, salvo as raras exceções legais, proibir a autotutela, tipificando, inclusive, como crime ‘fazer justiça com as próprias mãos’ surge, em contrapartida, a necessidade de armar o cidadão com um instrumento capaz de levar a cabo o conflito intersubjetivo em que está envolvido. Esse direito é exercido com a movimentação do Poder Judiciário, que é o órgão incumbido de prestar a tutela jurisdicional. É o direito de ação.” (LIMA, George Marmelstein. **O direito fundamental à ação**. Fortaleza: 1999. Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/odfa.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2019).

exercido contra o Estado”.³²

Além disso, doutrinadores como Paulo Bezerra consideram o direito de acesso à justiça como um direito além de fundamental, natural. O autor destaca que há um sentimento nas pessoas de que não basta a existência dos direitos se estes não são concretizados. E para sua efetividade é necessária a tutela do acesso a essas garantias e à mesma justiça para todos os indivíduos, de modo a reforçar a dignidade da pessoa humana. Por conta disso, o doutrinador ressalta que o acesso aos direitos e à justiça pode ser visto como um direito natural da pessoa humana, assim como um direito fundamental de todas as pessoas, físicas ou jurídicas.³³

O direito de ação nada mais é do que a concretização dos direitos fundamentais, ou seja, “sem um Poder Judiciário independente, que possa agir com liberdade mesmo contra a vontade dos governantes, que possa julgar de acordo com a Constituição sem medo de (...), não há que se falar em direitos fundamentais”.³⁴

A Constituição Federal de 1988, prevê em seu artigo 5^a, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.³⁵ Existe, portanto, uma proteção constitucional ao direito do cidadão de provocar o Poder Judiciário no intuito de receber uma resposta que mais se aproxime à justiça, que seja satisfatória e pautada no respeito aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal.

Trata-se de um princípio relacionado ao funcionamento do Poder Judiciário e um direito individual dos indivíduos. Ana Paula de Barcelos destaca o seguinte:

³² LIMA, George Marmelstein. **O direito fundamental à ação**. Fortaleza: 1999. Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/odfa.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2019.

³³ BEZERRA, Paulo. **O acesso aos direitos e à justiça: um direito fundamental**. Separata do Boletim da Faculdade de Direito. n.81. Coimbra, 2005. p.788.

³⁴ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo, Atlas, 2014.p. 168.

³⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 06 mar. 2019.

Em um Estado de Direito é natural que a violação a direitos, ou a ameaça a eles, possa ser tutelada pelo Poder Judiciário, sob pena de não haver muito sentido na previsão de direitos que apenas valem se forem respeitados voluntariamente pelos indivíduos. Vale observar que o direito de ação que essa garantia assegura é autônomo e diverso do material que as partes venham a discutir em uma demanda, de modo que mesmo que o autor venha a perder o litígio que ajuizou, por exemplo, terá exercido seu direito de ação.³⁶

Desse modo, constata-se que o direito de ação ou o direito de acesso à justiça, não tem relação com a procedência da pretensão jurisdicional, mas sim com a possibilidade de obter uma resposta imparcial do Estado, na figura do juiz, sobre determinado litígio.

Em que pese o seu reconhecimento como direito fundamental, são inúmeros os julgados que condicionam o seu exercício, exigindo, inclusive, a formação do litisconsórcio ativo necessário para propositura de uma nova demanda, o que para muitos, configura uma exigência descabida, que inviabiliza o acesso à justiça. Desse modo, importante tratar sobre a discussão que norteia a exigência de formação do litisconsórcio ativo e a existência do direito fundamental de ação.

3.2 Discussão doutrinária acerca do litisconsórcio ativo necessário e o direito de ação

Existem autores que defendem a necessidade de formação do litisconsórcio ativo necessário, como Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. Porém, ambos defendem que um dos litisconsortes pode litigar sozinho, desde que promova a citação do outro litisconsorte, incluindo-o no polo passivo da demanda como réu, ao entendimento de que

³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.p. 492.

existe lide entre eles.³⁷

Já outros autores, como Fredie Didier Jr. entendem que não há como coadunar com a figura do litisconsórcio ativo necessário, posto que se trata de uma limitação ao exercício do direito de ação. Para referido doutrinador “o direito de ir a juízo não pode depender da vontade de outrem. Se houvesse litisconsórcio necessário ativo, seria possível imaginar a situação de um dos possíveis litisconsortes negar-se a demandar, impedindo o exercício do direito de ação do outro”.³⁸

Ainda, Didier refuta a solução dada por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery ao argumentar que em promover a citação do litisconsorte recalcitrante surge a figura do litisconsórcio passivo e não ativo. Além disso, destaca que em que pese a inclusão do outro litisconsórcio no polo passivo da demanda, não há lide ou qualquer pedido em relação a este, não sendo plausível, portanto, as soluções dadas pelos referidos autores.³⁹

O autor arremata a discussão tratando sobre o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial de n. 1.222.822⁴⁰, no sentido de que há litisconsórcio necessário ativo entre os mutuários (casados entre si), nas ações de revisão de contrato de financiamento imobiliário. Didier destaca que a situação é absurda, posto que diante de tal posicionamento, o marido ou a esposa, ficariam impedidos de discutir em juízo individualmente um contrato que lhe é prejudicial.⁴¹

³⁷ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.475.

³⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21.ed. v.1. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019. p.538.

³⁹ *Ibidem*, p.542.

⁴⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.222.822**. Distrito Federal. Recorrente: Dalton Ferreira Strauss. Recorrido: Caixa Econômica Federal. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 30 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201002167950&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 15 mai. 2019.

⁴¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21.ed. v.1. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019. p.544.

Outrossim, Cândido Rangel Dinamarco destaca que a inclusão forçada de um litisconsorte ativo é absurda, tendo em vista configurar em coação a demandar.⁴²

Interessante destacar, portanto, que há divergência doutrinária a respeito da aceitação do instituto do litisconsórcio ativo necessário, bem como se sua exigência fere, de fato, o direito de ação da parte que pretende demandar isoladamente no Judiciário.

A jurisprudência possui alguns posicionamentos sobre o tema, o que se passa à análise. Neste trabalho, será abordado em especial o entendimento exarado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em alguns de seus julgados a respeito da formação do litisconsórcio ativo necessário.

4 DIREITO DE AÇÃO E LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO SEGUNDO ENTENDIMENTO DO TRF DA 4ª REGIÃO

Existem inúmeros julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que apontam pela necessidade de formação do litisconsórcio ativo como pressuposto processual de validade do processo⁴³. A maioria das decisões referem-se a questões previdenciárias, relativas, inclusive, ao requerimento de pensão por morte.

Com efeito, colhe-se da jurisprudência do Regional citado acima:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. 1. A ausência do litisconsorte constitui vício insanável, que acarreta a nulidade do julgado. 2. Retorno dos

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p.354.

⁴³ "Pressuposto é aquilo que precede o ato e se coloca como elemento indispensável para a sua existência jurídica; requisito é tudo quanto integra a estrutura do ato e diz respeito à sua validade (...)". (DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 21.ed. v.1. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019. p.368).

autos à vara de origem para regularização de aspectos atinentes aos polos da lide, com a prolação de nova sentença.⁴⁴

O caso analisado diz respeito ao requerimento de pensão por morte formulado por apenas um dos dependentes do *de cuius*, em que pese este possuía outros herdeiros e pensionistas. Do julgado extrai-se que o posicionamento adotado pelo TRF da 4ª Região é no sentido de que não há como processar e julgar o feito intentado somente por um dos possíveis pensionistas, devendo a parte autora proceder a citação dos demais para que estes manifestem seu interesse em integrar a lide na condição de autores ou digam se opõem resistência ao pedido formulado na exordial, formando assim um litisconsórcio passivo necessário.⁴⁵

São vários os julgados que coadunam com referido posicionamento:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO À LIDE DOS LITISCONSORTES NECESSÁRIOS. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. Caracterizada a existência de litisconsórcio ativo necessário, a omissão constitui vício insanável, que acarreta a nulidade do julgado. No caso de outros dependentes à pensão por morte, a parte autora deverá promover a entrada dos mesmos na lide, ainda que no pólo passivo, porquanto nessa situação poderão apresentar reconvenção, se entenderem necessária a defesa de algum direito.⁴⁶

⁴⁴ BRASIL, Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação cível nº 5029719-36.2018.404.9999/RS**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Apelado: Ana Maria Evaldt Lucio. Relator: Desembargador Altair Antônio Gregório. Porto Alegre, 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000883058&versao_gproc=4&crc_gproc=0631398d&termosPesquisados=J2xpdGIZy29uc29yY2lviGF0aXZvIG5lY2Vzc2FyaW8n. Acesso em: 30 mai. 2019.

⁴⁵ BRASIL, Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação cível nº 5029719-36.2018.404.9999/RS**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Apelado: Ana Maria Evaldt Lucio. Relator: Desembargador Altair Antônio Gregório. Porto Alegre, 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000883058&versao_gproc=4&crc_gproc=0631398d&termosPesquisados=J2xpdGIZy29uc29yY2lviGF0aXZvIG5lY2Vzc2FyaW8n. Acesso em: 30 mai. 2019.

⁴⁶ BRASIL, Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação cível nº 5007528-02.2015.404.9999/PR**. Apelante: Fabiana Aparecida Avelino. Apelado: Instituto Nacional do Seguro

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. 1. A ausência do litisconsorte constitui vício insanável, que acarreta a nulidade do julgado. 2. Retorno dos autos à vara de origem para regularização de aspectos atinentes aos pólos da lide, com a prolação de nova sentença.⁴⁷

Da leitura da fundamentação adotada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos julgados supracitados, no tocante à necessidade de formação do litisconsórcio, verifica-se que não há qualquer menção ao direito de ação daquele que pretende isoladamente em Juízo. Além disso, o Tribunal dispõe que ao menos o litisconsórcio passivo deve ser formado, mesmo que não haja qualquer pedido em relação à parte, posto que se trata de possível interessada no desfecho do litígio.

Para o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em casos de pensão por morte, por exemplo, não cabe a propositura da ação por um dos pensionistas, nem que seja em relação, somente a sua cota parte, quando ausente a presença dos demais pensionistas e herdeiros dos polos da demanda.

Outrossim, os desembargadores aplicam de forma extensiva o art. 115, do CPC, o qual preconiza:

Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;

II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados.

Parágrafo único. Nos casos de litisconsórcio passivo

Social – INSS. Relator: Desembargador Paulo Paim da Silva. Porto Alegre, 10 de junho de 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7529641. Acesso em: 30 mai. 2019.

⁴⁷ BRASIL, Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação cível nº 5027499-65.2018.404.9999/RS**. Apelante: Ivonilza Coimbra Matos. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Desembargador Altair Antônio Gregório. Porto Alegre, 11 de dezembro de 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000791936&versao_gproc=4&crc_gproc=303a2cc1. Acesso em: 30 mai. 2019.

necessário, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo.⁴⁸

A aplicação do artigo supra é extensiva, porquanto o legislador, ao permitir a extinção do feito sem julgamento do mérito, ou o reconhecimento da ineficácia e nulidade da sentença, referiu-se somente aos casos de litisconsórcio passivo necessário não observado, e não em relação à formação de litisconsórcio ativo.

O posicionamento do TRF da 4ª Região está intimamente ligado ao entendimento adotado por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, consoante acima mencionado. No entanto, há verdadeira inobservância ao direito fundamental de ação daquele que pretende litigar em Juízo de forma isolada, objetivando direito próprio, porquanto o Tribunal impõe óbice ao julgamento da causa, não manifestando-se nem no tocante à cota parte do direito pretendido pelo autor da demanda.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de ação é um direito fundamental inerente aos homens, e configura a concretização dos direitos materiais previstos no ordenamento jurídico pátrio. É a partir do direito de acesso à justiça que se dá a tutela aos direitos conquistados a partir de tanta luta pelos cidadãos.

A figura do litisconsórcio ativo necessário acaba por limitar o exercício do direito fundamental de ação, ceifando a possibilidade do indivíduo, isoladamente, buscar uma tutela, uma prestação jurisdicional na defesa de seus interesses.

Diante do entendimento doutrinário e jurisprudencial, especialmente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, é possível verificar que está enraizado o reconhecimento acerca

⁴⁸ BRASIL, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 20 out. 2018.

da necessidade de formação do litisconsórcio ativo em diversas hipóteses, o que limita o acesso à justiça daquele que não possui a concordância dos demais para a propositura da demanda.

De acordo com o estudo, em que pese a doutrina mais moderna entenda pela impossibilidade e inconstitucionalidade da exigência de formação do litisconsórcio ativo, ainda impera no Poder Judiciário o entendimento de que em vários casos, há necessidade da observância do instituto, o que acaba por tolir o direito de ação do requerente.

Assim, é necessária uma revisão do posicionamento dos tribunais, especialmente no sentido de reconhecer o direito de buscar o juízo como direito fundamental que é, tutelando tal garantia, sem impor qualquer exigência ou condição para sua fruição, apenas limitando o efeito da decisão judicial às pretensões que cabem ao litigante que busca o judiciário de forma isolada.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. 1.ed. v.1. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 06 mar. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Cível nº 5007528-02.2015.404.9999/PR**. Apelante: Fabiana Aparecida Avelino. Apelado: Instituto Nacional do Seguro

Social – INSS. Relator: Desembargador Paulo Paim da Silva. Porto Alegre, 10 de junho de 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7529641. Acesso em: 30 mai. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Cível nº 5027499-65.2018.404.9999/RS**. Apelante: Ivonilza Coimbra Matos. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Desembargador Altair Antônio Gregório. Porto Alegre, 11 de dezembro de 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000791936&versao_gproc=4&crc_gproc=303a2cc1. Acesso em: 30 mai. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Cível nº 5029719-36.2018.404.9999/RS**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Apelado: Ana Maria Evaldt Lucio. Relator: Desembargador Altair Antônio Gregório. Porto Alegre, 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000883058&versao_gproc=4&crc_gproc=0631398d&termosPesquisados=J2xpdGlzY29uc29yY2lVlGF0aXZvIG5lY2Vzc2FyaW8n. Acesso em: 30 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.222.822**. Distrito Federal. Recorrente: Dalton Ferreira Strauss. Recorrido: Caixa Econômica Federal. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 30 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201002167950&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=proce ssos.ea>. Acesso em: 15 mai. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BEZERRA, Paulo. **O acesso aos direitos e à justiça: um direito fundamental.** Separata do Boletim da Faculdade de Direito. n.81. Coimbra, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional.** 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 21.ed. v.1. Salvador: Jus Podivm, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, George Marmelstein. **O direito fundamental à ação.** Fortaleza: 1999. Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/odfa.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos fundamentais.** 5.ed. São Paulo, Atlas, 2014.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 9.ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica.** 10.ed. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 24.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

INCERTEZA CIENTÍFICA E OS REFLEXOS DE NEXO NA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Fernanda Mallmann¹

RESUMO

Diante dos imprevisíveis e incontroláveis resultados ambientais de uma Sociedade de Risco, é realizada breve dissertação sobre doutrinas, conceitos e dogmática jurídica. As observações se realizam, a partir de uma análise sobre a dificuldade e complexidade enfrentada para a aplicação de normas clássicas, especialmente quanto à questão probatória e os pressupostos da responsabilidade civil em caso de danos ambientais. Nem sempre apropriações cartesianas clássicas são aplicáveis a complexidades sistêmicas evidenciadas por biomas quando da inter-relações permanente entre todos os seus constituintes.

1 INTRODUÇÃO

Toda atividade humana tem repercussões sobre o meio em que se vive, e o acúmulo destes efeitos com o desenfreado e inevitável incremento do desenvolvimento tecnológico, pode afetar o meio ambiente e determinar a ocorrência de prejuízos concretizados e identificáveis na maioria das vezes. Estas situações são muitas vezes irreversíveis, e nem sempre existe a possibilidade de apontar nexos causal inexorável, mas somente relacional. Por isso, se por um lado podem ser questionados os métodos utilizados na abordagem desta

¹ Doutora e Mestre em qualidade ambiental. Especialista em direito civil e processual civil. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Santa Catarina. Professora titular das disciplinas de direito civil I e VI e direito do consumidor na FUCAP Univinte. E-mail: fernandamallmann2@gmail.com.

temática (a ambiental) por alguns seguimentos, por outro é inquestionável que a questão existe e demanda muita atenção.

Em decorrência direta desta evolução tecno-científica e sua utilização imediata pelo sistema econômico, desde meados do século XX as instituições sociais da sociedade industrial enfrentam, sem precedentes históricos, a possibilidade de destruição das condições de vida no planeta, em virtude das decisões que são ou que possam ser tomadas.²

Desta forma, a ciência jurídica, vem apresentando uma grande necessidade de admissão de mudanças e determinação de novos parâmetros e paradigmas que permitam a elaboração de novas normas considerando a relação de complexidade existente. Este fato dificulta a avaliação probatória e a determinação de nexos causais para que haja uma devida imputação da responsabilidade civil nas condutas que resultam em danos, ainda mais, quando estamos falando de danos ambientais e não temos como não visualizar os complexos processos ecológicos que enfrentamos em nossa atualidade.

A realidade dos riscos contemporâneos vem mostrar ao Direito, o desafio de propor alternativas para problemas que não podem mais ser analisados, apenas restritivamente, em âmbito de ações locais e atuais.

Assim, se aborda brevemente sobre as inúmeras dificuldades que surgem nesta sociedade, de riscos e perigos, para que haja uma clara configuração probatória e em especial, uma devida reparação dos danos que inúmeras atividades causam ao bem ambiental. Inegável a importância do instituto da Responsabilidade civil, por estarmos nos dirigindo à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial e uma redistribuição da riqueza em conformidade com os ditames da justiça. E quando se fala de responsabilidade civil em matéria ambiental, está sendo referidos os princípios consagrados da

² BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002. p. 83.

Prevenção e da Precaução, fundamentais para o papel de evitar a ocorrência de danos ambientais e sua eventual reparação, quando possível, depois de já caracterizados os danos.

2 O DANO AMBIENTAL E SUA RESPONSABILIDADE

A responsabilidade civil, quando ligada diretamente aos interesses coletivos ou difusos de uma sociedade, não realiza através de seu modelo clássico de responsabilidade, uma proteção ambiental efetiva, mas a responsabilidade objetiva estimula a proteção do meio-ambiente quando anuncia ao possível poluidor, a preocupação em investir na prevenção do risco ambiental de sua atividade. Trata-se de mecanismo que agrega enorme valor simbólico e integra um elenco de medidas conservacionistas, que somente se efetivam com a sua materialização ou concretização.

A responsabilidade civil por danos ambientais é tema de desenvolvimento contínuo, pois, primeiramente se acreditava que a teoria da culpa poderia resolver os problemas dos danos ambientais. Com o tempo, ocorre a demonstração da incapacidade das regras clássicas da responsabilidade previstas na legislação civil se tornarem efetivas, dada à natureza difusa apresentada pelo bem ambiental e a dificuldade de se provar culpa do poluidor nestes casos e determinação clara de nexo causal.

