



Direito UNIFLU: 60 anos

EDIÇÃO COMEMORATIVA



EXPEDIENTE

FUNDAÇÃO CULTURAL DE CAMPOS
CENTRO UNIVERSITÁRIO FLUMINENSE – UNIFLU

REITORA

Profa. Dra. Inês Cabral Ururahy de Souza

PRÓ-REITOR DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO

Prof. Dr. Cristiano Simão Miller Pró-Reitor

COORDENADORA DE PESQUISA E EXTENSÃO

Profa. Dra. Jacqueline da Silva Deolindo

PROCURADORA INSTITUCIONAL E COORDENADORA ACADÊMICA

Profa. Me. Marcele Xavier Tôrres

COORDENADORA DO CURSO DE DIREITO DO UNIFLU

Profa. Dra. Inês Cabral Ururahy de Souza

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DE CAMPOS

ISSN 1980-7570

EDITOR-CHEFE

Prof. Dr. Marcelo Lessa Bastos (UNIFLU)

CORPO EDITORIAL

Prof. Dr. Carlos Alexandre de Azevedo Campos (UERJ)

Prof. Dr. Cristiano Simão Miller (UNIFLU)

Prof. Me. Christiano Abelardo Fagundes Freitas (UNIFLU)

Profa. Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes (Yale University; Universidad Complutense de Madrid)

Profa. Dra. Inês Cabral Ururahy de Souza (UNIFLU)

Profa. Dra. Jacqueline da S. Deolindo (UNIFLU; UFF)

Prof. Dr. Juan José Martín Arribas (Universidade de Burgos)

Prof. Dr. Marcelo Lessa Bastos (UNIFLU)

Profa. Me. Maria Amélia Belisário da Silva (UNIFLU)

Profa. Dra. Nuria Belloso Martín (Universidade de Burgos)

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de
Campos 2020, Volume 5, nº 1, Campos dos Goytacazes;
Ed. FDC, ano de 2020.
1. Direito – Periódicos. I. Faculdade de Direito de Campos.
ISSN-1980-7570



SUMÁRIO

Editorial

APRESENTAÇÃO	1
--------------	---

Marcelo Lessa Bastos

Memorial

A TRAJETÓRIA HISTÓRICA DO CURSO DE DIREITO DO UNIFLU TRADIÇÃO, QUALIDADE, MODERNIDADE RUMO AO FUTURO	3
---	---

Inês Cabral Ururahy de Souza, Christiano Aberlado Fagundes Freitas

Artigos

FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA CLAUDICANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	14
--	----

Marcelo Lessa Bastos

AVIACIÓN Y COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIÓN EN LA UE: PROBLEMAS, LOGROS Y DESAFÍOS	53
--	----

Juan José Martín Arribas

ALGUNOS RETOS PARA LA FILOSOFÍA JURÍDICA ACTUAL: LAS POSIBILIDADES DE UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL	85
---	----

Nuria Belloso Martin

A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO UM DOS PILARES DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO	113
---	-----

Rafael Crespo Machado

A GLOBALIZAÇÃO NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO	121
---	-----

Inês Cabral Ururahy de Souza

UMA BREVE HISTÓRIA DO SURGIMENTO DO FEMINISMO NO BRASIL 134

Sana Gimenes **Alvarenga Domingues**

Relatos de experiência

RELATOS DE EXPERIÊNCIA NA COORDENAÇÃO ACADÊMICA DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO DO TRABALHO NO UNIFLU: MEMÓRIAS 144

Christiano Abelardo Fagundes Freitas

O NÚCLEO DE PRÁTICAS JURÍDICAS E A SUA DIMENSÃO SOCIAL 152

Cleita Lilian Correia dos Santos

Dossiê

A EXPERIÊNCIA ANDRAGÓGICA DE EDUCAÇÃO E PRODUÇÃO TEXTUAL CIENTÍFICA DO GRUPO DE PESQUISA INTERINSTITUCIONAL SOBRE DESENVOLVIMENTO MUNICIPAL REGIONAL (UENF/UNIFLU/CNPq) 158

Auner Pereira Carneiro, **Mirian Fontenele Dylmar Penteado Dias**

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO DIREITO PÚBLICO: A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NAS RELAÇÕES ESTADO E CIDADÃO 169

Auner Pereira Carneiro, **João Emílio de Assis Reis**

O NÚCLEO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICAÇÃO OU NÃO 198

Auner Pereira Carneiro, Conceição de Maria Silva dos Santos

O RESPEITO AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA APÓS DISPENSA DE PROCESSO LICITATÓRIO MOTIVADO POR SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA 220

Valdeci Ataíde Capua, Margareth Brandina Barbosa, Auner Pereira Carneiro

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO LÍCITO E RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO ABUSIVO AO DIREITO BRASIL.1988-2020 236

Auner Pereira Carneiro, Luiz Felipe Ribeiro Gomes Capaverde

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A INFLUÊNCIA DA DOCTRINA E AS PRÁTICAS DE DIREITO REPRESSIVO, AUTÔNOMO E RESPONSIVO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 255

Auner Pereira Carneiro, Evandro Monteiro de Barros Junior

EDITORIAL**APRESENTAÇÃO**

Apresento à comunidade acadêmica a edição comemorativa da nossa Revista, por ocasião das comemorações do sexagenário da Faculdade de Direito de Campos, hoje curso de Direito do UNIFLU (Centro Universitário Fluminense).

Nesta edição, resgata-se a história da antiga Faculdade, de seus fundadores e seus atos regulatórios. Totalmente repaginado e com outra natureza jurídica, o curso de Direito do UNIFLU mantém inalterado o seu compromisso com a excelência do ensino, a alta qualificação de seu corpo docente e o compromisso com a formação de egressos capazes de alcançarem patamares de excelência na operação do Direito, seja através do exercício da advocacia, seja através da ocupação de cargos públicos nas mais diversas carreiras de Estado e suas estruturas administrativas.

Fazer a diferença é o nosso compromisso!

Neste diapasão, este veículo de produção acadêmica e difusão do conhecimento é um espaço plural, que se mantém sempre aberto a todas as correntes de pensamento jurídico, das mais variadas ideologias, orgulhando-se de captar as divergências e fornecer aos seus leitores os subsídios necessários para construir o seu próprio pensamento, sobre os mais variados temas do Direito.

Aqui se enxerga quem pensa diferente não como um adversário, mas como um parceiro na construção de um ordenamento jurídico plural e democrático.

Contribuir com a formação da opinião crítica é a nossa missão!

Agradeço ao Centro Universitário Fluminense a confiança em mim depositada na condução da editoria deste festejado periódico, e em seu nome aos coautores desta edição que, com sua expertise, fizeram desfilar o fulgor de suas sapiências nessa passarela do pensamento, maior patrimônio da Fundação Cultural de Campos, nossa mantenedoura.

Sem mais delongas, convido todos à leitura dos textos que figuram nessa edição comemorativa, que trazem à reflexão os mais relevantes temas da literatura jurídica, nacional e internacional.

Professor-Doutor MARCELO LESSA BASTOS

Editor-Chefe

MEMORIAL



**A TRAJETÓRIA HISTÓRICA DO CURSO DE DIREITO DO UNIFLU:
TRADIÇÃO, QUALIDADE, MODERNIDADE RUMO AO FUTURO**

**EL CAMINO HISTÓRICO DEL CURSO DE DERECHO DE UNIFLU:
TRADICIÓN, CALIDAD, MODERNIDAD HACIA EL FUTURO**

**THE HISTORICAL PATH OF UNIFLU LAW COURSE:
TRADITION, QUALITY, MODERNITY TOWARDS THE FUTURE**

Inês Cabral Ururahy de Souza¹
Christiano Abelardo Fagundes Freitas²

Quando história e memória se unem, para contar a trajetória de uma grande Instituição, é tempo de apontar avanços, transformações, adequações que

¹ Reitora e Professora Titular Permanente do Centro Universitário Fluminense (UNIFLU), onde também coordena, atualmente, o curso de Direito. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Fluminense (1994), graduação em Letras pela Faculdade de Filosofia de Campos (1973), graduação em Pedagogia pela Universidade Augusto Motta (1975), mestrado em Direito pela Universidade Gama Filho (1999) e doutorado em Direito pela Universidade de Burgos (2003) com revalidação na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Tem como principais interesses de pesquisa Direitos Humanos e Direito Educacional. E-mail: inesururahy@bol.com.br.

² Graduado em Direito com pós-graduação em Direito e em Língua Portuguesa. Advogado militante. Vice-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) RJ 12ª Subseção (2019/2021). Presidente da Comissão Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da OAB RJ 12ª Subseção (2019/2021). Vice-presidente da Academia Campista de Letras (2020-2021). Coordenador acadêmico do Curso de Letras do Centro Universitário Fluminense (UNIFLU), empossado em outubro de 2019. Professor universitário, integrando o corpo docente da Universidade Cândido Mendes, da UNIVERSO, do curso de Direito do UNIFLU e da Escola Superior de Advocacia. Coordenador de cursos de pós-graduação em Direito do Trabalho, Direito Previdenciário e Direito Processual do Trabalho. E-mail: fagundes.3@hotmail.com.

permitiram o diálogo no espaço-tempo, de momentos, personagens, acontecimentos que marcaram sua evolução, possibilitando que alcançasse o presente, com credibilidade e reconhecimento da comunidade acadêmica e da comunidade externa.

A Faculdade de Direito de Campos (FDC) nasceu como Instituição de Ensino Superior na antiga Estação de Bonde, caminhando paralelamente à história de Campos dos Goytacazes e se consolidando, academicamente, na região.

Quanto ao Curso de Direito do Centro Universitário Fluminense (UNIFLU), este foi reconhecido em 12 de fevereiro de 1960 pelo Decreto Federal nº 55754 de 12/02/1965. Sua publicação ocorreu no diário Oficial da União em 12/03/1965, pela autorização do Decreto Federal nº47662 de 19/01/1960, publicado no diário Oficial em 25/01/1960, representando importante passo para a vida acadêmica de Campos e seu entorno.