As complexidades sistêmicas geradas pela interconexão de elementos no meio natural, não permite a aplicação de simples silogismos ou definição de metáforas racionais. Até mesmo na execução de Estudos de Impacto Ambiental e posteriormente nos Relatórios de Impactos Ambientais que são colocados à disposição da população para participação em audiências públicas. Ou em Estudos de Impacto Ambiental completos, disponibilizados para órgãos ambientais que os analisam e verificam sua veracidade, se

constata que nem todas as ações previstas tem suas consequências previamente determinadas. E isto não ocorre por nenhuma negligência técnica, mas realmente pelas dificuldades impostas pela complexidade das relações que ocorrem no meio natural, não por acaso denominado de ecossistêmico, palavra que se origina da justaposição de ecologia com a palavra sistema advinda da teoria geral dos sistemas de Ludwig von Bertalanfy e com uma variável ao apêndice doutrinário do direito, desenvolvida por pensadores como Niklas Luhmann e outros.

Esta responsabilidade está alicerçada no artigo 37 § 6º, da Constituição Federal, e no art. 14 § 1º, da Lei nº. 6.938/81, tornando indiscutível a natureza objetiva da responsabilidade civil imputada ao causador de dano ao meio ambiente, não havendo discussões sobre a questão da natureza da responsabilidade do agente que causa danos ambientais. Isto decorre do fato já reconhecido da dificuldade de materializar nexos causais em muitas oportunidades. Outra grande dificuldade está na aceitação ao tipo da teoria do Risco adotada à espécie no direito Ambiental, o relevante do debate sobre o fundamento, seja na teoria do risco criado ou do risco integral e da assimilação do risco concreto ao risco abstrato, para a imputação da responsabilidade civil ambiental, que está na consequência que vai resultar de cada uma das teorias.

O reconhecimento de uma efetiva responsabilização civil por danos ambientais, se faz necessário, primeiro para que haja reparação do dano causado e ainda para coibir continuidade persistente de ações desordenadas de natureza antrópica. A espécie humana faz parte do meio natural e apenas se encontra apartada como dimensão específica de natureza sócio ambiental pela sua imensa e desmesurada capacidade de intervenção no meio natural. Nem por isso se perdem as responsabilidades que obrigam o indivíduo humano com o meio ambiente, a partir do momento em que se fala de

um direito constitucionalmente protegido para presentes e futuras gerações.

A Teoria do Risco, que fundamente doutrinariamente o Direito, através de critérios para a responsabilização civil sem culpa, é inspirada e elaborada seguindo o princípio da independência da comprovação da culpa do agente, para que haja configuração da responsabilização. Porque muitas vezes somente somatório de indícios e atitudes permitem a formulação concreta da hipótese denexo causal. Assim, quando o agente exercer atividade prevista em lei ou que tenha em sua natureza a produção de riscos, havendo identificação do nexode causalidade entre esta atividade e o resultado danoso, a responsabilidade civil é aplicada objetivamente, sem avaliação de elementos subjetivos, como a negligência, a imprudência, a imperícia ou o dolo.

O risco moderno, não apenas na área ambiental, mas principalmente nesta questão, tem dimensões que escapam à possibilidade de compreensão da ciência, enquanto entidade linear ou meramente cartesiana. Nem sempre é possível a determinação de causas e efeitos de forma vetorial e direta. Muitas vezes, a realidade de uma certeza científica, é relacionada aos resultados de cada ação provocada ao meio ambiente, e não pode mais se ver configurada de forma material. O risco tem uma potencialidade de destruição á longo prazo e existe para todos, independentemente de classe social.

Na área ambiental, é manifestada a teoria do risco da atividade ou da empresa, ou seja, consubstanciada atividade perigosa ou potencialmente poluidora, cabe dever de reparação por parte do agente causador, até porque determinação de nexocausal direta nem sempre é possível. A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6938/81) inseriu como objetivos da política pública, compatibilizar o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do Meio Ambiente, do equilíbrio ecológico e a

preservação dos recursos ambientais, com vista à sua utilização racional e disponibilidade permanente (art.4º, I e VI).

Ulrich Beck, falando desta sociedade de risco, comenta:

“Em la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carência son substituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica.”³

A grande preocupação atual, especialmente diante da análise da responsabilidade civil quanto aos resultados das atividades humanas em geral, está no fato de que, os reflexos não surgem apenas no presente, mas principalmente perpetuam para as gerações seguintes indiscriminadamente, como bem cita Canotilho:

“O direito intergeracional, estatuído no artigo 225 da Constituição da República, corrobora a adoção do antropocentrismo alargado. O pacto de preservação do ambiente que deve dar-se entre toda a coletividade e o Estado (responsabilidade compartilhada) não se restringe a benefícios atuais, mas sim, benefícios para as imemoriáveis futuras gerações, proporcionando não uma concepção de preservação utilitarista, haja vista que passa a haver um arrefecimento pela ideia de preservação pelo benefício (pois os sujeitos beneficiados são abstratos), senão a reafirmação de uma perspectiva autônoma do meio ambiente”.⁴

Grandes conflitos doutrinários acontecem em relação a qual teoria do risco aplicar. As teorias mais conhecidas são: Teoria do risco criado e Teoria do risco integral. Os doutrinadores que seguem a linha do Risco Criado discutem os problemas do risco, buscando identificar “entre as diversas

³ ULRICH, Beck. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2006. p. 29

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; Leite, Jose Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.142.

causas que podem ter condicionado a verificação do dano, aquela que, numa perspectiva de normalidade e adequação sociais, apresente sérias probabilidades de ter criado um risco socialmente inaceitável, risco esse, concretizado no resultado danoso”⁵

Essa teoria admite as excludentes de responsabilidade (fatores externos que sejam irresistíveis ou imprevisíveis). Busca identificar uma causa adequada ao resultado danoso, caso contrário, existiria uma falta de liame causal entre a atividade e o resultado. Tratando de uma forma de excludente, citamos Morato Leite:

“Se o dano foi causado somente por força da natureza, como um abalo sísmico, m a ocorrência do agente poluidor, dita força maior, nestas condições, faz excluir o nexa causal entre prejuízo e ação ou omissão da pessoa a quem se atribuiu a responsabilidade pelo prejuízo. Porém, se, de alguma forma, o agente concorreu para o dano, não poderá excluir-se da responsabilidade, prevalecendo a regra segundo a qual a imprevisibilidade relativa não exclui a responsabilidade do agente”⁶.

Busca-se encontrar dentre diversos fatores de risco, aquele que, através de sua periculosidade, possa realmente gerar resultados danosos e então configurar a devida responsabilização. Esta teoria procura resolver a questão do nexa de causalidade a partir da causalidade adequada⁷, que procura entre todas as causas que possam ter relação com o dano, a que apresenta maior probabilidade de ter criado o risco que concretizou o resultado.

Já na teoria do risco Integral, qualquer risco que a atividade possa produzir, justifica a presença de uma

⁵ CRUZ, apud STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p.91.

⁶ LEITE, Jose Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003. p. 209.

⁷ A teoria da causalidade adequada é criação do filósofo alemão Von Kries, a partir da criação de Von Bar, final do século XIX.

responsabilização. Apenas os fatos exteriores ao homem é que não são causas de responsabilidade. Não se discute o motivo ou a forma da ocorrência do dano, apenas se ele realmente ocorreu e se está vinculado ao fato. Essa teoria não admite excludentes de responsabilidade no caso de dano ambiental uma vez que, tendo a atividade causado o dano esta deve responder na sua totalidade e quando houver mais de uma causa provável que justifica o resultado danoso, todos serão reputados responsáveis.

Diferenciando as teorias do risco, descreve Steigleder⁸:

“de um lado, a teoria do risco integral, mediante a qual todo e qualquer risco conexo ao empreendimento deverá ser integralmente internalizado pelo processo produtivo, devendo o responsável reparar quaisquer danos que tenham conexão com sua atividade; e de outro, a teoria do risco criado, a qual procura vislumbrar, dentre todos os fatores de risco, apenas aquele que, por apresentar periculosidade, é efetivamente apto a gerar as situações lesivas, para fins de imposição de responsabilidade”.

A maioria dos autores adere a Teoria do Risco Integral. Justificam também, que a responsabilidade objetiva por dano ambiental decorre também da teoria do Risco-Proveito, quer dizer, quem obtém lucros com determinada atividade deve também arcar com os prejuízos que essa causar. E que muitas vezes não são concretizáveis em simples ações vetoriais de causa e efeito, mas demandam complexas situações intermediárias entre o início e o fim das caracterizações realizadas.

Pode se dizer que essa teoria se configura em um dos princípios básicos de proteção do Direito Ambiental, o princípio do Poluidor- Pagador. Esse princípio, apresentado como um dos princípios basilares do Direito Ambiental vem demonstrar a mudança conceitual e intencional da responsabilização civil,

⁸ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2004, p.198.

que passam da responsabilidade privada para a garantia de proteção de bens difusos. Impõe-se as fontes poluidoras “as obrigações de incorporar em seus processos produtivos os custos com prevenção, controle e reparação de impactos ambientais, impedindo a socialização destes riscos”.⁹

Há uma finalidade totalmente preventiva, onde as indústrias poluidoras tornam-se responsáveis diretos por suas atividades que causem danos ao meio ambiente. Se reconhece que muitas vezes este princípio é muito mal interpretado fora do direito, as pessoas leigas se apropriam da ideia que contribuindo financeiramente para a recuperação, se legitimam no direito causar poluição. Isto não é verdade, contribuir para a reparação não institucionaliza o direito de perpetrar dano de forma alguma.

Ainda, quando falamos de Teoria do Risco, relacionamos diretamente a um dano concreto, pois o Direito ambiental brasileiro tem este como fundamento para a atribuição da responsabilidade civil independentemente de culpa e condiciona a responsabilização civil à concretização de um dano. Contudo, a situação atual de riscos impõe a necessidade de uma reorganização por parte do Direito, em suas estruturas tradicionais, para assimilação desta nova situação ambiental, então, aqui, visualizamos a aceitação de uma nova teoria, a teoria do risco abstrato, uma condição de possibilidade da responsabilidade civil não ser apenas um instrumento de reparação de danos, mas também de assimilação dos riscos ocasionados ao meio ambiente e propondo uma nova formulação na matéria de responsabilidade civil ambiental.

Tratando das espécies de riscos, para melhor esclarecer, destacamos Winter de Carvalho:

⁹ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2004, p. 192.

“A existência de duas espécies de riscos ambientais (concretos e abstratos) é acompanhada pela necessária diferenciação principiológica fornecida pelos Princípios da Prevenção e Precaução, pois estas atuam como programações jurídicas para a assimilação e gestão dos riscos ambientais em suas especificidades. Tais princípios atuam como a operacionalização dogmática que, a partir de uma comunicação jurídica acerca dos riscos, atua como condição de possibilidade para processos de tomada de decisão em contextos de incerteza e indeterminação”.¹⁰

Um dos objetivos do Direito ambiental é permitir um desenvolvimento duradouro, através do controle de desenvolvimento com padrões de sustentabilidade. Há comprometimento com a dimensão temporal futura, ligando direitos e obrigações entre gerações passadas, presentes e futuras, aqui que verificamos a importância de haver antecipação em relação aos danos futuros por instrumentos processuais vigentes. E quando não houver formas de bases ao Direito ambiental, por casos anteriores, o Direito deve fomentar a institucionalização jurisprudencial no caso concreto.

Nossa realidade atual é de imaterialidade e não de concretude, e aqui encontramos a grande diferença entre a existência de certeza e a atual incerteza científica. Os riscos abstratos são riscos globais, invisíveis e intergeracionais e o Direito não pode ficar imune a isto. Na sociedade industrial o indivíduo era o centro de tudo, mas na sociedade pós-industrial, os riscos são transindividuais, fronteiraços, atingindo a todos e ao meio ambiente indiscriminadamente e assim é que, para o Direito Ambiental, surgem tantos problemas, pois esse vem baseado numa estrutura de Direito que precisa e quer ver o dano, mas deve se encaminhar pelos princípios da Prevenção e da Precaução, é um direito que já está pronto e que agora conflita com a sociedade de risco.

¹⁰ CARVALHO, Délton Winter de. **Revista do ICSA: gestão e desenvolvimento**. Novo Hamburgo, v.4, 2007. p.102.

O Direito Ambiental se posiciona como a primeira resposta institucional do Direito para a sociedade de Risco, uma sociedade diferente. A responsabilidade civil não fica presa ao dano ou não deve ficar, como por exemplo, através de decisões que já podemos encontrar nos Tribunais nacionais que determinam uma obrigação de fazer, é o caso de se impôr a instalação de um filtro em uma empresa, sem que tenha já ocorrido o dano, assim como outras tantas decisões já conhecidas que se baseiam acertadamente no princípio da precaução.

Embora a responsabilidade civil por danos ambientais encontre sua fundamentação legal genérica nos art. 14º, parágrafo primeiro, da Lei nº 6.938/81, e art. 225 da Constituição Federal, existem a muito, outras previsões normativas específicas acerca da responsabilidade civil em atividades determinadas tais como mineração, Código Florestal, nuclear, agrotóxicos, entre outros.

3 A REPARAÇÃO DO DANO

Antes de falarmos em dano ambiental, conceituamos meio ambiente diante do que está expresso no artigo 3º, inciso I, da Lei 6938/81: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.¹¹

Ainda, no mesmo texto de lei, temos o conceito de poluição que vem definido de maneira extremamente ampla:

“degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a biota; afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos”.

¹¹ Lei 6938/81, artigo 3º, inciso III (Política Nacional do Meio Ambiente).

A menção aos elementos “matéria” e “energia”, integrantes originais da teoria geral dos sistemas é clara subordinação hegemônica da norma legal a esta vertente doutrinária advinda de geração do conhecimento, originalmente de fora da matriz do direito tradicional.

Contudo, quando a legislação trata de Dano Ambiental, não permite um conceito expresso e taxativo, pois nem toda alteração negativa do meio ambiente pode ser qualificada como poluição ou dano. A doutrina normalmente aponta três grandes características quando trata do dano ambiental:

“a sua anormalidade, que existe onde houver modificação das propriedades físicas e químicas dos elementos naturais de tal grandeza que estes percam, parcial ou totalmente, sua propriedade ao uso; a sua periodicidade, não bastando a eventual emissão poluidora e a sua gravidade, devendo ocorrer transposição daquele limite máximo de absorção de agressões que possuem os seres humanos e os elementos naturais”.¹²

O dano ambiental, embora relacionado diretamente ao meio ambiente e suas propriedades com prejuízo da coletividade, também pode, em alguns casos, refletir, material ou moralmente, sobre os interesses ou o patrimônio de um indivíduo ou grupo determinado. Isto nos permite uma classificação de dano ambiental em: dano ambiental coletivo (o dano ambiental propriamente dito), considerando o meio ambiente como patrimônio coletivo; e dano ambiental individual, aquele que atinge os indivíduos diretamente através de seu patrimônio material ou moral.

Quando se trata de dano ambiental coletivo ocorre a visualização das características transindividuais e indivisíveis do direito tutelado, como leciona Carvalho, quando refere que os danos ambientais coletivos “dizem respeito aos sinistros causados ao meio ambiente *latu sensu*, repercutindo em

¹² MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 253.

interesses difusos, pois lesam diretamente uma coletividade indeterminada ou indeterminável de titulares. Os direitos decorrentes dessas agressões caracterizam-se pela inexistência de uma relação jurídica base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade (ao contrário dos danos ambientais pessoais) do bem jurídico, diante do aspecto objetivo”.¹³

Como instrumentos utilizados para a defesa ambiental coletiva temos a ação civil pública, que já referimos, disciplinada pela Lei nº. 7347/85 e considerada por muitos como o meio mais adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, que pode ser proposta pelo Ministério Público, pelas pessoas de direito público interno, pelas paraestatais e associações ambientalistas constituídas legalmente há pelo menos um ano; também a ação popular, regulada pela Lei nº. 4717/65, utilizada para o mesmo fim, bastando que haja os requisitos da ilegalidade e da lesividade do ato ou fato que se pretende combater e tendo como titular o cidadão comum; e ainda outros instrumentos legalmente eficientes, como o mandado de segurança coletivo, que foi criado pela Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LXX. Assim, quando tratamos de dano ambiental coletivo, referimos que toda a sociedade será o titular da ação, mesmo quando pleiteado por uma instituição específica, como uma entidade ambientalista, por exemplo. Diferentemente do que ocorre com o dano ambiental individual, onde uma pessoa ou um grupo de pessoas será o titular da ação, havendo um procedimento judicial específico para cada um, de acordo com cada dano e cada prejuízo.

Embora a matéria ambiental genericamente seja coletiva *latu sensu*, o dano ambiental pode ser configurado individual ou pessoalmente, a exemplo do caso em que apenas uma pessoa ou um grupo de pessoas sejam lesados em seu caráter patrimonial ou moral, nesse caso, a ação ordinária é o

¹³ CARVALHO, Délton Winter de. A proteção jurisdicional do meio ambiente: uma relação jurídica comunitária. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 24, 2001, p.197.

instrumento jurídico adequado para a vítima dos danos de natureza patrimonial ou extrapatrimonial em matéria ambiental, mas a ação cautelar e o mandado de segurança individual podem também ser utilizados se os seus requisitos estiverem presentes. O nosso ordenamento jurídico prevê os danos individuais e os causados a terceiros, mas segundo a maioria da doutrina, as ações ambientais individuais são bem menos corriqueiras que as coletivas.

Esse dano ambiental individual é também chamado de dano reflexo ou dano ricochete, como explicam as palavras de Milaré:

“essa é a modalidade de dano ambiental que, ao afetar desfavoravelmente a qualidade do meio, repercute de forma reflexa sobre a esfera de interesses patrimoniais ou extra patrimoniais de outrem”.¹⁴ Aqui, o interesse imediato é o de proteger a lesão ao patrimônio e demais interesses da pessoa particularmente. E de uma forma mediata, é que se vai defender o meio ambiente da coletividade, sua proteção e exercício da cidadania ambiental. No entanto, pode o interessado, valer-se de seu direito, fundamentando seu pedido “em responsabilidade objetiva, na forma do citado art. 14, §1º, da lei 6938/81 e do art. 927, parágrafo único do novo Código Civil provando que a sua lesão pessoal foi oriunda de um ato de poluição, degradação ambiental ou risco provocado pelo demandado”.¹⁵

Quanto às formas de reparação do dano ambiental, podemos citar primeiramente, a restauração integral do bem lesado, chamada de composição, que seria considerada a forma ideal, em um segundo momento a que chamamos de compensação ecológica, apenas subsidiária da primeira, e que consiste na substituição do bem que foi lesado por outro equivalente e por fim, ou ainda, a indenização pecuniária.

¹⁴ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007. p.813.

¹⁵ LEITE, Jose Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003. p. 209.

Sabemos que na maioria dos casos, é impossível o retorno do bem ambiental à condição anterior, o que inclusive vem justificar a grande importância à adoção dos princípios da prevenção e da precaução pelo direito ambiental. Uma espécie extinta não tem como ser revista, assim como um rio contaminado que jamais apresentará as mesmas características naturais anteriores, além do que, os resultados de cada degradação ambiental se somam ao de todos os outros danos ecológicos já ocorridos, potencializando-se cumulativamente. Para tais casos a indenização em dinheiro serve como uma forma de compensação ou de reparação indireta aos atingidos pelo dano.