O Curso passa a ser oferecido pela Faculdade de Direito de Campos (FDC) e só mais tarde passa a integrar o Centro Universitário Fluminense (UNIFLU), uma Instituição de ensino superior com sede na cidade de Campos dos Goytacazes e composta pelas seguintes Faculdades: Faculdade de Direito de Campos (FDC), Faculdade de Filosofia de Campos (FAFIC) e Faculdade de Odontologia de Campos (FOC).

O UNIFLU foi credenciado pela Portaria nº 3.433, de 22 de outubro de 2004, publicada no Diário Oficial da União em 25 de outubro de 2004, consolidando-se como um *Campus* Universitário no Norte Fluminense e, desde então, vem realizando um trabalho que visa ampliar o diálogo entre a teoria e a prática do Direito.

Nesse compasso histórico, em 07 de março de 1960, com autorização concedida pelos órgãos competentes, foi ministrada a primeira aula da Faculdade de Direito de Campos, iniciando a história dessa Instituição que influenciou e continua a influenciar os rumos da sociedade. Compuseram o corpo docente³:

1. HELOÉCIO GOMES DE ARAÚJO;
2. CELSO ARAÚJO TAVARES;
3. AMARO MARTINS DE ALMEIDA;
4. DÉCIO FERREIRA CRETON;

³ Informação prestada pela discente da 1ª turma, Dra. Ângela Peixoto, no dia 27/01/2020. Caso algum nome não tenha sido mencionado, já, antecipadamente, pedimos desculpas.

5. ALDANO SÉLLOS DE BARROS;
6. RUBENS HENRIQUE MAIA;
7. OSVALDO SILVA;
8. NILSON LOBO DE AZEVEDO.

O corpo discente foi o seguinte:

1. ALAYDE ALVES FERREIRA;
2. AMARO JOSÉ NUNES DE ABREU;
3. ANGELA MARIA DE CARVALHO PEIXOTO;
4. AYLTON DAMAS DOS SANTOS;
5. CICERO GOMES DA SILVA;
6. EMILIO HÉRBERTON JUNCÁ;
7. FERDINANDO LEONARDO LAURIANO;
8. GETÚLIO RIBEIRO DE ALVARENGA;
9. GUARACY BALBI RESPICIO SANFIM CARDOSO;
10. GUY LOBATO AUGÉM HYRAM TINOCO BOTELHO;
11. IGNEZ DE MARIA CARVALHO PEIXOTO;
12. IZABEL PIRES SEIXAS, JACQUES MALAMUD;
13. JOSÉ JOAQUIM RIBEIRO GUEDES;
14. JOSÉ MAGNO PESSANHA;
15. JOÃO DE DEUS SOARES PESSANHA;
16. JOÃO MANOEL DA SILVA TAVARES;
17. JUAREZ LOPES RODRIGUES;
18. LUCIANO AUGUSTO BASTOS;
19. MARLENE ANTUNES LAURIANO;
20. ROBERTO MARINHO MEDRADO;
21. RONALDO NOGUEIRA DE AZEVEDO FARIA.

Foto 1: Placa memorial da primeira turma da Faculdade de Direito de Campos



Fonte: Gilberto Ribeiro Viana, 2020.

Em 09/03/2001, além do prédio histórico que já ocupava desde sua implantação, é inaugurado um anexo, construído com 7 andares, 20 salas e área de convivência social. O prédio foi erguido exatamente no local onde, em outros tempos, funcionara o refeitório da antiga Escola de Aprendizes Artífices.

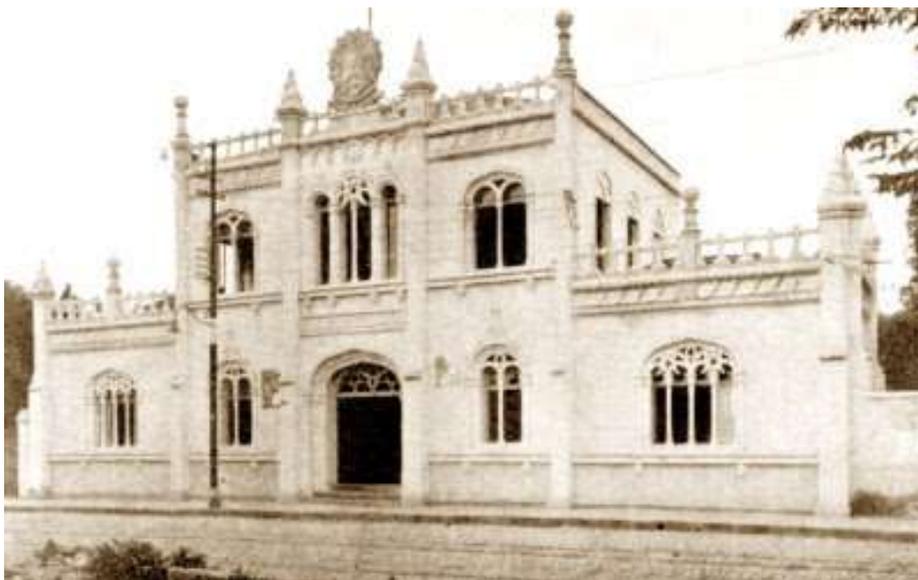
Foto 2: Escola de Aprendizes Artífices



Fonte: Acervo IFF.

Na foto abaixo, temos a fachada do prédio histórico.

Foto 3: Fachada do prédio histórico



Fonte: Acervo UNIFLU.

Na sequência, fotos atualizadas da fachada:

Foto 4: Imagens atualizadas do prédio histórico



Fonte: Gilberto Ribeiro Viana, 2020.

Por fim, temos a imagem do novo prédio, construído em anexo para abrigar crescentes turmas.

Foto: Novo prédio da Faculdade de Direito de Campos



Fonte: Gilberto Ribeiro Viana, 2020.

Atualmente, a Reitoria do Centro Universitário Fluminense/UNIFLU está composta pelos Professores Doutores Inês Cabral Ururahy de Souza e Cristiano

Simão Miller, tendo como Presidenta da Mantenedora (Fundação Cultural de Campos), a Professora Doutora Annelise Maria de Oliveira Wilken de Abreu.

O Corpo Docente do Curso de Direito, sempre altamente qualificado, é composto, em 2020, por especialistas, mestres e doutores, cujo rol segue abaixo:

1. ALEXANDRA VALESCA MAGACHO LESSA;
2. ANA LÚCIA SANGUEDO BOYNARD MENDONÇA;
3. ANDRAL NUNES TAVARES FILHO;
4. ANDRÉ VASCONCELOS DA PAIXÃO;
5. ANTÔNIO JOSÉ BARBOSA NETO;
6. AUNER PEREIRA CARNEIRO;
7. CARMEN EUGÊNIA SAMPAIO DE LEMOS GOMES;
8. CAROLINE DE ALMEIDA DELGADO;
9. CECÍLIO PEIXOTO GOMES NETO;
10. CÉLIA MARIA RANGEL NOGUEIRA;
11. CHRISTIANO ABELARDO FAGUNDES FREITAS;
12. CLEITA LILIAN CORRÊA DOS SANTOS;
13. CRISTIANO SIMÃO MILLER;
14. DAIANA ATAÍDE DA SILVA
15. DANIEL ANDRADE RANGEL;
16. ELIANI VIEIRA MACABU;
17. FÁBIO PIRES MILER RODRIGUES;
18. FERNANDO FARIA MILLER;
19. GENECEY RIBEIRO
20. GLÁUCIA NOGUEIRA MARTINS QUARESMA;
21. HÉLIO DE FREITAS COELHO;
22. HELSON HENRIQUE DE SOUZA OLIVEIRA;
23. IGOR MOSIAH NERES;
24. INÊS CABRAL URURAHY DE SOUZA;
25. JARBAS PEREIRA DE SOUZA NETO;
26. JEFERSON NOGUEIRA FERNANDES;
27. JOANA CAMPINHO RABELLO CORTE REAL DELGADO;
28. JORGE BATISTA DE ASSIS;

29. JOSÉ INÁCIO HENRIQUES VIANA;
30. LEIDE OLIVEIRA RAMOS DA SILVA;
31. LEVI DE AZEVEDO QUARESMA;
32. LILIANE ALVES DA SILVA;
33. LUCIANO MOREIRA DA NÓBREGA;
34. LUIZ FRANCISCO GAUDARD JÚNIOR;
35. MARCELO BASTOS DE OLIVEIRA;
36. MARCELO LESSA BASTOS;
37. MÁRCIO CALDAS DIAS MELLO;
38. MARCUS VINÍCIUS FILGUEIRAS JÚNIOR;
39. MARGARET QUEIROZ DA SILVA MILLER;
40. MARIA AMÉLIA BELISÁRIO DA SILVA;
41. PAULO ANDRÉ MORALES AREAS;
42. PAULO GOMES SANGUEDO;
43. PAULO MARCOS MACHADO RIBEIRO LIMA;
44. RAFAEL CRESPO MACIEL MACHADO;
45. SANA GIMENES ALVARENGA DOMINGUES;
46. SUELANGE GERALDO ANDRADE;
47. TALITA NASCIMENTO DOS SANTOS;
48. THAIS NASCIMENTO CORDEIRO;
49. THIAGO JOSÉ SÁ FREITAS;
50. TIAGO DE LIMA SANTOS REID.

O Curso de Bacharel em Direito do UNIFLU é totalmente presencial, obedecendo ao estabelecido nas Diretrizes Curriculares Nacionais, possuindo um quadro Docente, altamente qualificado, que a Reitoria, Pró-Reitoria de Ensino, Pesquisa e Extensão e Coordenação do Curso agradecem o engajamento à docência.

O princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão é um assunto relevante no contexto do sistema universitário e está expresso no artigo 207 da Constituição Federal de 1988. O Curso de Direito do UNIFLU caminha na concretização destes três pilares de sustentação acadêmica: ensino, pesquisa e extensão.

Na pesquisa, o futuro bacharel discute o seu pensar; reflete sobre os conceitos e instituições jurídicas usando o senso crítico. Assim, fica demonstrado que o ensino superior, e, dentro dele, a pesquisa, muito tem a contribuir para transformar o país. A pesquisa em Direito ganha uma importância especial quando existe uma vinculação crítica entre a lei, as instituições jurídicas e suas repercussões para a sociedade, propondo mudanças.