A legislação brasileira deixa clara a sua preferência pela primeira alternativa quando nos remetemos ao artigo 4º da Lei 6938/81, em seus incisos VI e VII, o que nos parece óbvio por pretender preservar o bem da natureza e não uma outra forma de substituição. A compensação ecológica pressupõe a impossibilidade de se recuperar e restaurar as áreas atingidas, em toda sua magnífica originalidade e definição de interrelações subjacentes e explícitas entre os elementos constituintes do sistema natural considerado. Mas também pode ser usada quando a prestação pecuniária a ser cobrada pelo dano é tão alta que se torna inviável a recuperação natural do bem.

Nas questões referentes ao dano ambiental moral, vale destacar, que ainda se está caminhando na busca de uma eficaz e necessária apreciação tanto por parte da doutrina quanto da jurisprudência. O principal motivo é provavelmente, o fato de a legislação ambiental ser relativamente nova e desconhecida e ainda há também, autores que não reconhecem tal categoria por entenderem que o dano moral é um ataque a bens personalíssimos. No entanto, dano moral existe independente de se tratar de matéria ambiental ou não, bastante que tenham sido atingidos valores personalíssimos do

ser humano, o que se aplica tanto para os danos ambientais de caráter individual quanto para os coletivos.

Os desequilíbrios do meio ambiente refletem diretamente sobre as condições de vida da sociedade. E em matéria ambiental, o que se protege, é exatamente a qualidade da vida humana, justificando a importância do aspecto moral em se tratando de danos ao meio ambiente. Se mesmo a reparação do bem ambiental sob a forma de indenização em dinheiro tem o seu lado moral, evidente está o seu caráter será de natureza muito mais compensatória do que ressarcitória.

O dano ambiental, por sua vez, constitui “uma expressão ambivalente, que designa, certas vezes, alterações nocivas ao meio ambiente, e outras ainda, os efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses”.¹⁶ Contudo, diante da complexidade de se explicar e conceituar os danos ambientais em toda a sua extensão e ainda diante de pouca contribuição fornecida pelo texto legal, acreditamos que a melhor solução para essas questões está na presença ativa da doutrina e da jurisprudência e na aplicação indispensável dos princípios gerais do direito ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos inferir a conclusão de que, em matéria ambiental, muitas vezes é bastante difícil se faz a comprovação da culpa, pois embora a prova de condutas negligentes ou imprudentes em relação ao meio ambiente não sejam tão complicadas, a complexidade dos sistemas naturais e das inter-relações entre seus elementos sim é de difícil composição tanto teórica quanto prática. Por isto se afasta a teoria da responsabilidade civil subjetiva da culpa na questão de danos ambientais, o que identificamos claramente com a Lei da

¹⁶ LEITE, Jose Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003. p.94.

Política Nacional do Meio Ambiente (lei nº. 6938/81), especialmente em seu artigo 14º, quando determina a obrigação de indenizar “independentemente de existência de culpa”.

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência brasileira vêm verificando a forte necessidade de elaboração de tratamentos mais adequados e menos dificultosos ao tema da responsabilidade civil, principalmente quanto a questão da comprovação probatória em casos de danos ambientais, surgindo a tendência de novas teorias. Isto ocorre diante da sensibilização do Direito para um melhor atendimento jurisdicional em matéria ambiental e o tácito reconhecimento inclusive pelas normatizações, conforme já exibido, das dificuldades geradas pela natural complexidade inter relacional gerada por biomas e manifestações da natureza em geral.

O princípio da Precaução quanto à degradação do meio ambiente, passa a ser aceito, tanto no âmbito internacional como no nacional, especialmente nas últimas três décadas. Inovou-se o tratamento jurídico relativo a estas questões, evitando antagonismos de leis, decretos e portarias. Implementar o princípio da precaução, não quer dizer, imobilizar as atividades humanas ou o impedimento a tudo, este princípio surge para visar à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações futuras e à continuidade de uma vida natural farta em relação aos recursos naturais renováveis ou não renováveis. Conflitos e dificuldades por carências que geram expectativas aquém das necessidades já ocorrem em vários lugares do planeta, havendo inclusive conflitos bélicos por bens naturais como a água, embora não explicitados desta forma.

Os danos ambientais caracterizam grande dificuldade em relação a sua prova, pois são danos causados por poluição crônica, com características cumulativas, de atividades praticadas por multiplicidade de agentes, muitas vezes

indetermináveis. Exemplos são dados por Morato Leite e Carvalho¹⁷:

“neste sentido é o efeito estufa, que tem degradado a camada de ozônio, e também a ocorrência de chuvas ácidas, provocadas por emissões de poluentes na atmosfera. Assim, nestes casos, os danos são consequências de efeitos cumulativos, pois um ato isolado não seria capaz de provocar tais danos, mas sim o conjunto de atividades, inviabilizando a determinação de suas causas em concreto”.

A Sociedade atual revela e produz muitos riscos e perigos que resultam de um período industrial, mas apresentam também, novos riscos de um período pós-industrial. Esses novos resultados podem ser identificados não pelos danos concretos, mas por danos abstratos, e por isso, quando se trata de responsabilidade civil ambiental, se registra que a reparação de danos como forma de correção, não é suficiente para uma efetiva resposta jurisdicional, mas deve haver uma atuação, através de gerenciamento de riscos por parte do poder judiciário, no momento em que trabalhar com a aceitação de riscos abstratos e assim exercer um sentido não apenas reparador, mas principalmente, preventivo.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

BECK, Ulrich. **La sociedad de riesgo**: hacia una nueva modernidad. Buenos Aires: Paidós. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (coord.). **Introdução ao direito do ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.

¹⁷ LEITE, José Rubens Morato; CARVALHO, Delton Winter de. O nexó de causalidade na responsabilidade civil por danos ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo.

CARVALHO, Delton Winter de. Título do artigo. **Revista do ICSA: gestão e desenvolvimento**, Novo Hamburgo, 2007.

CARVALHO, Delton Winter de. A proteção jurisdicional do meio ambiente: uma relação jurídica comunitária. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v.? n.?, 2001.

CARVALHO, Delton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CARVALHO, Delton Winter de. O nexó de causalidade na responsabilidade civil por danos ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 12, n. 47, jul. /set. 2007.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 2004.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORATO LEITE, José Rubens. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil**. Revista dos Tribunais, n. 761, ano 88, mar. 1999.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: BREVES APONTAMENTOS SOBRE AS DISPOSIÇÕES DO DIREITO BRASILEIRO (CIVIL LAW) X DIREITO AMERICANO (COMMON LAW)

Lucas Lopes da Rosa¹
Jailson Pereira²

RESUMO

O presente trabalho aborda a responsabilidade civil do médico no Direito Brasileiro e no Direito Norte-Americano através de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Trata ainda sobre as diferenças do sistema judiciário Brasileiro (*Civil Law*) e Norte-Americano (*Common Law*). O objetivo geral é fazer breves apontamentos sobre a responsabilidade civil do médico, analisando os pressupostos para a sua configuração. Para sua realização, foram utilizados o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica e documental. O artigo está estruturado em três itens, o primeiro traçando um comparativo entre a *Civil Law* e a *Common Law*; no segundo sobre a responsabilidade civil do médico no Direito Brasileiro e no Direito Norte-Americano; no terceiro foi tratado sobre o entendimento jurisprudencial aplicável ao objeto central do estudo. Conclui-se pelo estudo realizado que a responsabilidade civil do médico no panorama Norte-Americano em muito se assemelha à responsabilidade do profissional no Brasil. A responsabilidade civil do médico no sistema Norte-Americano está dividida em *medical negligence* e *medical malpractice* possuindo pressupostos claros, quais

¹ Especialista em direito médico pela Instituição de Ensino Verbo Jurídico. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Santa Catarina, sob o número 48.276. Professor assistente da disciplina de prática cível I, da FUCAP Univinte. E-mail: lucas@jailsonpereira.com.br

² Doutorando do programa de pós-graduação stricto sensu em ciência jurídica da UNIVALI (CAPES 6) e na Delaware Law School (doutorado sanduíche), na linha de pesquisa constitucionalismo e produção do direito. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Santa Catarina, membro do Instituto dos Advogados de Santa Catarina. Professor titular das disciplinas de direito constitucional II e Prática cível na FUCAP Univinte. E-mail: jailson@jailsonpereira.com.br.

sejam, causa, lesão e negligência. Para configuração de *medical malpractice*, ainda se faz necessária a demonstração de que o médico tenha assumido o risco de causar o dano ao seu paciente.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto tratar sobre a responsabilidade civil do médico no Direito Brasileiro e no Direito Norte-Americano através de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

O objetivo geral é fazer breves apontamentos sobre a responsabilidade civil do médico, analisando os pressupostos para a sua configuração.

Para sua realização, foi utilizado o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica e documental. O artigo está estruturado em três itens, o primeiro traçando um comparativo entre a *Civil Law* e a *Common Law*; no segundo sobre a responsabilidade civil do médico no Direito Brasileiro e no Direito Norte-Americano; no terceiro foi tratado sobre o entendimento jurisprudencial aplicável ao objeto central do estudo.

O presente artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a responsabilidade civil do médico no Direito Brasileiro comparada ao Direito Norte-Americano.

2 DO DIREITO COMPARADO: BREVES APONTAMENTOS SOBRE COMMON LAW X CIVIL LAW

O sistema jurídico brasileiro foi influenciado pelo sistema romano-germânico, também chamado de *Civil Law*.

O sistema *Civil Law* está baseado em leis positivadas e codificadas, mantendo seus julgamentos atrelados à legislação

vigente e, em casos excepcionais de ausência de lei específica, à jurisprudência.

As principais características do sistema da *Civil Law* são: partir de um pensamento abstrato para a solução do caso concreto; adotar um sistema dedutivo, no qual são estabelecidas premissas e obtidas conclusões por processos lógicos; primazia da lei como fonte do direito e modelo codificado.³

Já o sistema jurídico Norte-Americano deriva do *Common Law*, que tem origem anglo-saxônica. Os pilares centrais do *common law* estadunidense foram a doutrina de observância aos precedentes judiciais e também dos direitos humanos fundamentais.

Segundo Streck⁴, na doutrina dos precedentes deve ficar claro que a autoridade obrigatória é a das decisões dos tribunais superiores de mesma jurisdição e também as do próprio tribunal. Não há se falar em tribunal inferior ignorando uma decisão anterior de um tribunal superior da mesma jurisdição.

A decisão tomada como precedente é analisada com minúcia e considerada em toda sua extensão.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

O avanço tecnológico na comunicação trouxe inúmeros benefícios para a sociedade atual, facilitando – e muito – a busca por novos conhecimentos e informações.

Esta evolução trouxe aos cidadãos um novo instinto pela busca de seus direitos, tornando-os ainda mais exigentes quanto ao resultado daquilo que está contratando.

³ TAVARES, André Ramos. **Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, jul.-ago.-set. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-11-JULHO-2007-ANDRE%20RAMOS.pdf> Acesso em 03 de jun. de 2018.

⁴ STECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 36.

Não é diferente em se tratando da relação médico-paciente, visto que é cediço que houve um aumento considerável no número de ações judiciais em busca de indenizações por suposto erro médico tanto no Direito Brasileiro como no Direito Norte-Americano.

3.1 No direito brasileiro

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a responsabilidade civil é tratada nos incisos V e X do artigo 5º, os quais proporcionam aos cidadãos brasileiros e aos estrangeiros residentes neste País a inviolabilidade de sua intimidade, da vida privada, da honra e de sua imagem, resguardando a estes, em caso de violação destas garantias fundamentais, o direito a ser indenizado por danos materiais e morais.

A ideia de responsabilidade civil está ligada diretamente à geração de uma obrigação jurídica sucessiva à ação ou omissão de um agente que resultou em prejuízo, monetário, físico ou psicológico, à outrem, sendo que, para sua configuração, a lesão suportada pelo prejudicado deve ter relação direta com o ato praticado pelo agente. Portanto, são pressupostos essenciais da responsabilidade civil: 1) ação ou omissão do agente; 2) a culpa ou dolo do agente; 3) relação de causalidade; 4) dano.

O Código Civil estabelece, em seu artigo 186, que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Da análise do artigo extraem-se os elementos essenciais da responsabilidade civil.

Em se tratando de dano causado no exercício da atividade médica, a análise do artigo 951 do Código Civil se mostra obrigatória, visto que disciplina que:

O disposto nos artigos 948⁵, 949⁶ e 950⁷ aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Sobre a matéria, leciona Maria Helena Diniz⁸:

Responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Buscando traçar um paralelo entre as atividades do médico e a responsabilidade civil, passamos a analisar os pressupostos um a um.

3.2 Pressupostos da responsabilidade civil

3.2.1 Ação ou omissão

Para que haja violação da integridade física, da moral e do bem-estar do paciente, o primeiro elemento que se faz necessário é a existência de uma ação ou omissão por parte do profissional causador do dano.

⁵ Artigo 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

⁶ Artigo 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

⁷ Artigo 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 7. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35.

O Código Civil dispõe em seu artigo 186 que o ato ilícito poderá ser cometido, ainda que exclusivamente moral, “[...] por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem [...]”.

Neste sentido, leciona Tartuce⁹ que a conduta poderá ser positiva (ação) ou negativa (omissão) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente.

Este comportamento do agente, segundo Stoco¹⁰, se faz necessário para desrespeitar a ordem jurídica, causando, portanto, prejuízo ao paciente, pela ofensa a direito deste. Ainda, refere-se o autor que, o comportamento deve ser imputável à consciência do agente, por dolo ou por culpa, contrariando, um dever do ordenamento jurídico geral ou uma obrigação em concreto.

Cumprе salientar que poderá ser atribuído ao médico o dever de indenizar por ato cometido por terceiro ou por coisa, senão vejamos entendimento de Figueiredo e Figueiredo¹¹:

Com efeito, a regra é a responsabilidade civil direta, por ato próprio. Entrementes, por vezes a lei faz emergir responsabilidade civil por ato de outrem, ou da coisa. [...], em verdade responsabiliza-se indiretamente pela omissão do dever jurídico de custódia, cuidado, vigilância ou má-eleição.

Logo, é plenamente possível a condenação do médico-chefe da equipe no pagamento de indenização em razão de conduta cometida por terceiro ou por coisa, a qual esteja sob vigilância ou cuidado do responsabilizado.

⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direitos das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 373.

¹⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 94.

¹¹ FIGUEIREDO, Luciano Lima; FIGUEIREDO, Roberto Lima. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 322.

3.2.2 Culpa ou dolo

O Código Civil faz menção em seu artigo 186 acerca do dolo ou culpa do agente que comete ato ilícito. Ao referir-se sobre ação ou omissão voluntária, registra a possibilidade do cometimento por dolo, e, ao mencionar a negligência ou imprudência do agente, refere-se à culpa *stricto sensu*.

Consoante Tartuce¹², o dolo constitui em uma violação intencional do dever jurídico, tratando-se, portanto, de uma ação ou omissão voluntária do agente.

Portanto, o dolo resta caracterizado quando presente a violação deliberada do dever jurídico, ou seja, é cometido de maneira intencional.

Segundo ensinamento de Venosa¹³, a culpa *stricto sensu*, assim como o dolo, possui uma conduta voluntária por parte do agente, contudo, com resultado involuntário, porém previsível, advindo de uma falta de cuidado, cautela ou conhecimento.

No direito civilista brasileiro tem-se adotado a teoria subjetiva, na qual se observam distinções entre os inúmeros casos de violação do dever jurídico através da culpa *stricto sensu*, sendo esta graduada em levíssima, leve e grave, todas capazes de gerar o dever de indenizar o paciente lesado.

Neste sentido, o Código Civil, determina em seu artigo 944, parágrafo único que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Sobre a matéria leciona Gonçalves¹⁴:

O Código Civil não faz nenhuma distinção entre dolo e culpa, nem entre os graus de culpa, para fins de reparação do dano.

¹² TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único / Flávio Tartuce. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 341.

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: Responsabilidade civil. 4 v. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 319.

Tenha o agente agido com dolo ou culpa levíssima, existirá sempre a obrigação de indenizar, obrigação esta que será calculada exclusivamente sobre a extensão do dano. Em outras palavras, me Assim, independente do grau de dolo ou do grau de culpa do médico, este terá o dever de indenizar, contudo, a indenização será medida pela extensão do dano.

3.2.3 Relação de causalidade

Outro elemento essencial da responsabilidade civil é a relação de causalidade entre a ação ou omissão e o dano, sem a qual, inexistirá o dever de indenizar.

Conforme conceituam Figueiredo e Figueiredo¹⁵, causa é um elo que une a conduta do agente ao dano, gerando, portanto, a responsabilidade civil, da qual extraímos o dever de indenizar.

Com a finalidade de apurar a relação de causalidade foram elaboradas três teorias principais, sendo estas: a) Teoria da Equivalência das Condições (*conditio sine qua non*); b) Teoria da Causalidade Adequada; c) Teoria da Causalidade Direta ou Imediata (Interrupção do Nexo Causal ou Causalidade Necessária).

A primeira, afirma que a causa é tudo o que tenha concorrido para que o resultado final fosse alcançado, ou seja, o dano. Segundo Tepedino¹⁶, “considera-se, assim, que o dano não teria ocorrido se não fosse a presença de cada uma das condições que, na hipótese concreta, foram identificadas precedentemente ao resultado danoso.”

A segunda visa verificar qual conduta foi efetivamente adequada para que o dano viesse a ocorrer. Busca-se, portanto, identificar qual a causa que de maneira efetiva e direta, gerou o evento danoso.

¹⁵ FIGUEIREDO, Luciano Lima; FIGUEIREDO, Roberto Lima. Ob. cit., p. 369.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a cláusula penal compensatória**. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Leciona Maeda¹⁷:

Assim, diante de uma pluralidade de concausas, indaga-se qual delas, em tese, poderia ser considerada apta a causar o resultado. Respondida esta primeira pergunta, questiona-se se essa causa, capaz de causar o dano, é também hábil, segundo as leis naturais; não basta que um fato seja condição de um evento; é preciso que se trate de uma condição tal que, normal ou regularmente, provoque o mesmo resultado. É o chamado juízo de probabilidade, realizado em abstrato – e não concreto, considerando os fatos como efetivamente ocorreram -, cujo objetivo é responder se a ação ou omissão do sujeito era, por si só, capaz de provocar normalmente o dano.

A terceira e última teoria, dispõe que caso haja violação do direito por parte do credor ou de terceiro, interrompe-se o nexos causal, conseqüentemente, ocasionando a ausência de responsabilidade do suposto agente. Vejamos ensinamento de Gonçalves¹⁸:

Requer ela haja, entre a conduta e o dano, uma relação de causa e efeito direta e imediata. E indenizável todo dano que se filia a uma causa, desde que esta seja necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução.

Dentre estas teorias, não há pacificidade doutrinária e jurisprudencial quanto a qual deve ser utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, o entendimento majoritário é pela aplicação da Teoria da Causalidade Adequada.

¹⁷ MAEDA, Renata de Souza. **Pressupostos da responsabilidade civil: nexos causal.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13531>. Acesso em 10 de jun. de 2018.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Ob. cit., p. 350.

3.2.4 Dano

Inicialmente, cumpre ressaltar que sem a comprovação do dano¹⁹, não há qualquer possibilidade de configuração de responsabilidade civil.

O dano que se estuda na responsabilidade civil é subdivido em dano patrimonial/material e extrapatrimonial/moral. Na relação médico-paciente a principal modalidade é a extrapatrimonial, que diz respeito à moral, imagem e bem-estar do paciente.

Consoante Cavalieri Filho²⁰:

O ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum a praticamente todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar.