Atividades de Extensão funcionam ininterruptamente no decorrer dos semestres, mostrando o importante papel de elevar a qualidade da formação universitária, ao mesmo tempo em que traz ganhos para toda a comunidade, a qual são destinadas às atividades extensionistas.

O Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito é o órgão responsável pela formulação e implantação das atividades de Estágio, sendo um projeto que tem como objetivo iniciar os acadêmicos do Curso de Direito no exercício da advocacia.

Os cursos de Pós-graduação *Lato Sensu* (especialização) funcionam de forma ininterrupta. Contando, atualmente, com os cursos de: Civil e Processo Civil; Direito Penal e Processo Penal com ênfase em prática forense; e Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho com ênfase na Reforma Trabalhista e na Reforma Previdenciária. Esses cursos têm papel fundamental na preparação das gerações atuais dos profissionais do Direito.

O Curso de Direito, com a excelência que lhe é tão característica, teve o Curso de Mestrado implementado nos anos de 1999 a 2010, em uma demonstração da qualidade institucional que contou com grandes mestres da área jurídica do país e alunos de várias localidades do estado e do Brasil. Atualmente, estamos com proposta de novo Curso de Mestrado tramitando na CAPES/MEC.

Na chegada do ano 2000, foi publicada a primeira edição da revista científica, intitulada “Revista da Faculdade de Direito de Campos”, sendo a sua diretora a Doutora Sônia Azevedo Le Cocq d’ Oliveira. Acompanhando as mudanças tecnológicas, a referida revista ganhou versão on-line, tendo como editor-chefe atual o Prof. Dr. Marcelo Lessa Bastos.

A Instituição continua sua trajetória exitosa, formando profissionais com qualidade, compromisso com a Justiça e com a dignidade humana, respeitando os direitos de todos os cidadãos que vivem neste país.

ARTIGOS



**FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA
CLAUDICANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹**

**JURISDICCIÓN POR PRERROGATIVO DE FUNCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA
CLAUDICANTE DE LA CORTE FEDERAL SUPREMA**

**PRIVILEGED JURISDICTION IN THE HESITANT JURISPRUDENCE OF THE
FEDERAL SUPREME COURT OF BRAZIL**

Marcelo Lessa Bastos²

SUMÁRIO:

1) Foro por prerrogativa de função. Noção e justificativas: prerrogativa x privilégio. 2) Foro por prerrogativa de função e duplo grau de jurisdição. 3) Foro por prerrogativa de função e reunião de processos por conexão e continência. 4) A jurisprudência claudicante do Supremo Tribunal Federal – paradigmas: “mensalão” e “operação furacão”. 5) A proposta de redução do alcance do foro a crimes relacionados à função do agente. 6) Uma brevíssima conclusão. 7) Referências bibliográficas. 8) Índice.

¹ Texto produzido no âmbito de projeto de iniciação científica aprovado pela FAPERJ, com a participação dos bolsistas Leonardo Duncan Azevedo e Rafaela Barbosa e Silva.

² Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Professor de Processo Penal do Centro Universitário Fluminense e Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: mlbastos@mprj.mp.br

RESUMO:

O foro por prerrogativa de função se justifica na necessidade de blindar determinadas autoridades, em função dos altos cargos que ocupam. Em caso de crime cometido em conexão ou continência, o corréu que não é destinatário do foro originário não poderia ser julgado no Tribunal, eis que sofreria decote no alcance da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, o que só se admite em decorrência de norma constitucional. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é claudicante neste tema, oferecendo soluções casuísticas, por confundir *prorogatio fori* com *simultaneus processus* e se impregnar de ativismo judicial na interpretação das normas de regência.

PALAVRAS-CHAVE: Prerrogativa de foro. Duplo grau de jurisdição. Conexão e continência.

RESUMEN:

El foro por prerrogativa de función se justifica por la necesidad de proteger a ciertas autoridades, debido a los altos cargos que ocupan. En el caso de un delito cometido en conexión o continencia, el acusado que no sea el destinatario del foro original no podría ser juzgado en la Corte, ya que sufriría una división dentro del alcance de la garantía constitucional del doble grado de jurisdicción, que solo está permitido debido a una regla constitucional. La jurisprudencia de la Corte Suprema Federal está cojeando sobre este tema, ofreciendo soluciones caso por caso, ya que confunde *prorogatio fori* con *simultaneus processus* y está impregnado de activismo judicial en la interpretación de las reglas de conducta.

PALABRAS CLAVE: Prerrogativa del foro. Doble grado de jurisdicción. Conexión y continencia.

ABSTRACT:

The privileged jurisdiction is justified by the necessity to shield certain authorities, due to the high positions they occupy. In the case of a crime committed in connection, the defendant that is not the addressee of the originating forum could not be tried before the Supreme Court, as it would suffer a restriction in the reach of the constitutional guarantee of the double degree of jurisdiction, which is only admitted as a result of constitutional norm. The jurisprudence of the Federal Supreme Court of Brazil is hesitant on this issue, offering casuistic solutions, confusing *prorogatio fori* with *simultaneus processus* and impregnating itself with judicial activism in the interpretation of regency norms.

KEY WORDS: Privileged Jurisdiction. Double degree of jurisdiction. Connection. Federal Supreme Court of Brazil.

1. O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

a. Noção. Necessidade de blindagem das autoridades detentoras de cargos importantes

Observando determinados cargos e funções públicas, o poder constituinte brasileiro fixou foro por prerrogativa de função para processar e julgar os detentores de determinados cargos que julga serem importantes e essenciais, quando cometessem infrações penais, visando assim blindar e proteger essas pessoas, pois o contrário poderia resultar em implicações e perseguições políticas, além do desgaste natural decorrente de conflitos quase diários entre autoridades, ainda que no bom exercício de suas funções, quando labutam no mesmo grau de operação do Direito. A ideia de blindagem, portanto, repousa em levar o jurisdicionado um grau acima daquele onde exerce suas funções, sempre que acusado da prática de infração penal. À toda evidência, a ideia de blindagem nada tem a ver com impunidade, mas, sim, e tão-somente, subir um grau, sempre que possível, para tirar o jurisdicionado, autoridade detentora de cargo ou função relevante na República, da zona de conflito natural com outras autoridades detentoras de cargos igualmente relevantes. Se, durante todo este tempo em que vigoraram tais ideias sem maiores questionamentos, grassou impunidade (o que não se pode deixar de reconhecer, diga-se de passagem), o problema foi estrutural, dos Tribunais aquinhoados com a competência originária, não, absolutamente, por culpa do legislador constituinte ao conceber a ideia de foro por prerrogativa de função dentro das premissas acima expostas.

O foro por prerrogativa de função está previsto na Constituição da República Federativa Brasileira, nos artigos 29, X; 96 III; 102 105 e 108. Além dessas regras expressas, existente na Constituição da República, em seu art. 125, §1º, norma que autoriza os estados brasileiros a definirem outras hipóteses de foro por prerrogativa de função em suas constituições estaduais, desde que para funções que tenham simetria com aquelas definidas pela Constituição Federal³.

Como dito inicialmente, justifica-se o foro pela necessidade que se tem de blindar os ocupantes de determinados cargos. Vale ressaltar que isso não é

3 A questão da simetria nem sempre foi bem observada pelos constituintes estaduais. Exemplo disto é a constituição do Estado do Rio de Janeiro, quando prevê hipóteses de foro por prerrogativa de função para defensores públicos e delegados de polícia, quando não há na Constituição Federal idêntico tratamento para as correspondentes autoridades no plano federal (Defensores da União e Delegados Federais).

privilégio, mas sim prerrogativa funcional, tanto que não se pode renunciar o foro e permanecer no cargo. Aliás, é sabido que o foro por prerrogativa de função impõe severos decotes no alcance da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, senão, conforme o caso, a suprime por completo e, com absoluta certeza, não é privilégio algum perder uma garantia constitucional ou ter reduzido a quase nada o seu alcance.

A necessidade de blindagem é perfeitamente colocada por Aury Lopes Jr, quando o mesmo diz:

Compreende-se facilmente a necessidade dessa prerrogativa quando imaginamos, por exemplo, um juiz de primeiro grau julgando um Ministro da Justiça ou mesmo um desembargador. Daí por que, para garantia de quem julga e também de quem é julgado, existem certas regras indisponíveis⁴.

É certo que algumas pessoas não precisavam de foro por prerrogativa de função. Exemplo: tem prerrogativa no STJ os membros de Tribunais de Contas dos Municípios⁵, o que não tem sentido, pois não há Poder Judiciário e nem Ministério Público municipais, não havendo porque blindar. De qualquer forma, não é uma extravagância aqui ou acolá que é capaz de tirar o mérito da ideia, senão indicar a necessidade de constante aperfeiçoamento do texto.

i. Proteção ao cargo

O instituto do foro por prerrogativa de função é estabelecido em razão da função que seu beneficiário ocupa, não em razão dele em si. Sua natureza é objetiva. Outra razão para que não se confunda com privilégio e, sim, se compreenda tratar de prerrogativa, o que não é incompatível com o princípio da igualdade e outros tantos mantras inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Desta forma, é garantida aos detentores de cargos importantes⁶ a plenitude, autonomia e independência no exercício de suas funções. Por isto a escolha, pelo Constituinte, de órgãos colegiados do Poder Judiciário, que se supõe ou supunham

4 LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 341).

5 BRASIL, Constituição Federal: art. 105, I, "a".

6 E não são todas as pessoas que os consegue alcançar, em que pesem as mais variadas formas de investidura...

afastados, em tese, das pressões populares que geralmente surgem em tais situações.

ii. Conflitos inerentes ao exercício da função

O instituto do foro por prerrogativa de função, como dito anteriormente, busca dar proteção ao exercício de funções classificadas pelo legislador como essenciais e cuja importância demanda necessidade visível de proteção e blindagem de seu ocupante, com vistas ao bom exercício dela, protegendo-o de eventual conflito com exercentes de funções da mesma forma relevante, caso sujeitos ao mesmo grau de jurisdição.

Um bom exemplo de conflito reiteradamente presente no exercício de algumas funções abarcadas pelo instituto estudado neste trabalho é o que se configura quando um parlamentar comete crimes contra a honra durante a atividade legislativa por meio de seus votos. Ora, imaginando a hipótese de um parlamentar que possua grande apoio popular ser julgado por um único juiz, fica evidente o conflito que surge também ao depositar sobre este juiz toda a pressão popular que surge com um voto de um parlamentar apoiado pelo povo, ainda que este voto tenha infringido a ordem jurídica.

Juízes, Promotores, Prefeitos, normalmente adotam medidas que desagradam uns aos outros e são potencialmente capazes de gerar profunda divergência no campo funcional e conflitos em suas respectivas áreas de atuação. Imagine-se os primeiros julgando e denunciando os terceiros; ou os dois primeiros denunciando-se e julgando-se um ao outro, ou reciprocamente?

Agora imagine-se um outro exemplo, de todo bizarro: suponha-se que um Ministro do Supremo Tribunal Federal seja acusado pela prática de eventual crime⁷. Como imaginar ser Sua Excelência investigada por um Delegado de Polícia, denunciado por um Promotor ou Procurador da República em exercício perante o 1º grau, e ser julgado, eventualmente condenado, inclusive com perda do cargo a título de efeito da condenação, a partir da sentença de um juiz de 1º grau? E se acaso for cogitada a possibilidade de prisão preventiva de um Ministro do Supremo Tribunal Federal? Teria cabimento ser tal medida ser apreciada por um juiz de 1º grau?

⁷ Um crime tributário, por exemplo (um deslize a que qualquer pessoa está sujeita).

E se o acusado de um suposto crime foi o Procurador-Geral da República? Vai ser denunciado por um Promotor de Justiça ou um Procurador da República em exercício no 1º grau, sujeito ao Conselho Nacional do Ministério Público que o suspeito preside?

Ora, tais personagens não podem estar sujeitos à jurisdição penal de 1º grau, para conforto dos próprios juizes de 1º grau, bem como para dignificar as funções desempenhadas pelos acusados da prática de eventual infração penal, detentores de cargo que lhes outorgue foro por prerrogativa de função, inocentes presumidos até que se prove o contrário.

É hipocrisia imaginar que o 1º grau seja o foro adequado para processar e julgar tais autoridades, ainda que sob o argumento de que o suposto crime não se relacionava à função por ele desempenhada. O discurso é politicamente correto e seduz as massas (normalmente de manobra)⁸; mas nem por isto menos hipócrita!

b. Prerrogativa x Privilégio

Engana-se aquele que pensa ser o foro por prerrogativa de função um grande privilégio para aquele que o possui. Rapidamente pode ser identificada uma difícil realidade para aqueles que devem ser julgados em instâncias superiores quando se percebe não ser aplicável, ao menos em sua máxima extensão, o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, sobretudo quanto à matéria de fato.

Analisando-se por meio de exemplos, o indivíduo que possua prerrogativa de foro terá direito a menos reexames de uma eventual decisão desfavorável, sendo inexistente qualquer reexame quando a competência originária for do Supremo Tribunal Federal, já que não se pode contar com os embargos in fringentes, que seria apostar na divergência que não se sabe se irá ocorrer⁹.

Mais ainda que a prerrogativa de foro seja nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais ou equivalentes, ainda assim o duplo grau sofrerá revés e grave decote: é que, como se sabe, eventuais recursos extraordinário ou especial, para os Tribunais Superiores, não devolverão, para reexame, a matéria de fato, limitando-se a questões de direito. Trocando em miúdos: o juízo de valor

⁸ “Não há cidadãos de primeira e de segunda categoria”; “todos são iguais”; “não pode haver nenhum tipo de privilégio em um Estado republicano”, etc.

⁹ Ou, como diz a sabedoria popular, contar com o ovo na cloaca da galinha.

quanto à culpa ou inocência, proveniente do Tribunal de origem, será definitivo e único. Inclusive a desafiar a execução provisória de eventual pena a ser imposta¹⁰.

c. Crítica à prodigalidade na distribuição do foro

Em que pese a defesa enfática até então feita do instituto do foro por prerrogativa de função, do que não se tem a menor dúvida, ao menos na compreensão deste autor, é forçoso admitir que a Constituição Federal e, também, as Constituições Estaduais, foram bastante pródigas na distribuição de tal foro, em alguns casos pecando por absoluta falta de indicação para tal, a exemplo do caso dos membros dos Conselhos e Tribunais de Contas dos Municípios, alhures mencionado.

Vereadores, Secretários de Estado, talvez sejam outros exemplos que mereçam questionamento e reflexão, a apontar para uma revisão profunda do texto constitucional, no fito de corrigir suas distorções. Mas esta correção deve ficar a cargo do constituinte derivado, não do Poder Judiciário, a título (não assumido) de ativismo judicial.

Ao Poder Judiciário não cabe realizar os anseios populares, ainda que legítimos e, sim, aplicar a Lei e a Constituição. Sem preciosismo e nem sutilezas dialéticas que revelem comprometimento ideológico, para além daquela utópica “situação ideal de fala” habermasiana, na qual todos os debatedores são “sinceros”, estão no mesmo nível e, portanto, são capazes de construir um “acordo racionalmente fundamentado”, com base na “força do melhor argumento”.

2. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

a. A garantia do duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição se caracteriza por garantir ao interessado o direito a um reexame integral, em matéria de fato e de direito, da decisão proveniente do juízo originário, por outro órgão jurisdicional, hierarquicamente superior, tendo em vista a falibilidade humana e o inconformismo natural daquele que de uma contenda sai vencido.

¹⁰ Pelo menos é o que se acredita autorizar a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, não havendo porque ser diferente na espécie.

No que diz respeito ao fundamento da falibilidade humana, sabe-se que o juiz é humano e passível de cometer erros. Portanto, é completamente razoável o reexame de suas decisões por juízes que, em regra, possuem maior experiência. Além disso, a possibilidade do reexame estimula os juízes a aperfeiçoarem suas decisões, para que não sejam tomadas como incorretas pelo órgão de instância superior que realizar o reexame, normalmente aquele que avalia o desempenho funcional dos magistrados de piso, inclusive por ocasião das desejáveis promoções e remoções por merecimento.

O segundo fundamento trata da dificuldade da parte prejudicada de se conformar com a decisão que lhe foi desfavorável. Assim, o reexame serve também como conforto, significando que a questão controvertida foi examinada mais de uma vez, por pessoas diferentes (da segunda vez, inclusive, normalmente, um órgão colegiado).

É importante dizer que o princípio em questão e o recurso são institutos diferentes, pois ainda que o princípio tenha seu exercício por excelência por meio de recursos, é possível, entretanto, que exista o duplo grau de jurisdição mesmo sem recurso, sendo possível, igualmente, a lógica contrária.

Um exemplo disso ocorre quando se considera que, sendo o duplo grau aplicado em sua essência apenas quando a revisão da decisão se der em relação à matéria de fato e de direito, não existe duplo grau (ao menos em sua dimensão plena) quando o recurso possibilitar, somente, o reexame de uma dessas matérias, decotada a outra em virtude do efeito devolutivo limitado do recurso cabível¹¹. Já a situação inversa (do duplo grau sem recurso), se verifica quando é o caso de reexame necessário ou duplo grau obrigatório que, sabe-se, independe de recurso (devolvendo inclusive toda a matéria, de fato e de direito, ao órgão revisor).

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição não existe apenas para permitir que a apreciação da controvérsia seja feita mais de uma vez, mas também para garantir que a primeira decisão seja proveniente do primeiro grau, pois salvo em hipótese de competência originária das instâncias superiores, o exame inicial de demanda realizado por estas fará com que o primeiro grau seja suprimido, caracterizando, igualmente, no ângulo inverso, uma violação ao princípio do duplo grau.

¹¹ Como é o caso dos recursos especial e extraordinário, que somente devolvem matéria de direito ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

i. Fonte constitucional implícita

Ainda que o Duplo Grau seja de notável importância, tal princípio não foi expressamente declarado pela Constituição, restando apenas para parte da doutrina o entendimento de que o instituto em estudo seria encontrado implicitamente como garantia compreendida pelo Devido Processo Legal e no direito à ampla defesa, conforme se verifica no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

Outra manifestação implícita do Duplo Grau na Constituição seria o modelo de Tribunais revestidos de competência originária e recursal, restando evidente a aplicação do princípio como regra, sujeita somente à exceção constitucional quando esta previu a competência originária de algum Tribunal.

ii. Fonte convencional (supralegal) explícita

Mesmo com a referida tentativa de reconhecer o duplo grau como princípio constitucional, o fato é que a Constituição não o reconheceu como tal explicitamente. Ora, isto não quer dizer que o aludido princípio não deva ser observado, pois ainda que implícito ou não na Carta Magna, trata-se de princípio explicitamente reconhecido no nosso ordenamento jurídico através de fonte convencional.

A Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH (conhecida como Pacto de São José da Costa) – assegura explicitamente em seu artigo 8, número 2, letra “h”, o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Como os direitos e garantias previstos na Convenção em questão tornaram-se parte do rol dos direitos fundamentais, de acordo com o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, tornaram-se, também, autoaplicáveis, à luz do artigo 5º, §1º do mesmo dispositivo. Assim, não resta dúvida sobre a existência do princípio abordado no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que decorrente de fonte convencional, considerada pelo Supremo Tribunal Federal com *status* supralegal – abaixo da norma constitucional, porém acima dos demais atos normativos em relação à posição hierárquica na clássica pirâmide de Kelsen.

b. Alcance da garantia – máxima eficácia a partir do efeito devolutivo pleno dos recursos cabíveis

A aplicação deste princípio em sua dimensão mais ampla, no processo penal, somente se dá através do recurso de apelação, que, dada a abrangência de seu efeito devolutivo, permite ao Tribunal rever tanto a matéria de fato, como de direito, examinadas pelo juiz de 1º grau. O Tribunal, portanto, provocado mediante apelação plena, julgará tal qual o juiz de primeiro grau julgou, reemitindo seu juízo de valor tanto com relação à matéria de fato, como com relação à matéria de direito. Isto só não ocorrerá se a própria parte, ao interpor o recurso, optar por limitar o seu alcance, valendo-se da apelação parcial, na esteira do *tantum devolum, quantum apelatur*. Todavia, foi a parte que impôs a limitação ao seu recurso, e decerto o fez porque se conformou com a parcela da decisão não impugnada, no que não se identifica qualquer restrição à garantia do Duplo Grau, que esteve à sua disposição na dimensão plena.