Com relação ao dano moral, leciona Tartuce²¹:

Buscando uma primeira classificação dos danos morais, em sentido próprio, o dano moral causa na pessoa dor, tristeza, amargura, sofrimento, angústia e depressão. Nesse diapasão, constitui aquilo que a pessoa sente, o que se pode denominar dano moral in natura.

¹⁹ Conceito: "lesão a um interesse jurídico tutelado — patrimonial ou não —, causado por ação ou omissão do sujeito infrator." GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 83.

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 71.

²¹ TARTUCE, Flávio. 2015. Ob. cit., p. 424.

Dano se caracteriza pela lesão injusta aos valores protegidos pelo Direito e iminente de cada cidadão, estando incluídos, os valores de caráter moral e de liberdade, os quais necessitam de uma avaliação profunda para mensurar o quão danoso foi o ato, a fim de que seja aplicada uma indenização satisfatória para o lesado.

3.3 Teorias da responsabilidade civil do médico

A responsabilidade civil tem duas teorias aplicáveis ao caso concreto, sendo estas, subjetiva e subjetiva com culpa presumida.

3.3.1 Responsabilidade civil subjetiva

Conforme se extrai do disposto no artigo 186 do Código Civil, a responsabilidade civil subjetiva necessita da verificação da culpa *lato sensu* do médico, sem a qual não haverá o dever de indenizar.

Desse modo, na responsabilidade civil subjetiva, o elemento culpa deve estar presente no ato praticado por aquele que lesionou o direito alheio.²²

3.3.2 Responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida

Por sua vez, a responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida tem por fundamento a teoria da obrigação de resultado. Consoante França²³, “na obrigação de resultado a prestação do serviço tem um fim definido. Se não houver o resultado esperado, há inadimplência e o devedor assume o ônus por não satisfazer a obrigação que prometeu”.

²² PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das obrigações**. Teoria Geral e Responsabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

²³ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 334.

Na responsabilidade subjetiva com culpa presumida, também há necessidade de verificação do elemento culpa, entretanto, não caberá ao ofendido demonstrar a culpabilidade do profissional médico.

Nesta teoria, inverte-se o ônus probatório, ou seja, caberá ao médico provar que não cometeu um ilícito ao realizar o procedimento contratado pelo seu paciente. Caberá ao médico comprovar que agiu com prudência e em observância das boas práticas da medicina.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial é de que se a atividade exercida pelo médico é de resultado, a exemplo das atividades praticadas pelo cirurgião plástico – onde um paciente em boas condições de saúde procura um profissional para realizar procedimento puramente estético –, lhe será aplicada a teoria da responsabilidade civil com culpa presumida.

3.4. No direito Americano

No sistema jurídico americano a responsabilidade civil do médico está dividida em duas categorias, *medical negligence*²⁴ e *medical malpractice*²⁵. Ambas as situações derivam de ação ou omissão do profissional da medicina que traz prejuízos físicos ou mentais a seu paciente ou aos seus familiares.

Em decorrência de uma eventual condenação cível, o médico poderá ser responsabilizado a pagar em favor do lesado os custos do tratamento realizado, custos dos tratamentos médicos futuros de forma vitalícia ou até a reabilitação do lesado, compensar o que deixou de auferir em razão da lesão, compensar o que poderia ter recebido e, ainda, compensar o abalo psíquico suportado.

²⁴ Tradução livre do autor: Negligência médica.

²⁵ Tradução livre do autor: Má prática da medicina.

3.4.1. Medical negligence

O termo *medical negligence* está ligado à ação ou omissão do profissional da medicina que, embora não intencional, não é adequado aos padrões do tratamento de seu paciente.

O caso será considerado *medical negligence*, quando a atitude do médico é dotada de falta de conhecimento específico do procedimento ou por omissão não intencional, ou seja, não há dolo.

A medical professional is guilty of negligence when he or she ignores basic responsibilities and indirectly causes a victim to be injured or killed. In this case, the professional doesn't intend to cause the victim any harm but instead does so because of ignorance and/or a lack of action. Medical negligence cases often involve unintentional mistakes or oversights.²⁶

Três são os elementos que devem estar presentes para que reste caracterizada a *medical negligence* – e consequentemente dê causa para o paciente ingressar com um processo judicial – sendo estes: *injury*²⁷, *negligence*²⁸ e *cause*²⁹.

Injury é a lesão suportada pelo paciente em razão do ato médico. *Negligence* é a falta de conhecimento ou a omissão não intencional do profissional. *Cause* é a ação que está diretamente ligada ao dano.

3.4.2. Medical malpractice

²⁶ MALLORY, Edward. **What's the Difference Between Malpractice and Negligence?** Disponível em: <http://emergencyexpertforyou.com/whats-difference-malpractice-negligence/> Acesso em 18 de jun. 2018. Tradução livre do autor: Um profissional da medicina é culpado por negligência quando ele/ela ignora responsabilidades básicas e indiretamente causa lesão à vítima ou a sua morte. Nestes casos, o médico não tem a intenção de causar a vítima nenhuma lesão, porém, acaba causando por falta de conhecimento ou por omissão. Casos de negligência médica geralmente envolvem enganos ou descuidos não intencionais.

²⁷ Tradução livre do autor: Lesão

²⁸ Tradução livre do autor: Negligência

²⁹ Tradução livre do autor: Causa

Diferentemente da *medical negligence*, nos casos envolvendo *medical malpractice* um novo elemento deve ser verificado, a intenção do médico durante o ato praticado.

Medical malpractice is the breach of the duty of care by a medical provider or medical facility. It has an element of “intent” that medical negligence does not have in it. The doctor or provider knew he should have done something to treat the patient but he failed to do so knowing that his failure may result in harm to the patient. It was not intentional in that he wanted to harm the patient but it was intentional because he knew that by doing so the risk of harm was present.³⁰

A intenção verificada nos casos de *medical malpractice* diz respeito a assumir o risco do ato praticado ou não praticado, do qual o médico tenha conhecimento que o resultado possa causar lesão ao seu paciente.

4 CASOS APLICÁVEIS À ESPÉCIE

Para melhor compreensão acerca da responsabilidade civil do médico no Direito Brasileiro e no Direito Norte-Americano, imprescindível a análise de julgados sobre a matéria.

4.1. No sistema judiciário brasileiro

Em decisão proferida em 23 de maio de 2018, pelo Relator Desembargador João Batista Góes Ulysséa, nos autos da Apelação Cível n. 0007160-56.2009.8.24.0054³¹, a Segunda

³⁰ Texto de autor desconhecido. Disponível em: <<http://wdpickett-law.com/faqs/what-is-the-difference-between-medical-malpractice-medical-negligence/>> Acesso em 18 de junho de 2018. Tradução livre do autor: Má prática da medicina é a violação do dever de cuidado por um médico ou instituição de hospitalar. Diferente da negligência médica, detém o elemento “intenção”. O médico tinha conhecimento que deveria ter tomado alguma atitude durante o tratamento do seu paciente, contudo, não o fez, mesmo sabendo que poderia gerar danos ao paciente. A intenção não é no sentido de causar o prejuízo diretamente, mas sim porque ele sabia que haveria algum risco de dano.

³¹TJSC, Apelação Cível n. 0007160-56.2009.8.24.0054, Relator: Des. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, julgado em 03 de maio de 2018. Disponível em:

Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por unanimidade, negou provimento ao Recurso de Apelação interposto pela parte autora que objetivava reformar decisão de primeira instância que julgou improcedente ação de reparação de danos materiais e morais por erro médico.

Em síntese, a autora realizou um procedimento de laqueadura em 18 de março de 2008, alegando que, após três dias da cirurgia sentiu fortes dores abdominais, sendo encaminhada à instituição hospitalar onde permaneceu internada por quatorze dias.

Avaliada pela equipe médica do hospital, foi constatada uma perfuração em seu intestino delgado, ocasionado pela cirurgia de laqueadura, razão pela qual, pleiteou indenização por danos materiais e morais contra a médica que realizou o procedimento e o hospital.

Os magistrados entenderam que embora evidente os danos suportados pela paciente, ela estava ciente dos riscos possíveis em razão do procedimento de laqueadura, visto que havia assinado tempo de solicitação e informação. Ainda, da perícia médica realizada durante a instrução processual, foi constatado que não houve negligência, imprudência ou imperícia por parte da médica responsável, portanto, ausentes os pressupostos da responsabilidade civil.

Ao caso em análise o magistrado entendeu pela aplicação da teoria da responsabilidade civil subjetiva, uma vez que a atividade exercida pela médica não era de resultado, mas sim de meio, portanto, necessária a presença do elemento da culpa.

Assim, muito embora tenha sido verificada a existência de dano, o qual teve relação direta com o procedimento praticado pela médica, não restou configurada a

responsabilidade civil e, conseqüentemente, o dever de indenizar, uma vez que inexistente o elemento culpa.

Já em decisão proferida em 22 de abril de 2019, pelo Relator José Maurício Lisboa, nos autos da Apelação Cível n. 0001555-64.2002.8.24.0058³², a Quarta Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por unanimidade, negou provimento ao Recurso de Apelação interposto pelo médico requerido, mantendo decisão de primeira instância que condenou o profissional no pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de danos estéticos e de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) a título de danos morais em favor do paciente requerente, além do pagamento de pensão mensal vitalícia no valor de um salário mínimo.

O autor ingressou com ação de reparação de danos por ato ilícito em razão de alegado erro médico praticado pelo requerido. Em suma, o autor sofreu um acidente automobilístico, que ocasionou múltiplos ferimentos, sendo então encaminhado para uma unidade hospitalar.

No dia seguinte, foi transferido para outro hospital, onde lá foi atendido pelo médico requerido. Após dois dias de internação, o paciente teve alta hospitalar concedida pelo mesmo médico, o qual teria receitado medicação para alívio da dor e também imobilizou a perna do paciente com tala, determinando retorno em quinze dias para avaliação médica.

Após dois dias da alta concedida, o paciente, que ainda sofria com fortes dores, percebeu que seu pé apresentava coloração arroxeadada e um odor distinto, solicitando-se ao esculápio uma nova consulta.

Ao remover a tala do paciente, foi constatado que a perna já estava em processo de necrose. Encaminhado para outra unidade hospitalar, a perna do paciente teve que ser amputada

³² TJSC, Apelação Cível n. 0001555-64.2002.8.24.0058, Relator: Des. José Maurício Lisboa, Quarta Câmara de Direito Civil, julgado em 27 de jun. 2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=amputa%E7%E3o%20erro%20m%E9dico&only_ementa=&frase=&id=AABAq7AAFAALsSvAAD&categoria=acordao_5>. Acesso em 18 de jun. de 2019.

em razão da oclusão arterial causada pela má colocação da tala de imobilização.

Da perícia realizada e dos depoimentos colhidos nos autos, foi constatada a existência de nexos causal entre a ação do médico e o dano causado ao paciente, considerando que a necrose apontada decorreu de atendimento desidioso e negligente por parte do esculápio, gerando, assim, o dever de indenizar.

4.2. No sistema judiciário Norte-Americano

No sistema judiciário Norte-Americano encontra-se julgado de ação judicial proposta por Norma Bush, mãe de Scott Bush contra o Centro Médico de Columbia, (Bush v. Columbia Medical Center Of Las Colinas) que tramitou perante a corte do estado do Texas sob o número 122 S.W.3d 835³³.

Scott Bush tinha 46 anos quando deu entrada no Centro Médico de Columbia com um quadro de arritmia. Após o tratamento inicial, onde foi utilizado o medicamento Tambocor, o paciente não respondeu conforme esperado, mantendo-se os batimentos cardíacos em ritmo acelerado.

Foi prescrito então cinco miligramas de Verapamil, as quais foram prontamente administradas no paciente. Dois minutos após a utilização deste medicamento, o paciente entrou em colapso, sua pressão arterial caiu, teve quadro de convulsão e sofreu uma parada cardíaca, sendo reanimado posteriormente.

Em decorrência da parada cardíaca, o paciente sofreu graves danos cerebrais, perdeu a capacidade de fala e todas as capacidades motoras.

Após o tramite da ação judicial, o Centro Médico foi condenado no pagamento de \$10.000.000,00 (dez milhões de dólares) em favor da mãe do paciente para garantir os gastos

³³ Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/tx-court-of-appeals/1477821.html>. Acesso em 30 de jun. de 2019.

futuros com o tratamento médico da pessoa lesada. Embora o hospital tenha recorrido da decisão, o tribunal manteve o valor arbitrado em primeira instância.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tratou sobre importante e relevante tema para o profissional atuante na área médica e aos profissionais do direito que tenham interesse na área.

Breves apontamentos demonstraram os diferentes sistemas utilizados no Direito Brasileiro e no Direito Norte-Americano, sendo que aquele se baseia em leis codificadas e o segundo em jurisprudências.

Após foi tratado sobre a responsabilidade civil do médico no Direito Brasileiro, elencando seus pressupostos e fazendo uma explanação sobre cada um.

Também se tratou de apresentar as teorias da responsabilidade civil do médico.

Em seguida apresentou a divisão da responsabilidade civil do médico nos Estados Unidos, que se dá em *medical negligence* e *medical malpractice*.

Por fim, foram estudados casos envolvendo erro médico no sistema judiciário Brasileiro e Norte-Americano.

Do estudo conclui-se que a responsabilidade civil do médico no panorama americano em muito se assemelha à responsabilidade do profissional no Brasil, entretanto, os valores arbitrados para fins de indenização são consideravelmente superiores aos padrões aplicados no judiciário brasileiro.

A responsabilidade civil do médico no sistema Norte-Americano possui pressupostos claros, quais sejam, causa, lesão e negligência. Para configuração de *medical malpractice*, ainda se faz necessária a demonstração de que o médico tenha assumido o risco de causar o dano ao seu paciente.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico. 1988.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 04 de jun. de 2018.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 7. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FIGUEIREDO, Luciano Lima; FIGUEIREDO, Roberto Lima. **Direito Civil: Obrigações e responsabilidade civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Responsabilidade civil**. 4 v. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MAEDA, Renata de Souza. **Pressupostos da responsabilidade civil: nexos causal**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 119, 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br>

com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13531.
Acesso em 10 de jun. de 2018.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das obrigações**: teoria geral e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 0007160-56.2009.8.24.0054**. Relator: Des. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, 03 de maio de 2018. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=%22erro%20m%E9dico%22&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAKoEVAAM&categoria=acordao_5> Acesso em 18 de jun. de 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 0049106-03.2002.8.24.0038**. Relator: Des. Jorge Luis Costa Beber, Primeira Câmara de Direito Civil, 27 de junho de 2017. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAACe4VAAW&categoria=acordao_5. Acesso em 18 de jun. de 2018.

STECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direitos das obrigações e responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro.** Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, jul.-ago.-set. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-11-JULHO-2007-ANDRE%20RAMOS.pdf> Acesso em 03 de jun. de 2018.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a cláusula penal compensatória.** Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

A CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL NAS TURMAS RECURSAIS DE SANTA CATARINA E TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO ACERCA DO FATOR PREVIDENCIÁRIO NA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DO PROFESSOR

Rafael Leandro¹

RESUMO

O presente artigo busca verificar a divergência que há no âmbito da jurisprudência das Turmas Recursais de Santa Catarina e no Tribunal Regional Federal da 4ª Região no que toca à aplicação do fator previdenciário na aposentadoria por tempo de contribuição do professor. Em razão das mudanças dos parâmetros decisórios no período de 2015 a 2018, a jurisprudência federal no âmbito do Tribunal Regional da 4ª Região possui oscilações que em diversos períodos atenderam ou negaram o pleito dos aposentados professores, no sentido de excluir o fator da fórmula de cálculo de suas prestações. Ao final, demonstra-se a evolução dos parâmetros decisórios e identifica-se que a questão ainda pende de pacificação nas referidas instâncias recursais, em razão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 11 ainda não julgado.

1 INTRODUÇÃO

A Previdência Social faz parte de um importante sistema de Seguridade Social, do qual também fazem parte a Saúde e Assistência Social, conforme disposição expressa do

¹ Mestrando em direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (linha de pesquisa: direitos humanos, cidadania e novos direitos). Especialista em direito previdenciário e direito e processo do trabalho pela Estácio de Sá. Servidor público federal - assessor de Juiz Federal na 2ª Vara da Subseção Judiciária de Santa Catarina. Professor assistente das disciplinas de direito previdenciário e teoria geral do processo na FUCAP Univinte. E-mail: rafah21@gmail.com.

texto constitucional de 1988².

Atendendo-se especificamente à Previdência Social, tem-se no Brasil um sistema de caráter contributivo, haja vista a cobertura ser destinada somente as pessoas que verterem contribuições ao regime de filiação, sendo cabível hipóteses de presunção de recolhimento, como no caso dos segurados especiais³.

Após a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, na qual muitos avanços foram conquistados na seara previdenciária, como os benefícios que substituem a remuneração dos trabalhadores passaram a ser de, pelo menor, um salário-mínimo, fornecendo maior guarida à população rural, o que fez frente ao princípio da universalidade do atendimento.

Disponível no rol de benefícios desse Seguro Social, há a aposentadoria por tempo de contribuição, que pela Legislação vigente⁴ necessita de um mínimo de 35 anos de atividade/contribuição para homens e 30 anos para mulheres, sem haver uma idade mínima para requerê-la⁵.

Todavia, com a fundamentação da higidez atuarial do Regime, a fim de fazer frente às despesas futuras e garantir o pagamento dos benefícios para as próximas gerações, criaram-se mecanismos para induzir o segurado a aguardar um pouco mais de tempo para voluntariamente postular sua aposentadoria, até porque parte da doutrina nacional defende, como lembra Amado⁶, que nesta espécie de benefício – a

² Artigos 194 a 204 da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jun. 2019).

³ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 10. ed. Salvador: Juspodym, 2018. p.165

⁴ Até a data da finalização deste artigo (06/2019), não houve a aprovação da Reforma da Previdência em tramitação no Congresso Nacional.

⁵ Vide artigo 201, § 7º da CF/1988 (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jun. 2019).

⁶ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 10.ed. Salvador: Juspodym, 2018. p.646.

aposentadoria por tempo de contribuição – não há risco social a ser coberto.

Um desses mecanismos foi o Fator Previdenciário, criado pela Lei n. 9.876/1999, que considera a idade da pessoa, o seu tempo de serviço/contribuição e a sua expectativa de vida, que age como coeficiente redutor em caso de resultado inferior a 1,0⁷.

Neste artigo, este é o mecanismo que será abordado, não de forma profunda acerca de suas nuances, mas sim em relação à divergência que há na jurisprudência acerca da sua aplicação ou não na aposentadoria por tempo de contribuição do professor.

Isso porque o professor recebe tratamento diferenciado na constituição de 1988 com a redução de 5 anos para homem e mulher no tempo mínimo para requerimento de aposentadoria⁸. Por essa razão, ventilou-se a tese de que a aposentadoria deste profissional se assemelha à aposentadoria especial (outra espécie de benefício destinada ao segurado que exerce atividade em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física⁹), sobre a qual embora seja uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, não há incidência do fator previdenciário.

Esta pesquisa tem por objetivo analisar a jurisprudência, no âmbito da Justiça Federal, em grau de recurso nas Turmas Recursais de Santa Catarina¹⁰ e Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), no que toca à apreciação do pleito dos beneficiários no período de 2015 a 2018, bem como identificar os argumentos das principais decisões.