O recurso de apelação é admitido nas hipóteses terminativas ou definitivas, e tem por objetivo garantir a revisão de todas as questões discutidas no processo. Este recurso é admitido não apenas no processo de conhecimento, mas também no processo cautelar e no processo de execução.

Outros recursos também evidenciam o duplo grau de jurisdição no Processo Penal. Um exemplo é o recurso ordinário em *habeas corpus*, nos moldes dos art. 102, II, “a”, e art. 105, II, “a” da CRFB/88) e o recurso ordinário contra decisões da Justiça Federal em relação a crimes políticos (conforme o art. 102, II, “b”, CRFB/88). Desta forma, tais recursos permitem a revisão da matéria de fato e de direito decidida pelo Juiz Federal de 1ª instância. Funcionarão, então, tal qual a apelação.

Noutro passo, como já salientado, os recursos extraordinários, aí incluídos o recurso extraordinário e o recurso especial, não contemplam o duplo grau de jurisdição em sua dimensão plena. Isso porque a jurisdição do STF e do STJ, quando alcançadas pelos mencionados recursos, cumpre outra finalidade. Elas não se prestam à tutela do interesse das partes, mas sim à tutela da Constituição Federal, no caso do Recurso Extraordinário, e da legislação federal infraconstitucional, no caso do Recurso Especial. Por esta razão, somente as questões de direito são devolvidas às Cortes Superiores por meio dos recursos especial e extraordinário; a matéria de fato não. Daí porque, ainda que,

formalmente, a garantia do duplo grau não tenha sido de todo decotada, foi sensivelmente reduzida, porque limitada à questão de direito. Note-se que foi restringida justamente na matéria que toca diretamente ao interesse da parte vencida, que é a questão de fato, onde se examinam culpa e inocência propriamente ditas, portanto a mais significativa expressão do duplo grau, que à parte vencida não restou devidamente assegurada.

c. Natureza e fonte das normas que estabelecem o foro por prerrogativa de função como forma de se compatibilizarem com a garantia do duplo grau e sua máxima eficácia

Diante das ponderações feitas nos tópicos anteriores, é intuitivo que, por repercutir diretamente sobre o princípio do Duplo Grau, assegurado ao menos em fonte convencional, a única fonte legislativa capaz de, legitimamente, impor restrições ao alcance de tais princípios é a fonte de mesma hierarquia. Como não cabe às convenções internacionais estabelecerem competência originária dos Tribunais internos de cada país, só resta a fonte constitucional. Assim, a única fonte legítima para estabelecer hipóteses de foro por prerrogativa de função é a Constituição Federal, em princípio, e, respeitado o princípio da simetria por ela estabelecido como condicionante da ampliação que permite, as constituições estaduais.

3. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E REUNIÃO DE PROCESSOS POR CONEXÃO E CONTINÊNCIA

a. Simultaneus processus X prorrogatio fori

Não raras vezes, autoridade detentora de foro por prerrogativa de função comete infração penal em conexão ou continência com outra, detentora de outro foro especial ou, ainda, pessoa sem nenhum foro especial. É fonte de confusão, neste caso, a reunião, ou não, de processos, de modo a se implementar o efeito básico da conexão e da continência que, nos termos exclusivos do art. 79, *caput* do Código de Processo Penal, impõe a unidade de processo e julgamento. Este tema é fonte, igualmente, de hesitação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que claudica, oscilando ora pela reunião, ora pela separação de processos, não raras

vezes confundindo *prorrogatio fori* com *simultaneus processus*, o que se pretende demonstrar neste passo.

No Processo Penal, a conexão é a relação que dois ou mais delitos cometidos guardam entre si, o que irá gerar, em princípio (e somente em princípio¹²), a conveniência de que estes sejam julgados de uma só vez, por um único julgador, de modo a evitar decisões díspares e mesmo aproveitar o acervo probatório comum. Já a continência, sob análise processual penal, é o que ocorre quando há unidade de crime e pluralidade de agentes, ou no caso de *aberratio ictus* ou *aberratio criminis* com unidade complexa. Pelas mesmas razões ou quiçá até com mais razão, aponta-se, igualmente em princípio, para a conveniência da unidade de processo e julgamento.

Os efeitos daí decorrentes são chamados de *simultaneus processus* e de *prorrogatio fori*, como já dito. O primeiro efeito significa a unidade de processo, ou seja, a reunião de ações penais em apenas um processo (com uma única denúncia ou queixa, de preferência, mas nada impedindo que se dê a unificação posterior, se deflagrados mercê de delictuales distintas). Vale dizer aqui que este efeito contribui para a celeridade e a economia processuais, além de permitir ao órgão jurisdicional uma perfeita visão do quadro probatório, uma percepção completa do fato criminoso, o que minimiza as possibilidades de contradição.

O segundo efeito se refere à prorrogação da competência de determinado órgão jurisdicional em detrimento de outro, consoante as regras de jurisdição prevalente¹³, instituto que ocorre quando um órgão jurisdicional que originariamente não possuía competência para julgar determinado processo passa a tê-la em razão da conexão e da continência, devendo, portanto, atrair para si o processo único, para julgamento único. Em princípio, frise-se! Na verdade, a *prorrogatio fori* pode ser, ou não, uma premissa necessária à *simultaneus processus*, conforme os crimes conexos tenham, ou não, o mesmo *locus delicti*. Não fosse a conexão, em razão do lugar em que esses crimes se consumaram, ou mesmo em razão na natureza do bem, serviço ou interesse atingido, seriam acometidos a órgãos jurisdicionais diversos, eventualmente até de Justiças diferentes. Em outras palavras, pode-se produzir os efeitos da *simultaneus processus* sem que necessariamente tenha que ocorrer a *prorrogatio fori*, basta que os crimes conexos ou os autores dos crimes em

¹² Para não atropelar outras regras e garantias.

¹³ Vide Código de Processo Penal, art. 78.

continência estivessem originariamente sujeitos ao mesmo órgão jurisdicional, seja por competência *ratione locci*, seja por competência *ratione personae*, seja por competência *ratione materiae*. Basta, então, reunir os processos no único juízo¹⁴ competente, sem a menor necessidade de ter sua competência prorrogada em detrimento de outro. No entanto, na primeira hipótese, pode ser necessária a modificação da competência de determinado juízo¹⁵ como premissa para que ocorra a *simultaneus processus*, desde que originariamente, não fosse a conexão e a continência, a competência estivesse a cargo de órgãos jurisdicionais diferentes, buscando-se a preponderância de acordo com as regras estabelecidas no art. 78 do Código de Processo Penal, o qual determinará a chamada *vis atractiva*.

b. Natureza jurídica e fonte das regras de reunião de processos decorrentes da conexão e da continência

Como dito anteriormente, as regras que estabelecem a conexão e a continência são regras de modificação de competência. A fonte delas é infraconstitucional, uma vez previstas exclusivamente no Código de Processo Penal. Vale dizer, na Constituição não há nenhum dispositivo que preveja a modificação de competência, seja em favor de tribunal, seja em favor de determinado juízo, por decorrência de conexão e continência, o que seria importante, por conta de um dos corréus eventualmente ter foro por prerrogativa de função. Tal omissão do constituinte tem relação de interferência direta com o princípio constitucional do duplo grau, tomado na dimensão que se deu destaque até aqui neste texto.

Começando pelo atual Código de Processo Civil, aplicado de forma subsidiária ao Processo Penal, temos a previsão inicial da modificação da competência, disposta em seu art. 54, ressaltando que tal modificação é permitida apenas em caso de competência relativa, não sendo possível, a título de exemplo, a reunião, em um mesmo processo, entre crimes militares e comuns, mesmo havendo conexão entre eles, considerando que a competência da Justiça Militar é estabelecida constitucionalmente em razão de matéria (apenas para julgamento dos crimes militares definidos em Lei¹⁶), sendo espécie de competência absoluta.

¹⁴ Aqui se usa a expressão “juízo” no sentido amplo, não no sentido técnico, em oposição a “foro” ou “justiça”.

¹⁵ Expressão empregue no mesmo sentido destacado na nota anterior.

¹⁶ O mesmo não se pode dizer em relação à competência da Justiça Eleitoral, visto que o art. 121 da Constituição Federal não a define, à semelhança do que faz em relação à competência da Justiça Militar,

Finalmente, passando para o Código de Processo Penal, é essencial mencionar seus arts. 76 e 77, que definem conexão e continência para fins processuais penais, no que não coincide com a definição do Código de Processo Civil, ao menos quanto à continência. Em seguida, o Código de Processo Penal traz, em seu art. 78, as regras para definição do juiz prevalente, aquele que irá realizar a *vis atractiva* e determinar, em torno de si, a unidade de processos e julgamento. Como tudo isto é regra, o mesmo Código contempla, mas não esgota, suas exceções: o art. 79 define os casos em que haverá separação obrigatória de processos e o art. 80 define os casos de separação facultativa.

Tudo isto é fonte infraconstitucional (previsão exclusiva do Código de Processo Penal), frise-se para compreensão do tópico seguinte. Não há, na Constituição Federal, repita-se, uma única regra que disponha sobre os efeitos da conexão e da continência, muito menos sobre a definição de suas hipóteses.

c. A atração do corrêu ao foro por prerrogativa de função nas hipóteses de continência e da prática de crimes conexos com autoridades que o detém. (Im)possibilidade. Conflito constitucional. Garantia do duplo grau

No tópico anterior, foi apresentada e enfatizada a natureza das normas que estabelecem a competência em razão de conexão e continência e respectivos efeitos. É importante ressaltar essa natureza – de norma infraconstitucional – uma vez que, no caso a ser examinado neste tópico a partir de seu título, estas normas decotam a amplitude do princípio do duplo grau, quando não o aniquilam, princípio este que, como já visto, tem natureza constitucional ou ao menos supra legal, portanto de posição hierárquica superior na velha pirâmide de Kelsen.

A questão é saber se é possível a uma regra infraconstitucional, como a que disciplina os efeitos da conexão e da continência, diminuir a abrangência de uma garantia constitucional ou supra legal, que é o duplo grau, na medida em que se sabe que aquele que é processado e julgado originariamente em Tribunal não tem a sua disposição justamente o recurso que mais atende ao duplo grau dada a sua

remetendo a definição à Lei infraconstitucional, razão pela qual se permite a reunião de processos, em decorrência de conexão e continência, envolvendo crime comum conexo a crime eleitoral, nesta última Justiça, dada sua maior especialidade, em decorrência da aplicação do art. 78, IV, do Código de Processo Penal. A solução da questão foi entregue à Lei infraconstitucional, não havendo óbice constitucional à aplicação das regras de conexão e continência, que são, por outro lado, cogentes. Tal matéria esteve, inclusive, na pauta recente do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que decidiu, por apertada maioria, em favor das ideias aqui sustentadas (sessão plenária de 14 de março de 2019, agravo regimental no inquérito originário nº 4.435).

amplitude, que é a apelação, incabível na espécie. A não ser que seja caso de crime político, em que cabível o recurso ordinário¹⁷, quem é julgado diretamente em Tribunal só tem à sua disposição os recursos especial e extraordinário, que só devolvem para os Tribunais Superiores matéria de direito. Não terão direito, portanto, ao duplo grau no que concerne à revisão da matéria de fato, salvo se couberem embargos infringentes, com o que não se pode contar, visto não se poder apostar que haverá divergência. E, ainda assim, o grau permanecerá o mesmo, já que os embargos são julgados pelo mesmo Tribunal, ainda que por órgãos diversos¹⁸.

Fica evidente, portanto, que, mesmo com os recursos que eventualmente possam contar aqueles que forem processados originalmente em Tribunais não superiores, haverá drástica redução no alcance da garantia do duplo grau, satisfeito apenas em parte com o efeito devolutivo limitado dos recursos especial e extraordinário.

Quando se lembra que tais restrições foram impostas única e exclusivamente como consequência de efeitos disciplinados em fonte infraconstitucional, pode-se ter a noção exata da teratologia.

Ora, as garantias constitucionais devem ser interpretadas buscando alcançar a sua máxima eficácia, o que é regra básica de hermenêutica. Portanto, não se pode contentar, a pretexto de pseudosatisfazê-la, com um recurso que apenas ofereça ao órgão revisor parte da garantia. Aliás, justamente a matéria que é mais importante para o duplo grau, que é a de fato, não é devolvida nos recursos especial e extraordinário. Somente a apelação e o recurso ordinário são capazes disso¹⁹, porém incabíveis na espécie.

Quando se caracterizam as hipóteses de continência e conexão em crimes em que um dos réus tenha foro por prerrogativa de função e o outro não, há, de acordo com a súmula 704 do STF, a possibilidade de atração do outro réu para o foro, sem que isto viole as garantias do juiz natural, do devido processo legal e da

¹⁷ No plano da abrangência idêntico à apelação.

¹⁸ Já houve caso de serem julgados embargos infringentes pelo mesmo órgão Plenário, mas com outra composição, no caso da ação penal nº 470, conhecida como “mensalão”, em que o Supremo Tribunal Federal reformou a decisão do Supremo Tribunal Federal, este sim um autêntico “ponto fora da curva”, ao contrário do significado que se empregou a esta expressão num famoso voto proferido por novato naquela ocasião.

¹⁹ Embargos infringentes também, porém somente se houver divergência, com voto vencido favorável ao réu, e esta divergência for total, já que, em sendo parcial, devolverá somente a matéria objeto da divergência. Logo, não se pode contar com este recurso como forma de satisfação do princípio do duplo grau.

ampla defesa. Mas não é disto que se trata. O que o entendimento sumular não enfrentou e é exatamente o ponto central da questão, é que, na hipótese, há flagrante violação ao princípio/garantia constitucional/supralegal do duplo grau de jurisdição.

Mas o próprio Supremo Tribunal Federal parece não dar muita atenção à sua súmula, quando prefere o casuísmo, a exemplo do decidido na ação penal originária nº 853, relatora Ministra Rosa Weber²⁰.

Para além da questão da ofensa à garantia do duplo grau, que se imagina sobejamente demonstrada até aqui, um outro ponto de reflexão merece ser destacado. É que, quando se pretende levar para o Tribunal, originariamente, a competência para processar e julgar pessoa que ali não possui prerrogativa de foro, em virtude da prática de crime conexo ou em continência com pessoa que o possua, se está dando interpretação extensiva a uma norma excepcional, o que contraria qualquer princípio básico de hermenêutica. Ora, a regra é o duplo grau, com os processos, por conseguinte, sendo iniciados em primeiro grau. O grau único, decorrente da prerrogativa de foro, é caso excepcional, a merecer, portanto, interpretação restritiva. Em nenhum dispositivo a Constituição Federal atribui a qualquer Tribunal competência para processar e julgar, originariamente, pessoa comum; somente algumas (muitas, aliás!) que ocupam cargos ou funções em decorrência dos quais é atribuído o foro especial. Ao se pretender aplicar uma regra infraconstitucional de conexão e continência, prevista exclusivamente no Código de Processo Penal, para levar a pessoa comum direto ao Tribunal para ser julgada em grau único, amplia-se a regra excepcional de competência por prerrogativa de função que não contempla esse corréu. O equívoco é facilmente percebido, pela doutrina de Introdução ao Estudo do Direito. Falando por todos, eis a lição de Carlos Maximiliano:

Interpreta-se estritamente a norma que determina os casos submetidos ao *verdictum* de tribunais especiais, como o juízo político, o conselho de guerra, o tribunal marcial, etc. Na dúvida, opta-se pelo foro comum e pelo processo em que a defesa dispõe de mais tempo e pode ser mais ampla. [...] Em geral, a competência é de

20 “Cabe apenas ao próprio tribunal ao qual toca o foro por prerrogativa de função promover, sempre que possível, o desmembramento de inquérito e peças de investigação correspondentes, para manter sob sua jurisdição, em regra, apenas o que envolva autoridade com prerrogativa de foro, segundo as circunstâncias de cada caso (INQ 3.515 AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 14.3.2014), ressalvadas as situações em que os fatos se revelem de tal forma imbricados que a cisão por si só implique prejuízo a seu esclarecimento (AP 853, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 22.5.2014)”.

Direito estrito, não se presume. Entretanto, na dúvida entre a comum e a especial, prevalece a primeira.²¹

E falando pelos processualistas, sempre oportuno trazer a abalizada lição de Tourinho Filho, em abono às presentes ideias, com ênfase na questão da subversão da hierarquia das fontes legislativas:

Se houver conexão ou continência envolvendo pessoas que devam ser processadas e julgadas pelo STF, ou STJ, ou Tribunal Regional Federal, e outras não elencadas nos arts. 102, 105 e 108 da CF? A competência desses Tribunais vem fixada na Lei Maior. Como nesta não existe nenhuma regra explícita, ou implícita, permitindo-lhes o julgamento de outras pessoas além daquelas ali elencadas, e não podendo a lei ordinária alterar-lhes a competência, **segue-se deva haver a disjunção dos processos**. Na verdade, se a Constituição não permite a esses Tribunais o julgamento de outras pessoas, como poderia ocorrer o *simultaneus processus*? Não se pode alterar a competência por prerrogativa de foro fixada na Constituição a não ser por meio de emenda constitucional. É possível que a solução não seja justa, em face das inconveniências resultantes da cisão dos processos; contudo é legal, e, além do mais, parece-nos um não senso dar ao texto constitucional interpretação extensiva. Poder-se-á dizer que a Lei Maior não trata da conexão. Não é verdade. A Carta de 1946, no seu art. 119, VII, e a Emenda Constitucional no 1/69, no seu art. 137, VII, diziam competir à Justiça Eleitoral o processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhe fossem conexos...²²

Prosseguindo na análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da questão, pode-se facilmente perceber, por derradeiro, uma grande contradição, fazendo um paralelo com outro tema que lhe tem sido recorrente, qual seja o da execução provisória de pena a partir de decisão de órgão colegiado. O aludido Tribunal, ainda que dividido, vem referendando, com a ajuda da sorte, a execução provisória da pena não privativa de liberdade a partir do não mais cabimento da apelação, justamente por ser o único recurso que devolveria a matéria de fato, firme no argumento de que os recursos que poderiam se seguir não possuem efeito suspensivo e, no âmbito devolutivo, somente reabririam a discussão quanto à matéria de direito, pelo que não haveria mais oportunidade de se falar em culpa ou inocência. Ou seja, o Supremo Tribunal reduz, com este entendimento, o alcance da presunção de inocência à devolução de matéria de fato, no que parece

²¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 230.

²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, 15ª ed., p. 365-366.

estar certo, sendo incoerente, entretanto, quando ele próprio despreza esse mesmo recurso de apelação como condicionante para a satisfação plena da garantia do duplo grau. Tal incoerência parece gritante: permite-se executar provisoriamente a pena a partir de condenação colegiada em segundo grau, porque não mais cabível recurso com efeito devolutivo no que pertine a matéria de fato, mas, ao mesmo tempo, não elege esse recurso como primordial para se ter por atendido, em sua eficácia plena, a garantia do duplo grau, de fonte idêntica à da presunção de inocência, permitindo processar e julgar diretamente nos Tribunais quem não tem, pela Constituição, foro por prerrogativa de função, mediante interferência de norma infraconstitucional, a afastar, em toda a sua plenitude, a garantia constitucional ou supralegal do duplo grau.

i. Caso de corréus com foro em Tribunais diversos

Ao se deparar com caso em que cada corréu tenha foro por prerrogativa de função em Tribunais distintos, sendo, por exemplo, um deles Promotor de Justiça e outro Desembargador, tendo foro respectivamente no Tribunal de Justiça e no Superior Tribunal de Justiça, a separação do processo é obrigatória, visto que os devidos foros decorrem de normas constitucionais (art. 96, III, e 105, I, “a”, da Constituição Federal, respectivamente), não se admitindo serem combatidos por meras normas processuais penais (a exemplo das que estabelecem as regras de conexão e continência). Não há, portanto, que se reunirem os processos no Tribunal mais graduado, simplesmente porque o art. 78, III, do Código de Processo Penal, não pode – ou ao menos não deveria – afastar a incidência da norma constitucional que estabelece em favor de outro Tribunal, ainda que de menor graduação, a competência originária para julgar um dos corréus. Aqui nem se precisa invocar a garantia do duplo grau em sua maior extensão; é caso, pura e simplesmente, de observar o princípio do juiz natural, que reclama o respeito às normas constitucionais, as quais, por óbvio, hão de se sobrepor às normas infraconstitucionais.