⁷ BRASIL. **Lei n.9.876, de 26 de novembro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19876.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

⁸ Artigo 201, § 8º, CF/1988 (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jun. 2019).

⁹ Artigos 57 a 58 da Lei 8.213/1991 (BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/198213cons.htm. Acesso em: 15 jun. 2019).

¹⁰ Embora cada Subseção Judiciária do TRF4 (Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul) possua sua própria estrutura de Turmas Recursais, limitou-se a análise a somente Santa Catarina.

Para alcançar o objetivo, dividiu-se este artigo em três capítulos: Comentários acerca da Aplicação do Fator Previdenciário, A Aposentadoria por Tempo de Contribuição do Professor; 3. A Jurisprudência no Âmbito das Turmas Recursais de Santa Catarina e Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sendo este último dividido em dois subtópicos: 3.1. Turmas Recursais De Santa Catarina e 3.2. Tribunal Regional Federal Da 4ª Região.

Quanto à metodologia empregada, a análise dos resultados está composta na base lógica indutiva, enquanto as técnicas de pesquisa foram bibliográficas e documentais. Ressalte-se que na pesquisa ao sítio virtual do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, aplicou-se como critério de pesquisa os verbetes "fator previdenciário", "professor" e "aposentadoria". As buscas foram realizadas somente nas Turmas, Seções e Cortes que possuem competência para analisar e julgar causas de natureza previdenciária.

2 COMENTÁRIOS ACERCA DA APLICAÇÃO DO FATOR PREVIDENCIÁRIO

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, duas grandes reformas no regime geral de previdência social (RGPS) foram realizadas, a primeira pela EC n. 20/1998 e a segunda pela EC n. 41/2001¹¹.

A Emenda Constitucional n. 20/1998 desconstitucionalizou a mecânica de cálculo das prestações pecuniárias, e constitucionalizou o caráter contributivo da previdência social e do seu necessário equilíbrio atuarial e financeiro, possibilitando a introdução do fator previdenciário

¹¹ AMARO, M. N. **Terceira reforma da previdência**: até quando esperar? Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2011. p.11. Textos para discussão, 84. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD84-MeirianeNunesAmaro.pdf. Acesso em 15 jun. 2019.

(FP) na legislação pátria, através da lei n. 9.876/1999¹².

A doutrina de base compreende que a mudança na fórmula de cálculo das Aposentadorias por Tempo de Contribuição é dado por dois conceitos-chave na análise de sistemas previdenciários: Justiça Atuarial (*Actuarial Fairness*) - o valor presente esperado das contribuições deve ser igual ao valor presente esperado dos benefícios, para cada indivíduo - e Neutralidade Atuarial (*Actuarial Neutrality*) - o valor presente dos benefícios marginais (obtidos por se trabalhar um ano a mais) deve ser igual a cada ano¹³.

O fator previdenciário, criado pela Lei n. 9.876, de 26.11.1999 (*DOU* de 29.11.1999) e modificado, quanto à sua abrangência, pela Lei n. 13.183/2015, se insere na nova fórmula de cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição e da aposentadoria por idade. O cálculo do valor do benefício, que era apurado pela média das últimas 36 contribuições, foi substituído pela média dos maiores salários de contribuição de todo o período contributivo, equivalentes a 80% do total de salários de contribuição do segurado, multiplicado pelo fator previdenciário¹⁴.

Para alcançar o fator previdenciário, necessário tomar em conta o tempo de contribuição, a idade na data da aposentadoria e o prazo médio durante o qual o benefício deverá ser pago (expectativa de vida disponível na tábua de vida elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE), com a seguinte fórmula:

¹² LIMA, Diana Vaz et al. O Impacto do Fator Previdenciário nos Grandes Números da Previdência Social. **Revista Contabilidade & Finanças da USP**, São Paulo, v.23, n.59, p.128-141, mai./jun./jul./ago., 2012. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rcf/article/view/48085/51854>. Acesso em 15 jun. 2019.

¹³ PENAFIERI, André Carvalho; AFONSO, Luís Eduardo. O impacto da mudança da regra de cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição do INSS: o fator previdenciário é atuarialmente justo? **Economia Aplicada**, Ribeirão Preto, v.17, n.4, p.667-694, dez. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-80502013000400007&lng=en&nrm=iso. Acesso em 15 jun. 2019.

¹⁴ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LÁZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 21.ed. Florianópolis: Conceito Gen Forense, 2018. p.203.

$$F = \frac{Tc \cdot a}{Es} \cdot \left[1 + \left(\frac{Id + Tc \cdot a}{100} \right) \right]$$

Para compreendê-la, lê-se da seguinte forma seus elementos:

F = fator previdenciário;

Es = expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria;

Tc = tempo de contribuição até o momento da aposentadoria;

Id = idade no momento da aposentadoria;

a = alíquota de contribuição correspondente a 0,31¹⁵.

Esse critério de cálculo tem como propósito a postergação do requerimento de aposentadoria pelos segurados, sendo beneficiados caso esperem mais tempo seguir para inatividade¹⁶. Como defende Jelson Carlos Accadrolli¹⁷, a medida foi uma alternativa de implantar de forma indireta um limite mínimo de idade, haja vista a proposta de instituição regular de idade mínima ter sido afastada na votação da Reforma da EC n. 20/1998.

No que toca à aplicação efetiva nas espécies de benefícios, Castro e Lazzari¹⁸ ensinam:

Para as mulheres e professores, exceto os do magistério universitário, portanto, foi criado um bônus de cinco anos para o cálculo do fator previdenciário. Se a mulher for professora, tem dez anos de bônus. Esse adicional tem por finalidade adequar o cálculo ao preceito constitucional que garante às mulheres e professores aposentadoria com redução de cinco anos em relação aos demais segurados da Previdência Social.

¹⁵ Tabela extraída da Lei n.9.876/1999 (BRASIL. **Lei n.9.876, de 26 de novembro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19876.htm. Acesso em: 15 jun. 2019).

¹⁶ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Dicionário analítico de previdência social**. São Paulo: Atlas, 2009. p.90.

¹⁷ ACCADROLLI, Jelson Carlos. A influência do fator previdenciário no cálculo do valor da aposentadoria. **Revista da Previdência Social**, São Paulo, v.25, n.249, p.581-583, 2001.

¹⁸ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 21.ed. Florianópolis: Conceito Gen Forense, 2018. p.205-206.

O fator previdenciário se aplica apenas às aposentadorias por tempo de contribuição e por idade. Mas somente as primeiras podem sofrer redução – duas em cada dez aposentadorias concedidas por mês pela Previdência Social são por tempo de contribuição. Quem se aposentar por idade (homens aos 65 anos e mulheres aos 60 anos) pode escolher a regra que lhe for mais vantajosa, com ou sem a aplicação do fator previdenciário.

Tratando-se de pensões, o fator previdenciário não é aplicado diretamente. No caso de segurado que morrer em atividade, a pensão será igual à aposentadoria por invalidez à qual ele teria direito naquela ocasião, sem aplicação do fator. Assim, o benefício corresponderá à média dos maiores salários de contribuição a partir de julho de 1994, correspondentes a 80% do número de meses do período. No caso de morte do segurado já aposentado, a pensão equivalerá a 100% da aposentadoria paga. A pensão só será atingida, nesse caso, indiretamente, ou seja, caso ela decorra de uma aposentadoria que tenha sofrido a aplicação do fator. Mas o benefício propriamente dito não sofrerá redução.

Cechin e Cechin¹⁹ argumentam que o fator previdenciário reduziu o desequilíbrio atuarial presente no RGPS e estabeleceu maior justiça contributiva. Delgado *et al.*²⁰, por seu turno, atestam que o fator aumentou a idade média de aposentadoria em cerca de 2,5 anos e o período contributivo médio em mais de um ano, tanto para homens, quanto para mulheres. Para os autores, o Fator gerou uma economia de 11,1% nos gastos do INSS para as aposentadorias concedidas no quinquênio 2000-2004²¹.

¹⁹ CECHIN, J.; CECHIN, A. D. Desequilíbrios: causas e soluções, In: TAFNER, Paulo; GIABIAGI, Fabio (orgs.). **Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas**. Rio de Janeiro: Ipea, 2007. pp. 219-262.

²⁰ DELGADO, G. Guilherme et al. **Avaliação de resultados da Lei do fator previdenciário (1999-2004)**. Brasília: IPEA, 2006. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4329:td-1161-avaliacao-de-resultados-da-lei-do-fator-previdenciario-1999-2004&catid=3_08:2006&directory=1. Acesso em: 15 jun. 2019.

²¹ PENAFIERI, André Carvalho; AFONSO, Luís Eduardo. O impacto da mudança da regra de cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição do INSS: o fator previdenciário é atuarialmente justo? **Economia aplicada**, Ribeirão Preto, v.17, n.4, p.667-694, dez., 2013.

Por fim, em 2013, a Lei 13.183, de 04/11/2015, que converteu a MP 676, de 17/06/2015 permite a opção de não incidência do fator previdenciário no cálculo da aposentadoria por tempo de contribuição, quando o total resultante da soma da idade e do tempo de contribuição do segurado na data de requerimento da aposentadoria, incluídas as frações, for de no mínimo 95 e 85 pontos, respectivamente, para o homem e a mulher. A norma em vigência possui uma tabela de progressão do mínimo de pontos, que se encerra em 2027, com 100 pontos para homens e 90 para mulheres. A partir de 31/12/2018 para haver o aproveitamento da regra, deve-se alcançar 96 pontos para homens e 90 para mulheres²².

3 A APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DO PROFESSOR

Com a reforma realizada por meio da Emenda n. 20/1998²³, a aposentadoria dos professores passou a ser tratada pelo art. 201, § 8.º, da Constituição. Para que o segurado possa se aposentar como professor, passou a ser necessário comprovar exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na Educação Infantil e nos Ensinos Fundamental e Médio (diferente da regra anterior que possibilitava o enquadramento do professor universitário), tendo direito ao benefício a partir dos trinta anos de contribuição, se homem, e 25 anos de contribuição, se mulher²⁴.

De acordo com o § 2º do art. 67 da Lei n. 9.394/1996, incluído pela Lei nº 11.301/2006:

Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-80502013000400007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 jun. 2019.

²² BRASIL. **Lei n.13.183, de 4 de novembro de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13183.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

²³ BRASIL. **Emenda Constitucional n.20 de 15 de dezembro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm. Acesso em: 16 jun. 2019.

²⁴ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 21.ed. Florianópolis: Conceito Gen Forense, 2018. p.255.

São consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.²⁵

O Decreto nº 6.722/2008, alterando a regra do art. 56, § 2.º, do RPS, passou a prever que a função de magistério para fins da Lei é aquela exercida em “estabelecimento de Educação Básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as funções de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico”²⁶.

Considerando que a aposentadoria do professor é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição (código 57), no cálculo do salário-de-benefício (SB) é aplicado o fator previdenciário, pois não há ressalva na Lei, como existe quanto à aposentadoria especial.

Ocorre que algumas teses revisionais foram propostas na esfera jurisdicional objetivando, ao final, a exclusão do fator previdenciário em razão da alegada especialidade da atividade, equiparação analógica à Lei Complementar n. 142/2013 ou a própria inconstitucionalidade²⁷ da aplicação à espécie do benefício.

Todavia, o objetivo deste artigo não adentrar na seara nebulosa da especificidade de cada tese, por isso descabe comentários mais aprofundados acerca de cada uma delas.

²⁵ BRASIL. **Lei n.9.394 de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/9394.htm. Acesso em: 16 jun. 2019.

²⁶ BRASIL. **Decreto n.6.772 de 30 de dezembro de 2008**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6722.htm. Acesso em: 16 jun. 2019.

²⁷ Aconselha-se a leitura do seguinte artigo: MEDEIROS, Ivana Souto. **Aposentadoria do professor do ensino básico no regime geral de previdência social: inconstitucionalidade da incidência do fator previdenciário no cálculo do benefício**. Revista Defensoria Pública da União Brasília, n.7, p.263-290, jan. /dez. 2014. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/article/view/127>.

4 A JURISPRUDÊNCIA NO ÂMBITO DAS TURMAS RECURSAIS DE SANTA CATARINA E TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Para compreender a celeuma residente nos efeitos da divergência acerca da aplicação do fator previdenciário na aposentadoria do professor, necessário analisar de forma cronológica o desenvolvimento da jurisprudência nas Turmas Recursais de Santa Catarina (eventualmente analisando-se de forma indireta os incidentes em nível de Turma Regional de Uniformização e Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência) e no Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

4.1 Turmas recursais de Santa Catarina²⁸

As Turmas Recursais representam o órgão revisor das sentenças (com exceção das homologatórias de conciliação ou laudo arbitral) no microssistema dos Juizados Especiais, na forma como previsto no artigo 41, § 1º, da Lei 9.099/95, compostas por “juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado”²⁹.

Em Santa Catarina há três Turmas Recursais, sendo a Primeira e a Segunda criadas pela Resolução n. 85, de 26/10/2010³⁰ e a Terceira, pela Resolução n. 9, de 18/02/2011³¹. Conforme cada ato normativo de criação, a competência para julgamento de ações de natureza

²⁸ A Resolução n.33, de 08 de maio de 2018, regulamenta dispõe sobre o regimento das Turmas Recursais e da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região, do qual Santa Catarina faz parte (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Resolução n.33, de 8 de maio de 2018**. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_adm.php?orgao=1&id_materia=3006012&reload=false. Acesso em: 15 jun. 2019.)

²⁹ BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

³⁰ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Resolução n.85, de 26 de outubro de 2010**. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/hcd_Res852010.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019.

³¹ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Resolução n.9, de 18 de abril de 2011**. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/hcd_Res%209%202011.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019

previdenciária compete às Primeira e Segunda Turmas.

Desde 2015, essas duas Turmas Recursais apresentaram modificações de jurisprudência ou divergência entre si no que toca à incidência ou não do fator previdenciário na aposentadoria do professor.

Em pesquisa à jurisprudência das Turmas, utilizando-se dos verbetes "fator previdenciário", "professor" e "aposentadoria" denota-se que as Turmas eram unânimes ao decidir de forma contrária à pretensão dos beneficiários, compreendendo que a atividade de magistério não é especial, por isso, devida a incidência do fator previdenciário no cálculo do salário-de-benefício (descabendo a conversão do benefício em aposentadoria especial), conforme se extrai dos julgados n. 5018022-78.2015.4.04.7200, Segunda Turma Recursal de SC, Relatora Gabriela Pietsch Serafin, julgado em 10/12/2015, e 5001725-90.2015.4.04.7201, Primeira Turma Recursal de SC, Relatora Eliana Paggiarin Marinho, julgado em 29/07/2015.

Ocorre que a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência (TNU), ao apreciar o Pedido de Interpretação de Lei Federal (PEDILEF), em 10/07/2015, decidiu que não incide o fator previdenciário na aposentadoria do professor, quando ocasionar redução do valor da Renda Mensal Inicial (RMI). Vejamos à ementa:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. CONDIÇÕES DIFERENCIADAS ASSEGURADAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO AO PROFESSOR (ART. 201, §8º). NÃO INCIDÊNCIA DO FATOR PREVIDENCIÁRIO QUANDO ACARRETAR REDUÇÃO DO VALOR DA RENDA MENSAL INICIAL. PEDIDO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Trata-se de ação previdenciária em que a parte autora postula a revisão de sua aposentadoria por tempo de contribuição de professor (NB 57/157.418.353-0 - DIB 25/07/2012) mediante a aplicação do critério de cálculo definido no art. 29 da Lei n. 8.213/91, sem a incidência de fator previdenciário, por

tratar-se de espécie de aposentadoria especial. Defende a tese de que a aposentadoria de professor possui tempo de serviço reduzido, porquanto tem por premissa a aposentadoria especial concedida pelo exercício de atividade penosa.

(...)

17. A aposentadoria de professor, assim, por tratar-se de benefício concedido com tempo de contribuição também reduzido, comporta tratamento similar ao conferido pela LC 142/2013 no tocante ao fator previdenciário, cuja aplicação está autorizada somente quando seu resultado for superior à unidade (fator previdenciário positivo). 18. Meu voto, portanto, conhece e dá provimento ao pedido de uniformização interposto pela parte autora, firmando o entendimento de que o fator previdenciário não pode ser aplicado quando importar redução do valor da renda mensal inicial da aposentadoria em funções de magistério, sob pena de anular o benefício previsto constitucionalmente. 19. Considerando que a matéria é exclusivamente de direito e visando a dar efetividade ao princípio da celeridade, que rege os Juizados Especiais, acolho o pedido inicial e condeno o INSS a revisar a renda mensal inicial do benefício da parte autora (NB 57/157.418.353-0 - DIB 25/07/2012), para excluir o fator previdenciário do cálculo concessório, uma vez que inferior à unidade (negativo), e a pagar à segurada os valores atrasados, a contar DER/DIB, corrigidos pelo INPC, de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, e acrescidos de juros de mora, nos termos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009. Determino o retorno dos autos diretamente ao Juizado de origem para liquidação. Afastada a condenação da parte autora em honorários advocatícios nos termos da Questão de Ordem n. 2/TNU. Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais conhecer e dar provimento ao incidente de uniformização, nos termos do voto-ementa do Relator. (o grifo é nosso) (PEDILEF 50108581820134047205, JUIZ FEDERAL JOÃO BATISTA LAZZARI, TNU, DOU 10/07/2015 PÁGINAS 193/290.)

Em suma, verifica-se que a interpretação favorável aos professores aposentados se deu em razão de analogia à Lei Complementar n. 142/2013³², que regulamentou a aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do RGPS³³, prevendo contagem de tempo de serviço/contribuição diferenciada (diminuição) e a aplicação do fator previdenciário somente em caso de a variável ser favorável ao segurado (ou seja, superior a 1). Logo, possuindo a aposentadoria do professor também critério diferenciado para o cômputo de tempo de serviço/contribuição, dever-se-ia aplicar também a essa espécie de benefício a aplicação do fator previdenciário apenas se favorável ao beneficiário.

Tal paradigma gerou a corrida ao Judiciário em busca da aplicação da regra mais vantajosa proposta pela TNU. Para efeitos de comparação, para os verbetes acima citados, somente 78 julgados são encontrados no ano de 2015, enquanto no ano seguinte (2016)³⁴ 508 julgados são identificados.

Em 2016, então, nasce a divergência entre as Turmas Recursais. A Primeira Turma, mesmo não desconhecendo da decisão da TNU, permaneceu julgando de forma contrária aos professores aposentados, haja vista aplicar decisões posteriores do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de aplicar o fator³⁵ (5016168-34.2015.4.04.7205, Primeira Turma Recursal de SC, Relatora Luísa Hickel Gamba, julgado em 27/04/2016). Por outro lado, a Segunda Turma, passou a aplicar a decisão da TNU a partir de meados de junho de 2016,

³² BRASIL. **Lei Complementar n.142, de 8 de maio de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp142.htm. Acesso em: 15 jun. 2019

³³ Comentários acerca dessa regulamentação não serão tratados neste artigo.

³⁴ A mensuração não partiu da data do julgamento do PEDILEF n.5010858 1820134047205 pela TNU, em 10/07/2015, em razão da necessidade de o processo enfrentar a decisão singular em primeiro grau, o que gera um período mínimo até que as decisões sejam revistas pelas Turmas Recursais.