Desta forma, com a separação obrigatória de processos, cada réu será processado e julgado por seu juiz natural, sendo assim respeitada a competência

fixada na Constituição Federal. É caso, portanto, de disjunção, não se podendo cogitar, em hipótese alguma, de reunião de processos neste ou naquele Tribunal²³.

ii. Caso de corrêu com foro e corrêu sem foro por prerrogativa de função

Como dito anteriormente, em casos em que um dos corrêus tenha foro por prerrogativa de função e outro não, pelo teor da já citada súmula no 704, do Supremo Tribunal Federal²⁴, a Corte Suprema entende possível a reunião de processos, no Tribunal, por ser a jurisdição mais graduada, aplicando-se, na espécie, o art. 78, III, do Código de Processo Penal. Como já dito, a Corte leva em conta, apenas, o princípio do juiz natural, descuidando-se da garantia constitucional do duplo grau, como acima longamente ponderado²⁵.

Em se tratando de crime doloso contra a vida, entretanto, a própria Corte respeita a regra constitucional que estabelece a competência em favor do Tribunal do Júri²⁶, operando a disjunção em relação àquele corrêu titular de foro especial por prerrogativa de função²⁷.

²³ *Data venia* do Supremo Tribunal Federal na hipótese do julgamento da denominada “operação furacão”, em que se reuniram processos contendo um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, três Desembargadores Federais e um Membro do Ministério Público da União com atuação perante Tribunal, em gritante afronta à hierarquia das normas, em contrário a tudo quanto ora escrito. Curioso é que, na mesma oportunidade, a própria Corte remeteu a julgamento na Justiça Federal de primeiro grau o processo em relação a outros corrêus que não detinham prerrogativa de foro (Delegado de Polícia Federal, Advogados e contraventores), contrariando a própria jurisprudência, em especial o enunciado da Súmula nº 704 do conspícuo sodalício, já objeto de reflexão neste texto.

²⁴ “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corrêu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados” (Supremo Tribunal Federal, súmula nº 704).

²⁵ Foi o que aconteceu no julgamento da ação penal nº 470, conhecido como “mensalão”, em que, em virtude do foro por prerrogativa de função de três Deputados Federais à época dos fatos, um deles, inclusive, ocupando o cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, a Corte levou outros 37 corrêus à sua jurisdição originária, perfazendo um total de 40 réus (número, aliás, emblemático à época, levando em conta a literatura infantil).

²⁶ Constituição Federal, art. 5º, XXXVIII, “d”.

²⁷ Bom que, ao menos nesta hipótese, o Supremo Tribunal Federal não ignore a pirâmide de Kelsen. Ainda há, portanto, um sopro de esperança no sentido de que, na evolução de sua jurisprudência, ainda venha a descobrir a coerência, já que, nas outras hipóteses em que a ignora, a razão é exatamente a mesma!

4. A JURISPRUDÊNCIA CLAUDICANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

a. As incoerências da Corte no que tange à reunião de processos em decorrência da conexão e da continência

Em análise crítica já feita aqui ao conjunto de decisões mencionadas da mais alta Corte do país, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal não tem sido nada sistemático, ao revés extremamente casuístico, no tema relativo à reunião de processos em razão da conexão e da continência. Dois exemplos emblemáticos, já mencionados neste texto e a seguir mais explorados, são relativos a dois rumorosos casos: as ações penais originárias conhecidas como “mensalão” e “operação furacão”.

Pode-se afirmar que a Corte tem sido claudicante quanto à reunião ou disjunção de processos, envolvendo corréus em que uns possuem foro por prerrogativa de função, outros não, e mesmo em relação àqueles que possuem foro por prerrogativa de função em Tribunais diversos, dando ensejo a um cenário de grande insegurança jurídica, com ofensas gritantes aos princípios do Duplo Grau e até do Juiz Natural. Neste contexto, o enunciado nº 704 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal tem sido usado de forma inapropriada, como fundamento para reunião de processos, afirmando não ofender ao princípio do Duplo Grau, quando, na verdade, tratou tão somente do princípio do Juiz Natural, Ampla Defesa e Devido Processo Legal. O pior é que a mesma Corte, seletivamente, ignora a própria Súmula, quando lhe convém, desmembrando processos, a pretexto de separação facultativa, quando isto nada tem a ver com a fixação de sua jurisdição originária. Também muito ruim quando, aí sim em ofensa ao princípio do Juiz Natural, reúne processos de corréus com prerrogativa de foro em Tribunais diversos, a pretexto de ser o mais graduado de todos.

Vejamos os casos paradigmáticos abaixo explorados amiúde, com as devidas críticas.

b. Casos paradigmáticos

Embora as incoerências se repitam com frequência²⁸, tomam-se como exemplos de gritante contradição do Supremo Tribunal Federal, a demonstrar o quão claudica no assunto, ação penal originária nº 470 (“mensalão”) e o inquérito originário nº 2.424 (“operação furacão”): em ambos, instalou-se a discussão quanto à separação ou reunião de processos, levando em conta o excessivo número de acusados, argumento utilitarista que acabou suplantando, pasme-se, as regras de fixação de competência originária e possível modificação, ou não, em decorrência das regras de conexão e continência, no confronto com a garantia constitucional do Duplo Grau de Jurisdição. Por incrível que possa parecer, a mais alta Corte do país demonstrou não saber a diferença entre *prorrogatio fori* e *simultaneus processus*! Confundiu, mercê de simples utilitarismo, fixação de sua competência originária, com separação facultativa de processos dentro da própria Corte, imaginando que a consequência (esta última), devesse superar a premissa (a primeira)!²⁹

Passa-se ao exame sucinto de ambos os casos tomados como paradigmas, que nem necessitariam de maiores divagações. Adianta-se, para dar ainda mais perplexidade à comparação, que não houve alteração substancial de composição da Corte entre um e outro caso, de sorte que muitos dos próprios Ministros votaram de forma diametralmente oposta numa e noutra ocasião, frente à mesmíssima situação e diante do confronto com os mesmíssimos princípios e garantias constitucionais, para cuja ponderação admitiram soluções diversas. E não consta que tenham, nos votos subsequentes, declarado terem mudado de opinião...

i. “Mensalão”

Conhecida como “mensalão”, a ação penal nº 470, de relatoria do então Ministro Joaquim Barbosa, tratou do até então considerado maior esquema de corrupção revelado em 2005, pelo então deputado federal Roberto Jefferson (PTB-RJ), que consistia no pagamento de propina a parlamentares em troca de votos nos

²⁸ A própria “operação lava-jato” é exemplo disto: aí a corte optou pela disjunção desde o seu limiar.

²⁹ A confusão mostra bem como o conspícuo sodalício tem tornado dura a vida de um velho professor de processo penal...

projetos de interesse do governo do então Presidente Lula³⁰. Inicialmente eram quarenta acusados, sendo que apenas três detinham prerrogativa de foro originário no Supremo Tribunal Federal (eram Deputados Federais, um deles, inclusive, ocupando o cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil³¹). Todos os demais foram atraídos ao foro originário na mais alta Corte do país em decorrência das regras de conexão e continência. Ao final, vinte e cinco corréus foram condenados, num julgamento que se arrastou por exatas 53 sessões do Plenário da Corte, que ficou ao longo de um ano dedicado exclusivamente ao referido julgamento, concluído em 2012. Curioso é que, no decorrer do julgamento, os Ministros Cezar Peluso e Carlos Ayres Britto se aposentaram. Após acirrada discussão, definida com o voto de minerva do Ministro Celso de Mello, decano da Corte, acabou-se por admitir embargos infringentes, julgados em definitivo em 2014, aí já integrando a Corte o Ministro Luiz Roberto Barroso. Os embargos infringentes acabaram parcialmente providos, instalando-se a inusitada situação de o Supremo Tribunal Federal ter revisto uma decisão do próprio Supremo Tribunal Federal (graças à nova composição da Corte ao tempo do julgamento dos embargos).

Logo no início da primeira sessão, foi levantada questão de ordem pelo advogado Márcio Thomaz Bastos, hoje falecido, em nome de seu cliente José Roberto Salgado, ex-diretor do Banco Central: requereu-se o desmembramento do julgamento, para remeter ao primeiro grau os corréus que não detinham prerrogativa de foro naquela Corte, à qual caberia julgar apenas o denominado “núcleo político”, composto por três Deputados Federais com mandato em exercício (a esta altura, o então Ministro-Chefe da Casa Civil tinha se exonerado e retornado à Câmara dos Deputados, aonde posteriormente teria seu mandato cassado por quebra de decoro. Um quarto Deputado Federal acabaria falecendo ao tempo do julgamento).

A questão de ordem foi rejeitada por ampla maioria de votos (9 x 2, vencidos o revisor, Ministro Ricardo Lewandowski, e o Ministro Marco Aurélio). A Corte decidiu pela unidade de processo e julgamento, aplicando as regras de conexão e continência, em prejuízo da garantia do Duplo Grau.

³⁰ Ausência sentida dentre os quarenta corréus.

³¹ Foi considerado o “cabeça” do “esquema”.

ii. “Operação Furacão”

O Inquérito Originário nº 2.424, que ganhou o apelido de “operação furacão”, tratou de um esquema de corrupção envolvendo venda de sentenças judiciais para beneficiar empresários do “jogo do bicho”, na exploração de máquinas “caça-níqueis”. Dentre os corréus, havia um então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, responsável pelo foro originário por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal, três Desembargadores-Federais do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, e um Membro do Ministério Público da União. Além deles, Delegado Federal, Advogados e contraventores.