³⁵ AgRg no REsp 1527888/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 09/11/2015; REsp 1146092/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 19/10/2015; REsp 1423286/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 01/09/2015.

“em homenagem aos princípios da economia processual e da celeridade, e, por fim, como forma de racionalização do sistema recursal” (5000124-94.2016.4.04.7207, Segunda Turma Recursal de SC, Relator Henrique Luiz Hartmann, julgado em 25/05/2016).

Em 20/10/2016, a TNU, com a composição modificada por substituição de Juízes, em julgamento do qual a juíza federal Luisa Hickel Gamba, da Primeira Turma Recursal de Santa Catarina, revisou sua própria decisão nos autos do PEDILEF nº 0501512-65.2015.4.05.8307/PE, com a “reuniformização” do entendimento pela aplicação do fator previdenciário à aposentadoria por tempo de contribuição do professor, adequando-se a uniformização nacional ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte ementa:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DO PROFESSOR. FATOR PREVIDENCIÁRIO. INCIDÊNCIA, SALVO QUANDO O SEGURADO CUMPRIU OS REQUISITOS PARA APOSENTAÇÃO ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA LEI N. 9.876/99. PRECEDENTES DO STJ. INCIDENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

Destarte, e justamente por estar se decidindo em sede de representativo de controvérsia, é o momento adequado para a TNU visitar e superar a sua jurisprudência anterior, a fim de alinhar-se ao entendimento atual do STJ.

- Em face de todo o exposto, ressalvado o posicionamento pessoal deste relator, deve-se dar PARCIAL PROVIMENTO ao Incidente de Uniformização para, revendo posicionamento anterior desta Corte, firmar o entendimento de que incide o fator previdenciário na aposentadoria por tempo de serviço do professor quando o segurado não possuir tempo suficiente para concessão do benefício anteriormente à edição da Lei n. 9.876/99 (que introduziu o Fator Previdenciário). Aplica-se a Questão de Ordem n.º 20 da TNU a fim de que o processo retorne à Turma Recursal de origem para que promova a adequação do julgado ao entendimento ora firmado."

(Processo nº 0501512-65.2015.4.05.8307, Rel. FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER, TNU, 10/11/2016, Diário Oficial da União, Seção 1, páginas 67/566).

A reviravolta na TNU levou a Segunda Turma Recursal de Santa Catarina, então, a partir de fevereiro de 2017, a aplicar a jurisprudência daquela Corte (5001115-67.2016.4.04.7208, Segunda Turma Recursal de SC, Relatora Erika Giovanini Reupke, julgado em 24/02/2017).

Desde então, ambas as Turmas passaram a julgar de maneira uniforme pela incidência do fator previdenciário na aposentadoria por tempo de contribuição do professor.

Todavia, em nova demonstração de instabilidade nas instâncias recursais, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região afetou o tema como representativo de controvérsia em Incidente de Uniformização de Jurisprudência (IRDR) – Tema 11³⁶, determinando a suspensão de todos os processos, individuais e coletivos, que versem sobre o mesmo tema, no âmbito da Quarta Região, incluídos os Juizados Especiais e Turmas Recursais.

A situação gerou o esvaziamento de ações em tramitação nas Turmas Recursais: 173 recursos apreciados em 2017 e 13 em 2018.

4.2 Tribunal Regional Federal da 4ª Região

O histórico do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), que detém competência para julgamento dos recursos de ações previdenciárias ajuizadas sob o Rito Comum e ações originárias de Comarcas da Justiça Estadual com competência delegada (recursos de apelação), é de postura conservadora acerca do tema, afastando a aplicação da tese revisional,

³⁶ Pendente ainda de julgamento até a finalização deste artigo em 18 de junho de 2019. A consulta aos IRDRs do Tribunal Regional da 4ª Região pode ser realizada em: BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=irdr_listar&seq=194%7C967. Acesso em: 15 jun. 2019.

desde os primeiros argumentos no sentido da especialidade do tempo de serviço/contribuição da atividade do professor, assim como pela não aplicação do fator a partir da interpretação analógica da LC 142/2013.

No âmbito do TRF4, compete o julgamento de causas de natureza previdenciária as 5ª e 6ª Turmas e à Turma Regional Suplementar de Santa Catarina e do Paraná, estas últimas mais recentes, criadas pela Resolução n. 34/2017³⁷.

Em pesquisa à jurisprudência do TRF4, no ano de 2015, utilizando-se dos verbetes "fator previdenciário", "professor" e "aposentadoria", há 12 recursos apreciados, sendo que em 10 dos recursos, da 5ª e 6ª Turmas, houve o reconhecimento da legalidade da incidência do fator previdenciário, como se observa dos seguintes julgados TRF4, APELREEX 0003359-91.2014.4.04.9999, sexta turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, D.E. 02/12/2015 e TRF4, APELREEX 0011351-69.2015.4.04.9999, sexta turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, D.E. 02/12/2015).

Entretanto, em dois julgados houve a arguição de incidente de inconstitucionalidade da incidência do fator previdenciário na aposentadoria do professor³⁸, seguindo os autos para julgamento pela Corte Especial do TRF4. São eles: TRF4, AC 5001237-91.2013.4.04.7012, quinta turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, juntado aos autos em 19/05/2015 e TRF4, AC 5004320-12.2013.4.04.7111, quinta turma, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, juntado aos autos em

³⁷ Art. 7º As Turmas Regionais suplementares ora criadas têm por finalidade prioritária o julgamento dos processos Previdenciários e de Assistência Social remanescentes nos gabinetes das 5ª e 6ª Turmas do Tribunal, oriundos das respectivas Seções Judiciárias onde sediadas. (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Resolução n.34, de 20 de abril de 2014**. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/diario/download.php?arquivo=%2Fvar%2Fwww%2Fhtml%2Fdiario%2Fdocsa%2Fde_adm_20170424161001_2017_04_24_a.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019).

³⁸ Observe-se que não se questiona a constitucionalidade do instituto do fator previdenciário, porquanto este já teve a sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 2111-7/DF. Rel. Min. Sidney Sanches. Julgamento em 16/03/2000. Publicado em 05/12/2003 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2111-7/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sidney Sanches. Brasília, 05 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 fev. 2019.)

23/03/2015.

Em 2016, com aumento substancial no volume de recursos apreciados, a partir dos verbetes acima relacionados, localizou-se 392 ementas. Dentre eles, evidencia-se que a Corte Especial do TRF4, composta pela 5ª e 6ª Turma, julgou o incidente de inconstitucionalidade suscitado em 2015 e declarou a inconstitucionalidade especificamente em relação à incidência do fator previdenciário na aposentadoria por tempo de contribuição dos professores de ensino infantil, fundamental e médio, em razão de a legislação infraconstitucional de rênquia não ter conferido adequado tratamento:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APOSENTADORIA DOS PROFESSORES DE ENSINO INFANTIL, FUNDAMENTAL E MÉDIO. INCIDÊNCIA DO FATOR PREVIDENCIÁRIO. ARTIGO 29, I, E § 9º, INCISOS II E III DA LEI Nº 8.213/91. ARTS. 5º, 6º, E 201, §§ 7º E 8º DA CF. ADEQUADO TRATAMENTO DE BENEFÍCIO DOTADO DE DENSIDADE CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE ESPECIFICAMENTE EM RELAÇÃO À SITUAÇÃO DOS PROFESSORES DE ENSINO INFANTIL, FUNDAMENTAL E MÉDIO. - Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal a aposentadoria dos professores de ensino infantil, fundamental e médio caracteriza modalidade de aposentadoria por tempo de contribuição. - Também segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a incidência do fator previdenciário no cálculo do salário-de-benefício das aposentadorias por tempo de contribuição não viola a Constituição Federal. - O § 8º do artigo 201 da Constituição Federal, porém, ao reconhecer ao professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, o direito à aposentadoria por tempo de contribuição com redução de cinco anos, conferiu à categoria e, por extensão, ao benefício, status diferenciado; agregou-lhes valor que deve ser respeitado pela lei ordinária, não se podendo olvidar, ademais, que a previdência social constitui direito social (art. 6º da CF), logo fundamental, a ser prestigiado pelo legislador infraconstitucional. - A

regulamentação, pela legislação infraconstitucional, de direito assegurado pela Constituição Federal, e dotado de especial proteção, deve ser feita de forma adequada, de modo a respeitar a densidade que lhe foi conferida pelo constituinte. Assim, norma infraconstitucional que restrinja o direito assegurado pela Constituição somente será válida se guardar a devida proporcionalidade e o respeito às demais cláusulas constitucionais. - A densidade do direito fundamental à aposentadoria diferenciada a que têm direito os professores de ensino infantil, fundamental e médio, não foi respeitada pelo legislador ordinário na disciplina estabelecida pelo artigo 29 da Lei 8.213/91, pois, ainda que se tenha por hígido, genericamente, o fator previdenciário, foi-lhes impingida, em rigor, com ofensa ao princípio da proporcionalidade, uma perda maior no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição, e isso simplesmente porque, justamente por força de norma constitucional, estão autorizados a se aposentar mais precocemente. - A sistemática estabelecida, ofende também o princípio da igualdade, consagrado no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, pois, como sabido, seu verdadeiro sentido compreende o tratamento diferenciado aos desiguais, na medida de suas desigualdades. Deixando de tratar o professor educação infantil e no ensino fundamental e médio na medida da desigualdade de sua situação específica em relação aos demais trabalhadores, a Lei 8.213/91, na redação que lhe foi dada pela Lei 9.876/99, violou o artigo 5º, caput da Constituição Federal. - Mesmo que o fator previdenciário, segundo a dicção do Supremo Tribunal Federal, no plano genérico, seja constitucional, o adequado tratamento à aposentadoria por tempo de contribuição dos professores que comprovem exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, pressupõe sistemática que considere não somente a mitigação dos efeitos da variável tempo de contribuição, mas, também, da variável idade, até porque esta tem influência mais incisiva na apuração do índice multiplicador em discussão (fator previdenciário). - Ao judiciário, de regra, não é dado atuar como legislador positivo, não se mostrando possível, assim, diante da inconsistência da sistemática estabelecida pela legislação de regência, determinar a alteração da fórmula do cálculo do fator previdenciário para os professores, ou mesmo a modificação das variáveis a serem consideradas na referida fórmula, de modo a mitigar, nos

termos em que reputar mais acertados (logo mediante juízo de discricionariedade incompatível com a atuação judicial), os efeitos da idade no resultado final a ser obtido. Só resta, assim, reconhecer, especificamente quanto aos professores da educação infantil e do ensino fundamental e médio, a inconstitucionalidade do fator previdenciário. - Reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso I do artigo 29 da Lei 8.213/91, sem redução do texto, e dos incisos II e III do § 9º do mesmo dispositivo, com redução de texto, pelo fato de não terem conferido à aposentadoria do professor de ensino infantil, fundamental e médio, direito fundamental que tem relevante densidade constitucional, adequado tratamento, com o consequente afastamento da incidência do fator previdenciário. (TRF4, ARGINC 5012935-13.2015.4.04.0000, CORTE ESPECIAL, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 08/07/2016)³⁹

A partir de então, o Tribunal Regional, distanciando-se da tese revisional inicial acerca da incidência do fator previdenciário (causa legal) em razão da especialidade da atividade, ao apreciar questão de prejudicial constitucional da aplicação específica na aposentadoria dos professores diante da ofensa ao princípio da proporcionalidade e igualdade material. Como resultado, em 2016, as 5ª e 6ª Turmas passaram a replicar a decisão da Corte Especial nos demais recursos.

Em 2017, quando foram distribuídos 261 recursos ou incidentes a partir da pesquisa com os verbetes já citados, já com o funcionamento das Turmas Suplementares de Santa Catarina e Paraná, em 12 de junho, a Terceira Seção (composta pelas 5ª e 6ª Turmas e Turmas Suplementares), afetou o tema (11) “incidência, ou não, do fator previdenciário sobre a aposentadoria de professor (Espécie 57)” como representativo de controvérsia em sede de IRDR,

³⁹ Vencidos os Des. Federais Romulo Pizzolatti, Fernando Quadros Da Silva e Marcio Antonio Rocha (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. ARGINC 5012935-13.2015.4.04.0000. Corte Especial. Relator: Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Porto Alegre, 08 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em: 16 jun. 2019).

determinando a suspensão, com imediata suspensão dos processos sobre o mesmo tema no âmbito da Quarta Região, inclusive aqueles do Juizado Especial (TRF4 5032523-69.2016.4.04.0000, terceira seção, Relatora Vânia Hack de Almeida, juntado aos autos em 19/06/2017)⁴⁰.

Por fim, diante da decisão declaratória de inconstitucionalidade e a afetação do tema em IRDR, com suspensão de todos os processos relacionados, em 2018, apenas 24 recursos ou incidentes foram analisados nas referidas Cortes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A controvérsia existente nas Turmas Recursais de Santa Catarina e no Tribunal Regional Federal da 4ª Região não resta sanada. Denota-se que a modificação do entendimento nas Turmas Recursais foi embasada em julgamento da Turma Nacional de Uniformização (TNU), com exceção da Primeira Turma, que manteve sua razão de decidir mesmo após a primeira uniformização favorável aos beneficiários (fundamentação por analogia à Lei Complementar n. 142/2013), em razão de argumentos dos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Verificou-se que a TNU, embora seja a Corte que tem por função precípua uniformizar o entendimento na seara dos Juizados Especiais Federais, em menos de um ano, após modificação da Corte, “reuniformizou” a controvérsia uniformizada anteriormente, gerando uma álea de insegurança jurídica, considerando que agora a jurisprudência é contrária ao pleito dos professores aposentados, sob fundamento de que o fator somente não deve ser aplicado à benefícios concedidos antes da vigência da Lei 9.876/1999.

⁴⁰ Pendente ainda de julgamento até a finalização deste artigo em 18 de junho de 2019. A consulta aos IRDRs do Tribunal Regional da 4ª Região pode ser realizada em: BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=irdr_listar&seq=194%7C967. Acesso em: 15 jun. 2019.

Ao menos, pode-se concluir que nas Turmas Recursais, a partir de fevereiro de 2017, é uníssona a jurisprudência direcionada a negar a revisão dos benefícios e reconhecer a legalidade do fator previdenciário na aposentadoria do professor.

No Tribunal Regional Federal da 4ª Região ocorreu uma das maiores reviravoltas nesse contexto. Isso porque, como visto, o Tribunal possui um histórico restritivo quanto à questão, afastando as teses revisionais. Entretanto, em 2016, a partir da arguição de inconstitucionalidade da aplicação do fator previdenciário na aposentadoria do professor, a Corte Especial – composta pelas Quinta e Sexta Turmas – acolheram o pedido da arguição em favor dos beneficiários, em prol da manutenção princípio da proporcionalidade e igualdade material por compreenderem que o legislador não conferiu tratamento adequado, sendo a Lei 9.876/1999 incompatível com a espécie.

Portanto, neste prisma, a jurisprudência do TRF4 e das Turmas Recursais de Santa Catarina divergem em absoluto no que toca à incidência ou não do fator, abstraindo-se do fundamento constitucional adotado pelo TRF4.

Em que pese no ano de 2016 os professores aposentados terem auferido sucesso junto ao TRF4 e 2017 as Turmas Recursais terem se fechado ao pleito, demonstra-se que a celeuma ainda possui mais um episódio: a afetação do tema como Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR (tema 11), que aguarda julgamento.

Importante ressaltar que o Código de Processo Civil, em seu artigo 985, prevê que após o julgamento do incidente a tese será aplicada “a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo

Estado ou região”⁴¹. Questiona-se, então, para uma futura análise: se o julgamento do IRDR for pela não incidência do fator previdenciário, como deverá ser tratada a jurisprudência uniformizadora da Turma Nacional na seara do microsistema dos Juizados Especiais? A Turma Nacional de Uniformização passa a ter sua função dispensável em razão da possibilidade de julgamento de IRDR pelo Tribunal?

Compreende-se, portanto, que a controvérsia ainda é evidente e os próximos eventos serão um desafio aos órgãos do Poder Judiciário apreciados em razão do aparente conflito entre suas decisões, efeitos e competências no âmbito de Cortes superiores.

REFERÊNCIAS

ACCADROLI, Jelson Carlos. A influência do fator previdenciário no cálculo do valor da aposentadoria. **Revista da Previdência Social**, São Paulo, v.25, n.249, p.581–583, 2001.

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 10.ed. Salvador: Juspodym, 2018.

AMARO, M. N. **Terceira reforma da previdência**: até quando esperar? Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2011. Textos para Discussão, 84. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD84-MeirianeNunesAmaro.pdf. Acesso em 15 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm. Acesso em: 16 jun. 2019.

⁴¹ BRASIL. **Lei n.13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em 16 jun. 2019.

BRASIL. Decreto n.6.772 de 30 de dezembro de 2008.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6722.htm. Acesso em: 16 jun. 2019.

BRASIL. Emenda constitucional n.20 de 15 de dezembro de

1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm. Acesso em: 16 jun. 2019.

BRASIL. Lei complementar n.142, de 8 de maio de 2013.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp142.htm. Acesso em: 15 jun. 2019

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Lei n.9.394 de 20 de dezembro de 1996. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 16 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.876, de 26 de novembro de 1999.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9876.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 16 jun. 2019.

BRASIL. Lei n.13.183, de 4 de novembro de 2015. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/

Lei/L13183.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. **Resolução n.9, de 18 de abril de 2011.** Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/hcd_Res%209%202011.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019

BRASIL. **Resolução n.33, de 8 de maio de 2018.** Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_adm.php?orgao=1&id_materia=3006012&reload=false. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. **Resolução n.34, de 20 de abril de 2014.** Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/diario/download.php?arquivo=%2Fvar%2Fwww%2Fhtml%2Fdiario%2Fdocsa%2Fde_adm_20170424161001_2017_04_24_a.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. **Resolução n.85, de 26 de outubro de 2010.** Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/hcd_Res852010.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2111-7/DF.** Tribunal Pleno. Relator: Min. Sidney Sanches. Brasília, 05 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **ARGINC 5012935-13.2015.4.04.0000.** Corte Especial. Relator: Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Porto Alegre, 08 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em: 16 jun. 2019.

BRASIL. **Incidente de resolução de demandas repetitivas.** Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=irdr_listar&seq=194%7C967. Acesso em: 15 jun. 2019.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 21.ed. Florianópolis: Conceito Gen Forense, 2018.

CECHIN, J.; CECHIN, A. D. Desequilíbrios: causas e soluções, *in*: TAFNER, Paulo; GIABIAGI, Fabio (orgs.). **Previdência no Brasil**: debates, dilemas e escolhas. Rio de Janeiro: Ipea, 2007.

DELGADO, G. Guilherme et al. **Avaliação de resultados da lei do fator previdenciário (1999-2004)**. Brasília: IPEA, 2006. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4329:td-1161-avaliacao-de-resultados-da-lei-do-fator-previdenciario-1999-2004&catid=308:2006&directory=1. Acesso em: 15 jun. 2019.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Dicionário analítico de previdência social**. São Paulo: Atlas, 2009. p.90.

LIMA, Diana Vaz et al. O impacto do fator previdenciário nos grandes números da previdência social. **Revista Contabilidade & Finanças da USP**, São Paulo, v.23, n.59, p.128-141, mai./jun./jul./ago., 2012. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rcf/article/view/48085/51854>. Acesso em 15 jun. 2019.

PENAFIERI, André Carvalho; AFONSO, Luís Eduardo. O impacto da mudança da regra de cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição do INSS: o fator previdenciário é atuarialmente justo?. **Economia Aplicada**, Ribeirão Preto, v.17, n.4, p.667-694, dez. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-80502013000400007&lng=en&nrm=iso. Acesso em 15 jun. 2019.

RACIONALIZAÇÃO, BUROCRACIA E POLÍTICA: UMA PERSPECTIVA WEBERIANA

Roger Laureano¹

RESUMO

O objetivo do presente artigo é desenvolver uma análise dos principais pontos da sociologia da burocracia tecida por Weber, incluindo as adaptações conceituais que foram feitas em sua aplicação no contexto brasileiro. Para tanto, torna-se necessário passar pelo conceito de racionalização da vida, que é um pressuposto da burocracia moderna, e seu conflito com a política. O artigo demonstra como a burocracia surgiu como um corpo racional pautado na impessoalidade e na hierarquia, especializado em tomar decisões técnicas. Em razão disso, ela é inadequada para tomar decisões morais que fujam da sua tecnicidade, especialmente na ordem política. No Brasil, por outro lado, fundou-se uma burocracia de caráter patrimonial, com muitos irracionalismos personalistas. A conduta do estamento burocrático brasileiro gera uma série de problemas na condução da coisa pública. Por fim, o artigo aponta a atualidade dos conceitos de Weber para refletir sobre o tema no mundo contemporâneo.

1 INTRODUÇÃO

A burocracia é um dos temas mais proeminentes e recorrentes da sociologia weberiana. Ela não é apenas um incômodo diário e entediante para os indivíduos das sociedades contemporâneas, mas uma consequência única e necessária do Estado moderno racionalizado. Em sua forma

¹ Doutorando em sociologia política pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Mestre pela mesma instituição. Vinculado ao Núcleo de Estudos do Pensamento Político (NEPP), realiza pesquisa na área de ciência política e sociologia. Professor titular das disciplinas de sociologia geral e antropologia e sociologia jurídicas na FUCAP Univinte. E-mail: rogergmlaureano@gmail.com.

atual, é um produto do capitalismo e das sociedades de massa que se ergueram no ocidente de maneira concomitante às democracias - algo que é ao mesmo tempo lógico e paradoxal. Este artigo tem por objetivo tratar dessas relações específicas, focalizando-se no pensamento de Max Weber e, por fim, na sua adequação à realidade brasileira. Para tanto, quatro passos analíticos devem ser seguidos: I) tratar da importância do processo moderno de racionalização da vida como motor do surgimento da burocracia em seus moldes contemporâneos; II) definir o que é a burocracia no pensamento de Weber; III) apresentar o necessário conflito entre os políticos e os burocratas, assim como seus possíveis riscos; e IV) analisar como a sociologia brasileira interpretou a burocracia local, ressaltando as diferenças da burocracia no Brasil e nos países em que as relações impessoais do Estado se desenvolveram de maneira mais sólida.

2 A RACIONALIZAÇÃO DA AÇÃO E O ESTADO MODERNO

Um processo ímpar nas sociedades capitalistas ocidentais é o de racionalização da vida e, em paralelo e relacionado ao mesmo tema, o desencantamento do mundo². A racionalização “é atualmente o tema reconhecido pela literatura especializada como uma questão-chave, senão mesmo como o tema essencial e primordial da sociologia weberiana”³.

² Que não vai ser desenvolvido neste artigo, mas está em relação intrínseca com o processo de racionalização. Este processo pode ser dividido entre histórico-religioso e histórico-científico. O caso histórico-científico está bem claro em *Ciência como vocação*: “a intelectualização e a racionalização crescentes não equivalem, portanto, a um conhecimento geral crescente acerca das condições em que vivemos. Significam, antes, que sabemos ou acreditamos que, a qualquer instante, poderíamos, bastando que quiséssemos, provar que não existe, em princípio, nenhum poder misterioso e imprevisível que interfira com o curso de nossa vida; em uma palavra, que podemos *dominar* o mundo, por meio da previsão. Equivale isso a despojar de magia o mundo.” WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 2011, p. 30. Mais sobre o assunto em: SCHLUCHTER, Wolfgang. **O desencantamento do mundo**: seis estudos sobre Max Weber. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2014 p. 31-52.

³ SELL, Carlos Eduardo. **Max Weber e a racionalização da vida**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2013. p.8.

Estamos tratando de um processo social que atingiu as mais variadas esferas da ação, cada uma à sua maneira, tanto em relação a fins quanto a valores, da religião à política. Sell e Schluchter tratam a racionalização de Weber em um esquema multidimensional, abrangendo três escopos: plano da orientação da ação, plano societário da coordenação da ação e o plano cultural da coordenação de sentido. O que mais nos interessa ao tratar de burocracia é o segundo plano, que Weber define de maneira específica ao tratar de questões econômicas no livro *Economia e Sociedade*, dividindo-o em duas formas.

Chamamos racionalidade *formal* de uma gestão econômica o grau de *cálculo* tecnicamente possível em que ela realmente aplica. Ao contrário, chamamos racionalidade *material* o grau em que o abastecimento de bens de determinados grupos de pessoas (como quer que se definam), mediante uma ação social economicamente orientada, ocorra conforme *postulados valorativos (qualquer que seja sua natureza)* que constituem o ponto de referência pelo qual este abastecimento é, foi ou poderia ser julgado⁴.

Portanto, a racionalidade formal vigora a partir da lógica, da impessoalidade e da calculabilidade; são condutas de viés universal, que partem de regras ou leis aplicáveis a todos, superando o personalismo antes comum nos sistemas político-sociais. A racionalidade material, por outro lado, possui condições ético-valorativas, que estão para além de um formalismo jurídico – por exemplo: regras de convívio social não formalmente escritas em lei, mas que os indivíduos conhecem e respeitam⁵. É importante ressaltar, no entanto, o

⁴ WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2003, p. 52.

⁵ Os outros dois planos também são tratados ideal-tipicamente de maneira binária: no plano da *orientação da ação*, divide-se em racionalização com relação a fins e racionalização com relação a valores; e no plano *cultural de coordenação de sentido* a dicotomia é estabelecida entre racionalidade teórica e racionalidade prática. Para mais informações sobre estes dois grupos, ver: SELL, Carlos Eduardo. *Op. Cit.*, p.96-97; 106-110.

estatuto metodológico – e não ontológico – da racionalidade em Weber.

A burocracia é uma consequência lógica da racionalização, principalmente em seu tipo formal, concretizada cada vez mais a partir da formação do Estado moderno e do desenvolvimento do capitalismo – que são dois elementos distintos da Modernidade, mas em íntima união⁶. O Estado, em sua célebre definição weberiana, é uma “comunidade humana que, dentro de determinado território – o ‘território’ faz parte da definição de Estado – reivindica para si (com êxito) o *monopólio da violência física legítima*”⁷. Ou seja, não basta o uso da violência física, ainda que monopolizada, ele precisa de legitimidade porque sem isso não há dominação, e sem dominação não há Estado⁸. Dominação, em sentido weberiano, não se refere aos grilhões de um mestre, mas à *obediência* encontrada em determinada ordem. Assim, a legitimidade de uma dominação é uma probabilidade *relevante* de ser reconhecida como tal, inclusive na prática⁹. Isso significa que o Estado só existe enquanto os dominados se submetem à autoridade reivindicada. Os motivos pelos quais os indivíduos se submetem ao poder são explicitados nos três tipos de dominação weberianos: legal, tradicional e carismático. No que diz respeito ao Estado moderno temos *principalmente a*

⁶ WEBER, Max. Parlamento e governo na Alemanha reorganizada. In: WEBER, Max. **Escritos Políticos**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015a.

⁷ WEBER, Max. A política como profissão e vocação. In: WEBER, Max. **Escritos políticos**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015b, p. 316.

⁸ Weber explica a sua preferência, nesse caso específico, pelo uso do conceito “dominação” e não “poder”. O conceito de “poder” é “sociologicamente amorfo”, ou seja, sem forma definida, ele está em todas as condições pelas quais alguém impõe sua vontade. **Economia e sociedade**. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2003, p. 33. Ele é, de certa forma, esparso, lembrando relativamente a definição de Michel Foucault do termo, que por alguma razão se tornou mais célebre, ou até mesmo Norbert Elias, que apresenta um tipo de poder muito mais cotidiano, embora ainda “palpável”. O conceito de dominação, por outro lado, é mais diagnosticável: é a “possibilidade de encontrar obediência para ordens específicas (ou todas) dentro de determinado grupo de pessoas” WEBER, Max. *Op. Cit.*, p. 139. Neste caso, o grupo seria a população inteira de um Estado. Cf: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 4ªed, 1984; e ELIAS, Norbert e SCOTSON, John. **Os estabelecidos e os Outsiders**: sociologia das pequenas relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2000.

⁹ WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2003, p. 141.

dominação legal-racional¹⁰ - que é, também, onde se encaixa a dominação burocrática -, mas não exclusivamente, pois a dominação de tipo carismático ainda aparece recorrentemente em líderes políticos e a de tipo tradicional continua usual, por exemplo, nos espaços religiosos e familiares. Consolidada a legitimidade da dominação e, por conseguinte, do Estado, este pode finalmente buscar o seu fim. Max Weber atribui uma finalidade ao Estado em *Ensaio de Sociologia*: “o fim absoluto do Estado é salvaguardar (ou modificar) a distribuição interna e externa de poder”¹¹, a partir de políticos eleitos, com regras eleitorais definidas por lei, em órgãos representativos dos indivíduos governados. Os políticos, uma vez que atingem o ápice da carreira, tem a prerrogativa da distribuição dos cargos e do parcial controle da máquina burocrática.

3 BUROCRACIA: *SINE IRA ET STUDIO*

“Num Estado moderno, o verdadeiro governo”, escreve Weber, se encontra “inevitavelmente nas mãos do funcionalismo”, já que o poder não está nos discursos parlamentares, mas “no manejo da administração na vida cotidiana”¹². Essa afirmação de Weber é extremamente forte e acarreta em grandes consequências políticas. A burocracia não é um fenômeno novo na história social. Alguns modelos administrativos semelhantes já haviam sido criados e se desenvolvido na China, na Índia e no principado romano, mas não da maneira racionalizada que Weber atribui aos Estados

¹⁰ Definida em termos breves como “o fundamento da obediência são as normas impessoais e as regras legais que foram estatuídas com a participação de todos e por todos devem ser aceitas”. SELL, Carlos Eduardo, **Introdução à sociologia política**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2006, p. 120.

¹¹ WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 383.

¹² WEBER, Max. Parlamento e governo na Alemanha reorganizada. In: WEBER, Max. **Escritos políticos**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015a, p. 167.

modernos¹³: era o que ele chamava de burocracia patrimonialista, que será tratada mais adiante.

O Estado democrático substituiu, em sua administração, o patrimonialismo feudal por funcionários civis altamente especializados. São membros embutidos na dominação legal, mas também responsáveis por ela. O direito consiste, de acordo com Weber, em um sistema de normas abstratas, e a administração da lei é justamente a aplicação dessa norma a casos particulares. Dessa maneira, o indivíduo que assume um cargo específico da máquina burocrática está subordinado a uma ordem “impessoal” e, continuamente na hierarquia, as pessoas sob seu domínio seguem a mesma premissa. A impessoalidade¹⁴ é uma característica marcante da burocracia; não importa quem é a *pessoa* que assume aquele cargo – qual a sua religião, suas origens, sua árvore genealógica, time de futebol, etc. -, mas sim o cargo que ele ocupa e as obrigações, direitos e deveres legais da função. Ou seja, quem obedece a uma autoridade o faz enquanto membro daquela associação política ou empresarial, não ao *indivíduo* que ocupa o cargo. No tipo ideal, a ordem de um juiz, por exemplo, é impessoal, é uma prerrogativa de sua função administrativa, não do juiz *enquanto pessoa* – até porque o cargo não é daquele indivíduo no sentido de *pertencer* a ele, é apenas *ocupado* temporariamente por ele. Os deveres são racionalmente delimitados.

A burocracia é extremamente volumosa e por isso mesmo é ela quem de fato governa¹⁵. É necessária uma

¹³ Por isso que é importante constatar que “a burocracia, quando analisada isoladamente, ou seja, como fenômeno atemporal, perde sentido, pois é por meio da racionalidade oriunda de um modo de produção específico que uma estrutura se ergue e se instaura”. FARIA, José Henrique; MENEGETTI, Francis Kanashiro. Burocracia como organização, poder e controle. *RAE*, v. 51, nº5, 2011, p. 426.

¹⁴ Constantemente retratada por Weber através da expressão “*sine ira et studio*” (sem ódio e sem preconceito). Este comportamento “frio” do aparato burocrático que torna o Estado moderno “menos acessível à moralização substantiva do que as ordens patriarcais do passado” WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 382.

¹⁵ Tudo que retratamos aqui é mais adequado aos Estados capitalistas, embora Weber tenha feito considerações sobre a burocracia em outros tipos de organizações socioeconômicas, como

organização contínua de cargos, com funcionários escolhidos a partir de competências específicas – através de concursos, por exemplo -, hierarquicamente ordenados com normas e regras técnicas. Além disso, um burocrata está sempre separado do seu meio de produção; a mesa em que ele trabalha não pertence a ele, nem os computadores, as canetas, os papéis, dentre outros elementos, e a apropriação destes objetos do Estado pelo indivíduo seria justamente uma forma de patrimonialismo. Além disso, registro de todas as atividades é característica básica de todo o funcionalismo público. O quadro administrativo burocrático representa o tipo mais puro de autoridade legal, e Weber a considera indispensável para a administração de massas – pessoas e objetos. Apenas uma sociedade excepcionalmente pequena poderia dispensar a dominação burocrática. Toda a vida cotidiana dos Estados modernos está encaixada nesse quadro social, que é o mais racional já conhecido no ponto de vista técnico-formal. Só pode ter a possibilidade de escapar dela – ou seja, considerando quem estaria *acima* de burocracia – o grande empresário capitalista e o político chefe de Estado. Um dominado só poderia se defender da burocracia criando uma organização própria, que também tenderia a se burocratizar. Esse tipo de funcionalismo é tão essencial para uma democracia de massas que ele não é interrompido nem em períodos de guerra quando o território é conquistado, “a questão é sempre: quem é que domina o aparelho burocrático existente. E essa dominação sempre só é possível de modo muito limitado ao não profissional”¹⁶. A necessidade de administração *contínua*,

Estados corporativos e socialistas. Estes últimos foram alvos de análises e “profecias” weberianas quando ele afirmou que o socialismo, para administrar as massas e também os meios de produção, seria obrigado a radicalizar ainda mais a burocratização que, nesse caso, seria um monopólio do Estado. Enquanto no capitalismo a burocracia estatal e a privada competem entre si, no socialismo a burocracia estatal reinaria absoluta: rumando ao “pacifismo da impotência social sob as asas do único poder certamente inevitável: a burocracia no Estado e na economia”. WEBER, Max. Parlamento e governo na Alemanha reorganizada. In: WEBER, Max. **Escritos políticos**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015a, p. 179.

¹⁶ WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2003, p. 146.

intensa e disciplinada que foi construída pelo capitalismo torna a burocracia indispensável ao mesmo tempo em que é “uma máquina” cujo funcionamento “é calculado racionalmente com base em certas normas gerais fixas”¹⁷.

Esse ritmo é possível porque os burocratas são agentes sociais altamente disciplinados. Weber define a disciplina como “a probabilidade de encontrar obediência pronta, automática e esquemática de uma ordem, entre uma pluralidade indicável de pessoas, em virtude de atividades treinadas”¹⁸. Isso significa que um burocrata aceita suas ordens superiores com rigor, apenas em virtude de sua relação formal de obediência, “sem tomar em consideração a opinião própria sobre o valor ou desvalor da ordem como tal”^{19 20}. Isso é válido tanto para o trabalho realizado em um escritório privado quanto em uma repartição pública, “do ponto de vista das ciências sociais, tanto o Estado moderno quanto a fábrica são ‘empresas’ (*Betrieb*). Essa é a sua característica historicamente específica”²¹. Os dois casos operam segundo preceitos racionalmente estabelecidos que tem, cada vez mais, estreitas relações com o desenvolvimento capitalista. Portanto, não estamos tratando de burocracia como sendo apenas aquela do funcionário público do Estado. O formalismo empregatício existe concomitantemente. As empresas capitalistas também se baseiam no cálculo e pressupõe que tanto o administrativo quanto o jurídico possam ser *preditos*. Ao realizar determinada ação, como, por exemplo, contratar um funcionário, uma empresa espera que, seguindo determinadas regulamentações, ela não sofra represálias relativas ao direito

¹⁷ WEBER, Max. Parlamento e governo na Alemanha reorganizada. In: WEBER, Max. **Escritos Políticos**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015a, p. 169.

¹⁸ WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2003, p. 33.

¹⁹ Fenômeno que não ocorre apenas com a disciplina, nem somente com a burocracia. Uma pessoa pode seguir perfeitamente o que uma lei ordena mesmo sem concordar com o conteúdo da mesma.

²⁰ WEBER, Max. *Ibid.* p. 140.

²¹ WEBER, Max. Parlamento e governo na Alemanha reorganizada. In: WEBER, Max. **Escritos Políticos**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015a, p. 168.

trabalhista; as ações acabam sendo ordenadas de forma a prever o funcionamento administrativo e legal. Desse ponto provém a necessidade de previsibilidade de normas e de regras racionais disponíveis.

Contudo, Olivieri aponta que a obediência dos burocratas àqueles que estão no poder não reside apenas na questão da legitimidade e da disciplina,

mas também em dois outros meios, que são particularmente atraentes para os burocratas: recompensa material (em suas diversas formas: feudos, prebendas, salário) e honraria social (que também assume diversos formatos: honra dos cavaleiros, privilégios dos estados, honra do servidor público)²².

Isso é muitas vezes algo que passa despercebido de muitas teorias sociais: há interesses por trás da impessoalidade, tanto materiais quanto imateriais. E aqui chegamos à política.

4 OS POLÍTICOS E OS BUROCRATAS: UM CONFLITO

Tanto o burocrata – excetuando, aqui, o da ordem privada - quanto o político acabam compartilhando um espaço no funcionalismo estatal. É indispensável às democracias contemporâneas a existência de partidos políticos competindo entre si por cargos nas instâncias parlamentares, seja bicameral ou unicameral, bem como o cargo máximo do Estado (que em alguns países, presidencialistas, se dá em uma eleição a parte, enquanto em outros, parlamentaristas, se dá como consequência das eleições parlamentares).

Os partidos são os mais importantes veículos políticos daqueles que são governados pela burocracia: os cidadãos. Weber define os partidos como “organizações criadas de maneira voluntária e voltadas a um recrutamento livre e

²² OLIVIERI, Cecília. Os controles políticos sobre a burocracia. *Revista de Administração Pública*, v. 45, nº5, p. 1401.

necessariamente sempre renovado de seus membros”²³, independente dos meios empregados para manter sua clientela. Nota-se que, além da analogia do Estado com a empresa, supramencionada, aqui ele faz algo parecido ao tratar os cidadãos como consumidores dos partidos. O objetivo de um partido, portanto, seria conquistar essa clientela, para assim obter votos em uma eleição para cargos políticos. São organizações voluntárias e não lucrativas – diretamente -, o que significa que elas devem ser financiadas, possuindo um núcleo de membros de alto escalão que pode ser dirigido por um líder ou por um grupo de pessoas eminentes. É a partir desse núcleo que chega o financiamento do partido, originário da relação com ricos patrocinadores, com cidadãos contribuintes, através de interesses econômicos que atraem investimentos ou indivíduos que buscam cargos políticos. O mesmo núcleo de liderança é o que define os programas políticos e econômicos do partido²⁴.

Esse padrão administrativo é aplicável com facilidade a uma ampla variedade de setores: governo, empresas, hospitais, igrejas, e assim por diante. Também existem cargos menores – em comparação a uma presidência – que são pretendidos e disputados por políticos, muitas vezes em setores estatais já dominados pelos burocratas.

Os partidos que disputam entre si o *status* de “chefe supremo” podem possuir duas características majoritárias: I) colocar o líder político no cargo máximo e, a partir disso, distribuir os recursos de acordo com a sua agenda, incluindo cargos estatais que seriam indicados a membros do seu quadro partidário²⁵; II) o outro grupo é de partidos ideológicos, que é destinado a concretizar ideais políticos *explícitos*.

²³ WEBER, Max. Parlamento e governo na Alemanha reorganizada. In: WEBER, Max. **Escritos políticos**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015a, p.170.

²⁴ A influência do cidadão comum em todo esse processo “só é levada em conta quando os programas e os candidatos se mostram adequados às possibilidades de com eles ganharem mais votos e, assim, serem escolhidos”. WEBER, Max. *Ibid.*, p.171.

²⁵ Esse tipo de organização partidária pode enfraquecer grupos burocráticos enquanto “castas”, mas leva facilmente à corrupção. WEBER, Max, *Ibid.*, p.172.

Contudo, normalmente “os partidos pertencem a ambos os tipos ao mesmo tempo”²⁶. Eles lutam pelo poder político para impor sua agenda ideológica explícita, mas uma vez inserido no governo tendem a distribuir cargos a seus membros internos – que também é uma espécie de recompensa pela ajuda na campanha, uma repartição dos espólios da vitória eleitoral. Os indivíduos distribuídos partidariamente costumam durar somente até que a hegemonia do partido no qual ele é filiado acabe. A disputa eleitoral burocratiza os próprios partidos políticos através da racionalização das técnicas de campanha, e “o poder dos partidos baseia-se, em primeiro lugar, na qualidade da organização dessas burocracias”²⁷. Por conseguinte, a burocracia, em sua dominação baseada no saber, pode até mesmo deixar os partidos dependentes da sua administração especializada.

A burocratização partidária, embora seja necessária, deve ser controlada porque, para Weber, este pode ser um grande problema político. Todo o poder dos burocratas pode trazer-lhes a ambição de tomar para si também o poder político. Apesar da especialidade técnica, existem coisas que os burocratas são incapazes de realizar, ou são pouco eficientes. Weber divide as limitações da dominação burocrática em três: i) A dificuldade, sob seu poder, de preservarmos qualquer resquício de liberdade individual; ii) Que garantia possuímos de que as forças capazes de controlar eficazmente a burocracia continuem vivas e, ainda inserido neste problema, como será possível a democracia como um todo se todas as decisões são tomadas por agentes não eleitos?; iii) A falta de vocação política dos burocratas no caso destes assumirem as rédeas governamentais.

O terceiro ponto é importantíssimo para o tema em debate. Existem amplas diferenças entre políticos e burocratas. Não se trata apenas do entretenimento das atividades, mas

²⁶ WEBER, Max, *Ibid.*, p. 173.

²⁷ WEBER, Max, *Ibid.*, 174.

efetivamente de uma distinção de *responsabilidade*. Ao funcionário cabe somente a obediência, mesmo que ele não concorde com a ordem dada. Dito isso, é necessário a ele distanciar-se da luta partidária e simplesmente cumprir suas funções técnicas de acordo com aquilo que foi estabelecido impessoalmente para o cargo em que ocupa. O político – podemos incluir conjuntamente o empresário, neste ponto – deve fazer exatamente o oposto: sua responsabilidade é *pessoal*. Ele, enquanto dono de uma empresa, como presidente ou primeiro ministro, tem a responsabilidade de tomar as decisões do grupo ao qual comanda. Neste sentido, não pode ser simplesmente uma máquina impessoal, muitos temas de governo não possuem soluções técnicas e refletem embates éticos que não possuem respostas consensuais. Uma vez tomada a decisão, ela é transmitida aos funcionários e, estes sim, desde que as instruções venham de instâncias superiores, devem atuar como manda o manual, pois está no seu “*ethos*” o cumprimento dessa ordem, não configurando apenas um dever, “mas sim até uma honra cumpri-la como se correspondesse à sua própria convicção”²⁸.

Como alguém que tem orgulho de acatar ordens poderia eficientemente comandar a política de um país? Constantemente um chefe de governo se depara com dilemas éticos e morais (ou seja, não técnicos), dos quais uma decisão tem de ser tomada. Isto exigira uma liderança política real. Sendo assim, Weber escreve que

A dominação dos funcionários *falhou completamente* sempre que teve de se ocupar de questões políticas. Isso não aconteceu por acaso. Seria, antes, surpreendente se capacidades intrinsecamente tão distintas coincidissem dentro da mesma estrutura política. Como já foi dito, não é próprio de um funcionário participar de conflitos políticos com suas convicções pessoais [...]. Pelo contrário, seu orgulho é proteger

²⁸ WEBER, Max. Parlamento e governo na Alemanha reorganizada. In: WEBER, Max. **Escritos Políticos**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015a, p.180.

sua imparcialidade e, portanto, poder superar suas próprias inclinações e opiniões²⁹.

Para Weber, a burocracia vem efetuando eficientemente o seu trabalho sempre que lhe é exigido justamente aquilo que lhe caracteriza: *know-how* técnico e informações oficiais – muitas vezes sigilosas – adquiridas através da administração para fundamentar suas ações. O problema é quando lhes é atribuída outras responsabilidades até mesmo opostas às suas funções.

A solução do terceiro problema da burocracia é justamente seu afastamento da vida política. E de onde brotariam as grandes lideranças partidárias? A “forma parlamentar poderia ser uma escola de formação de lideranças políticas, desde que seu papel político fosse reforçado”³⁰. O “reforço” aconteceria principalmente através do papel do que Weber chamava de “política positiva”, que significaria dar ao parlamento a prerrogativa de tomar medidas efetivas, de praticar uma ação política, não apenas vetar aquilo que o executivo determinar³¹. Somente assim os políticos podem exercer um papel importante no pensamento weberiano: “os políticos devem ser a força de equilíbrio contra a dominação burocrática”³². O que não se reflete em uma extinção deste. O foco de Weber no contraponto ao engessamento burocrático se deu pela sua realidade histórica: ele observou na prática a burocracia alemã de sua época assumindo funções políticas com medidas extremamente ineficientes. Dessa maneira, pôde enxergar em primeira mão um dos efeitos lesivos dessa miscelânea imprópria entre política e burocracia. Outros

²⁹ WEBER, Max. *Ibid.*, p.195.

³⁰ SELL, Carlos Eduardo. Democracia como liderança. *Revista Brasileira de Ciência Política*, 2011, p. 147.

³¹ Olivieri complementa: “outra forma de resistência dos políticos ao aumento de poder dos burocratas é gerar disputas ou concorrência entre especialistas (o dirigente questiona um especialista por meio de outro para chegar a uma conclusão própria e ter certeza de que não lhe foram sugeridas decisões arbitrárias)”. OLIVIERI, Cecília. *Op. Cit.*, p.1403.

³² WEBER, Max. *Op. Cit.*, p.46.

possíveis resultados, no entanto, puderam ser observados posteriormente no Brasil.

5 ESTAMENTO BUROCRÁTICO PATRIMONIALISTA: O CASO DO BRASIL

Uma das mais célebres teorias sociológicas nacionais aponta para o fato de que o Brasil, diferentemente do mundo europeu, não desenvolveu uma burocracia impessoal racionalizada. Segundo a clássica tese, a burocracia brasileira se caracteriza pelo *patrimonialismo*, fundamentada na personalidade do indivíduo que exerce o cargo sem distinguir aquilo que é sua propriedade e aquilo que, ainda que objeto do seu trabalho, pertence ao Estado. Ou seja, mesmo que legalmente existente, na prática não há separação entre o funcionário público e o seu meio de produção. É, portanto, uma burocracia desprovida da racionalidade apontada por Weber. Raymundo Faoro chega a defini-la como o “primado do irracional³³, mesmo se temperado com técnicas racionais”³⁴.

As dificuldades em separar o público do privado já estavam presentes em interpretações mais antigas sobre o Brasil. Na famosa definição do *Homem Cordial*, Sergio Buarque de Holanda ressalta os traços personalísticos da cultura brasileira:

Para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado

³³ Nesse sentido, e também em razão de sua origem, na terminologia weberiana o estamento burocrático patrimonial é mais uma dominação tradicional que racional-legal. Na sociologia de Weber há três tipos de associações administrativas: burocrática racional, patrimonialista e carismática, cada uma correspondendo a um tipo específico de dominação. Cf. DERMAN, Joshua. **Max Weber in Politics and Social Thought**: from charisma to canonization. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 154.

³⁴ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2012, p. 820.

burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas dos cidadãos³⁵.

Dessa forma, ainda que a cordialidade brasileira seja vista como uma característica nacional marcante, ela gera uma cultura de priorização do familiar e do pessoal em ambientes impróprios. Como consequência, no âmbito estatal a cordialidade “é inadequada ao funcionamento da democracia e da burocracia, que exigem normas e leis abstratas que sejam aplicados a todos da mesma forma”³⁶. A indevida união entre poder público e poder privado foi diagnosticada em muitos fenômenos políticos brasileiros, como o *coronelismo*³⁷, e perpassa toda a história do país desde o período colonial.

Suas raízes coloniais caracterizam uma das fundações do problema: o amálgama entre o político e o burocrático. A burocracia em Portugal – que depois cruzou os mares na fundação do Estado brasileiro – surgiu diretamente do poder pessoal do rei, com a nobilitação de funcionários e o estabelecimento precoce de um capitalismo politicamente orientado. Este poder pessoal também se solidificou no Brasil após a independência, orbitando o Poder Moderador do Império e, posteriormente, adaptando-se, no período republicano, às novas conformações do Estado. As raízes coloniais do patrimonialismo brasileiro devem ser analisadas como um traço histórico do estamento burocrático nacional, não como um determinismo de origem: muito mais resistente ao mundo moderno do que o feudalismo que Portugal destruiu tão precocemente, o patrimonialismo resiste não como uma simples e fatalista consequência do passado, mas pela sua adaptabilidade às mudanças.

³⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 175.

³⁶ WEGNER, Robert. **Caminhos de Sérgio Buarque de Holanda**. BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lília. **Um enigma chamado Brasil**: 29 intérpretes e um país. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 217.

³⁷ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o sistema representativo brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

O entrelaçamento entre burocracia e política acabou criando uma ruptura no Brasil, fundando como que duas ordens, “a sociedade e o estamento”, “desconhecidas e opostas”, que “navegam por portos antípodas”³⁸. Enquanto a sociedade se resguarda na mera esperança do futuro, o estamento burocrático paira sobre as classes sociais com verniz aristocrático, em uma estabilidade duradoura. Acredita-se uma elite tecnocrática, mas sob seu procedimento obnubilase a vontade pessoal e a tomada do poder público por agentes privados, conformando um poder que se estabelece, em oposição aos princípios democráticos, de cima para baixo. Sua durabilidade depende de um instinto muito aguçado de autopreservação e adaptabilidade, sendo capaz de cooptar para o sistema todos aqueles que poderiam lhe ameaçar, como o setor empresarial e as massas; os primeiros através de créditos e concessões de vantagens, e os outros por benesses assistencialistas e transferências de renda³⁹. É importante ressaltar que essas medidas não são exclusivamente instrumentos de cooptação, caracterizando-se como tal apenas quando utilizados através de réguas personalísticas politicamente orientadas, visando o benefício dos amigos do estamento burocrático, em oposição ao crédito ou à transferência de renda tecnicamente mobilizados em avaliações impessoais.

A sociologia brasileira, por vezes de maneira indireta, acabou confirmando de maneira complementar muitas teses de Weber quanto às características da burocracia, tanto a partir de sua estrutura deformada em impessoalidade, incluindo as consequências da ausência de uma separação adequada entre público e privado, quanto a partir da observância de outra versão dos possíveis malefícios do entrelaçamento da burocracia com a política. Aqui não se trata da jaula

³⁸ FAORO, Raymundo. *Op. Cit.*, p. 828.

³⁹ Cf: CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 261.

impermeável na qual um agente treinado para a obediência se encontra em posição de tomar decisões, mas de uma duradoura aliança na tomada do Estado, realizada através da união do político com o burocrático.

6 O PRESENTE E O FUTURO DA BUROCRACIA

Weber escreve em tons proféticos que “à burocratização pertence o futuro”⁴⁰. Considerando que a frase foi proferida no começo do século XX, já é possível afirmar seu alto grau de precisão. A burocracia representa o ápice do movimento de racionalização que começou no ocidente na era Moderna, e se demonstrou um resistente instrumento de poder, possuindo, de fato, a governança do Estado através da rotina administrativa.

Em razão da força não eleitoral do aparato burocrático, Weber assistia com desconfiança esse acúmulo de poder; sem dúvida alguma o funcionalismo era necessário para as democracias de massa, mas até onde ele deveria se estender? O contraponto claro apresentado pelo sociólogo alemão foi a política. Enquanto a burocracia se caracteriza pela obediência às ordens hierárquicas – e se orgulha disso, *sine ira et studio* -, algumas decisões predominantemente morais, sem apelos técnicos, só podem ser tomadas por uma liderança política. A tomada do poder político pelo aparato burocrático traria péssimas consequências ao Estado. Não se trata, contudo, de destruir a burocracia, mas deixá-la cumprir a função que lhe cabe. Sem burocracia não há produção capitalista – e menos ainda socialista. De qualquer forma, ela se mostrou bastante resistente a qualquer tentativa de mudança⁴¹, conseguindo se adaptar às transformações recentes do mundo contemporâneo,

⁴⁰ WEBER, Max. *Op. Cit.*, p. 176.

⁴¹ A resistência da burocracia à destruição como uma das principais preocupações de Weber. Cf: TRAGTENBERG, Maurício. **Burocracia e ideologia**. São Paulo: Ática, 1974.

como nas propostas de reformas administrativas⁴², e ganhou sobrevida mesmo com o advento da informática e da tecnologia da informação⁴³.

Assim Weber retrata sua indestrutibilidade:

Em relação a outros portadores históricos da moderna ordem racional da vida, a burocracia destaca-se por sua *inevitabilidade* bem maior. Não há exemplo histórico conhecido em que ela tenha voltado a desaparecer depois de ter conseguido a dominação completa e exclusiva – como na China, no Egito e, de forma menos consistente, no Império Romano tardio e em Bizâncio -, a não ser quando toda a cultura que a sustentava ruía por completo⁴⁴.

A discussão, portanto, não se encontra no âmbito da sua importância ou da possibilidade de encerrá-la, mas quais devem ser os seus limites – no caso específico de Weber, os limites políticos.

No Brasil há questões de outra natureza. Com a força patrimonialista que ronda os estamentos burocráticos, em outro tipo de amálgama entre funcionalismo e política, o problema não se encontra apenas nos limites. A falta de divisão clara entre público e privado - bem como da falta de separação entre o funcionário público e seu meio de produção -, gera problemas administrativos graves como improbidade administrativa, prevaricação, corrupção passiva, ativa e desvio de dinheiro público. As perspectivas futuras não parecem positivas. Em razão de sua alta adaptabilidade, Faoro aponta que os estamentos burocráticos patrimoniais resistiram a uma “viagem de seis séculos”, caracterizando-se como “uma estrutura político-social” que “resistiu a todas as transformações fundamentais, aos desafios mais profundos, à travessia do

⁴² POLLITT, Christopher; BOUCKAERT, Geert. Avaliando reformas da gestão pública: uma perspectiva internacional. **Revista do Serviço Público**, n. 3, jul./set. 2002.

⁴³ MEDEIROS, Paulo Henrique; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. O estágio do governo eletrônico no Brasil em relação ao contexto mundial. **Revista do Serviço Público**, n. 1 e 2, jan./jul. 2004.

⁴⁴ WEBER, Max. *Op. Cit.*, p.176.

oceano largo"⁴⁵. Nos noticiários dos recentes anos da Nova República brasileira, as páginas da política foram substituídas pelas páginas policiais, em uma incessante demonstração da resiliência da estrutura apresentada por Faoro e outros intérpretes do país. Diante dessa configuração, a importância das reflexões de Weber sobre racionalismo, burocracia e política não se limitam ao seu conteúdo profético do passado, mas à sua atualidade para compreender o presente e pensar o futuro.

REFERÊNCIAS

CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

DERMAN, Joshua. **Max Weber in politics and social thought: from charisma to canonization**. New York: Cambridge University Press, 2012.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John. **Os estabelecidos e os outsiders**: sociologia das pequenas relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2000.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2012.

FARIA, José Henrique de; MENEGHETTI, Francis Kanashiro. Burocracia como organização, poder e controle. **RAE**, v. 51, nº5, pp. 434-439, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 4. ed, 1984.

⁴⁵ FAORO, Raymundo. *Op. Cit.*, p. 819.

HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e regime representativo no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

MEDEIROS, Paulo Henrique; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. O estágio do governo eletrônico no Brasil em relação ao contexto mundial. **Revista do Serviço Público**, n. 1 e 2, jan./jul. 2014.

OLIVIERI, Cecília. Os controles políticos sobre a burocracia. **Revista de Administração Pública**, v. 45, nº5, pp.1395 – 1424, 2011.

POLLITT, Christopher; BOUCKAERT, Geert. Avaliando reformas da gestão pública: uma perspectiva internacional. **Revista do Serviço Público**, n. 3, jul./set. 2002.

SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à sociologia política**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2006.

SELL, Carlos Eduardo. Democracia como liderança. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n.5, pp 139-166, 2011.

SELL, Carlos Eduardo. **Max Weber e a racionalização da vida**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2013.

SCHLUCHTER, Worffgang. **O desencantamento do mundo**: seis estudos sobre Max Weber. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2014.

TRAGTENBERG, Maurício. **Burocracia e ideologia**. São Paulo: Ática, 1974.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WEBER, Max. **Economia e sociedade** (Vol. 1). Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2003.

WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 2011.

WEBER, Max. Parlamento e governo na Alemanha reorganizada. *in*: WEBER, Max. **Escritos políticos**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015a.

WEBER, Max. A política como profissão e vocação. *in*: WEBER, Max. **Escritos políticos**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015b.

WEGNER, Robert. Caminhos de Sérgio Buarque de Holanda. *in*: BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lília. **Um enigma chamado Brasil**: 29 intérpretes e um país. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

O Curso de Direito da FUCAP, objetiva de forma geral formar bacharéis que congreguem o saber jurídico tradicional e dogmático com uma formação multidisciplinar e empreendedora, com capacidade para enfrentar os desafios do mundo jurídico contemporâneo, consciente do seu papel como agente de transformação social, na busca constante pela Justiça e pela pacificação dos conflitos.



EDITORA FUCAP

ISBN 978-85-66962-17-8



9788566962178