Tal esquema beneficiava, dentre outros, os “bicheiros” Aniz Abraão David, Ailton Guimarães Jorge (“capitão guimarães”), Antônio Petrus Kalil (“turcão”), figuras conhecidíssimas da contravenção no Estado do Rio de Janeiro.

Assim como no “mensalão”, na “operação furacão” havia um elevado número de acusados, boa parte deles sem foro por prerrogativa de função. Diante disso, a Corte deliberou de modo diverso do que havia deliberado no caso do “mensalão”, não muito distante: determinou a separação de processos, remetendo para a primeira instância (6ª Vara Federal do Rio de Janeiro, onde haviam sido iniciadas as investigações) o processo em relação aos corréus que não detinham foro por prerrogativa de função – justamente aqueles que, nos termos da Súmula nº 704 do Supremo Tribunal Federal, a Corte entendia podê-los julgar sem ofensa aos princípios do Juiz Natural, Ampla Defesa e Devido Processo Legal. Mas não é tudo, o pior ainda estaria por vir: desmembrado em relação aos referidos corréus³², permaneceram no STF os corréus Paulo Medina (o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça), José Eduardo Carreira Alvim, José Ricardo de Siqueira Regueira, Ernesto da Luz Pinto Dória (então Desembargadores-Federais, o último, a bem da verdade, Desembargador do Trabalho), João Sérgio Leal Pereira (então Procurador-Regional da República) e Virgílio de Oliveira Medina (Advogado e irmão do então Ministro Paulo Medina)³³. De se notar que, dos que ficaram, o último não detinha qualquer prerrogativa de foro. E os Desembargadores-Federais e do Trabalho, bem como o Procurador-Regional da República, detinham, por força do

³² Talvez o Supremo Tribunal Federal os tenha considerado “plebeus”.

³³ Talvez aí o Supremo Tribunal Federal os tenha considerado “nobres”, o último inclusive não por cargo ou função, mas por mero parentesco.

art. 105, I, “a”, da Constituição Federal, foro por prerrogativa de função no Superior Tribunal de Justiça, que não estava, por evidente, totalmente impedido ou suspeito para julgá-los, pelo simples fato de um único dentre os seus integrantes também figurar como corréu.

Trocando em miúdos: o Supremo Tribunal Federal ficou, em reunião de processos, com que não poderia – porque tinha foro por prerrogativa de função em outro Tribunal, por força de norma constitucional, que acabaria sendo afastada por uma regra infraconstitucional na teratológica decisão – e não ficou com quem, nos termos de sua própria Súmula nº 704, poderia – os corréus “plebeus”, sem foro por prerrogativa de função, à exceção do irmão do Ministro Medina, considerado nem tão “plebeu” assim pela Corte³⁴. Uma teratologia até então sem precedentes na Jurisprudência da Corte Suprema, pelos motivos que adiante se explicam (tópico seguinte).

Antes, porém, um registro da incoerência: o relator da “operação furacão”, Ministro César Peluso, que determinou o desmembramento do processo, foi um dos Ministros que, no caso do “mensalão”, rejeitou a questão de ordem, votando pela reunião de processos em relação a todos os quarenta “mensaleiros”. E, repita-se, não declarou no voto seguinte que havia mudado de opinião acerca do assunto.

A incoerência não foi privilégio do Relator, ao passo em que os demais Ministros acompanharam o desmembramento, muitos deles que haviam, também, rejeitado a questão de ordem do “mensalão”, decidindo pela reunião de processos. E isto, igualmente, sem ressalva de mudança de opinião.

Nunca o processo penal havia sido tão maltratado pelo Supremo Tribunal Federal! Foro por prerrogativa de função, regras de conexão e continência, princípios do duplo grau, juiz natural e etc., tão caros à ciência processual, restariam espancados pela incoerência acima apontada, a ponto de expor suas vísceras à mais completa biópsia!

³⁴ De se registrar que o autor discorda do enunciado em questão (Súmula nº 704). Mas o Supremo Tribunal Federal não!

c. A confusão entre os institutos da *prorrogatio fori* e da *simultaneus processus*

Aqui talvez se explique o porquê o Supremo Tribunal Federal claudica no assunto, como apontado nos dois tópicos anteriores: não sabe a diferença entre *simultaneus processus* e *prorrogatio fori*!

A separação facultativa de processos e julgamento, prevista no artigo 80 do Código de Processo Penal, permite a disjunção quando o juiz julgar conveniente, dentre outros motivos, pelo excessivo de acusados, para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante. Mas isto não autoriza o juiz escolher quem vai julgar, visto que a fixação da competência neste ou noutra juízo, nesta ou naquela Corte, é premissa (e imperativa). Como tal, cumpre saber se são aplicáveis, ou não, as regras de conexão e continência enquanto normas de modificação de competência, desde que não usurpem a competência constitucionalmente fixada em razão de foro por prerrogativa de função e, por sua vez, não decotem ou suprimam o alcance pleno da garantia do Duplo Grau. Noutras palavras: decidido que se aplicam as regras de conexão e continência, haverá a chamada *prorrogatio fori*, fixando-se a competência de um juízo, que a tem ampliada, em detrimento de outro, que a terá suprimida. A se entender possível aplicar a regra modificativa/ampliativa em sede de competência originária de Tribunal³⁵, este terá sua competência fixada em virtude da conexão e da continência (*prorrogatio fori*), ainda que, na própria Corte, opte, em juízo de conveniência, pela separação facultativa de processos, em decorrência, por exemplo, do elevado número de acusados.

Simple assim!

5. A PROPOSTA DE REDUÇÃO DO ALCANCE DO FORO A CRIMES RELACIONADOS À FUNÇÃO DO AGENTE

a. Previsão constitucional para “crimes comuns e de responsabilidade”. Ativismo judicial interpretativo

No de 2018, o plenário do STF “restringiu” o foro por prerrogativa de função conferido aos Membros do Congresso Nacional, no sentido de apenas se aplicar a crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções relacionadas a ele.

³⁵ O Supremo Tribunal Federal na Súmula nº 704 entende que sim; o autor deste texto não.

Mesmo com essa decisão do STF, os atos e as decisões anteriores que tiveram como parâmetro a jurisprudência anterior ficaram resguardados (modulação de efeitos). Tal decisão foi tomada na Ação Penal Originária nº 937 e teve como relator o Ministro Luís Roberto Barroso.

Ainda que a proposta restritiva seja excelente, há um porém: ninguém menos do que a Constituição Federal é clara quando, no seu artigo 102, I, “b”, estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, dentre outros, os Membros do Congresso Nacional, “nas infrações penais comuns”. Desta forma, a decisão do STF sobre o assunto parece incompatível com a referida Constituição Federal, visto que restringe o alcance da expressão “crime comum”, distinguindo onde parece que a Constituição não distingue.

Ademais, se o foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal se restringe a crimes que, de alguma forma, estejam relacionados ao cargo ou função do Parlamentar, não haveria a menor razão para que o foro por prerrogativa de função de outras autoridades também não seguisse a mesma lógica de raciocínio. Não só de autoridades com foro no Supremo Tribunal Federal, como, também, autoridades com foro em outros Tribunais. Em síntese, nesse caso, todo e qualquer foro por prerrogativa de função somente se estabeleceria no caso do crime praticado por seu detentor se relacionar diretamente ao cargo ou função por ele ocupado ou exercida, dignatários do referido foro especial. Seja este foro, repita-se, no Supremo Tribunal Federal ou em qualquer outro Tribunal. Não há razão para, no caso dos Parlamentares, ser assim, e, no caso de outras autoridades, não o ser: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*.

E é aí que surge um problema sistemático³⁶, dentro da própria competência originária do Supremo Tribunal Federal por prerrogativa de foro: é que o art. 102, I, “c”, da Constituição Federal, estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, “nos crimes comuns e de responsabilidade”, outras autoridades como os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas (estes salvo em caso de crimes de responsabilidade conexos ou em continência com o Presidente da República, caso em que serão julgados pelo Senado Federal), além dos Ministros dos demais Tribunais Superiores (os do Supremo Tribunal Federal, em caso de crime comum, são julgados no Supremo Tribunal Federal e, em caso de crimes de

³⁶ Parece que a visão do Direito como sistema, definitivamente, não tem frequentado a pauta do Supremo Tribunal Federal nos últimos tempos!

responsabilidade, no Senado Federal), do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática estrangeira de caráter permanente. Se, para essas autoridades, a expressão “crimes comuns” estivesse restrita àqueles relacionados ao seu cargo, o que restaria para ser alcançado pela expressão “crimes de responsabilidade”, justamente o que se imagina ligado aos referidos cargos ou funções, definidos ou não em Lei específica (Lei nº 1.079/50, que somente alcança o Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, Governadores e Secretários de Estado, não alcançando os Membros do Congresso Nacional e nem as outras autoridades mencionadas na alínea “c”, do inciso I, do art. 102, da Constituição Federal, já mencionado; e Dec-Lei nº 201/67, que somente alcança Prefeitos e Vereadores)?

Não parece possível, portanto, poder restringir a expressão “crimes comuns” àqueles relacionados ao exercício do cargo, sob pena de não ter o que confrontar com a expressão “crimes de responsabilidade”, aos quais os demais detentores de foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal – à exceção dos Parlamentares que não estão sujeitos a este tipo de crime, por não serem sujeitos ativos das referidas leis específicas que os definem – estão sujeitos, pouco importa aqui se para julgamento no próprio Supremo Tribunal Federal ou no Senado Federal por tais crimes³⁷.

O Supremo Tribunal Federal não pode se arvorar das boas intenções para fazer distinção onde a Constituição não fez, muito menos criando, com tal distinção, problemas sistemáticos de difícil solução.

Ademais, quem vai interpretar se o “crime comum” teve ou não relação com a função ou cargo exercido pela autoridade? O Tribunal de origem? Mas, essa análise viria antes da acusação formal, subvertendo o sistema acusatório? Ou o próprio Ministério Público poderá, entendendo que um crime supostamente cometido por um Ministro do Supremo Tribunal Federal não tem relação com sua função³⁸, oferecer denúncia por meio de um Promotor ou Procurador da República, perante um juiz de primeiro grau?!

³⁷ De responsabilidade.

³⁸ Imaginemos, novamente, um hipotético crime tributário, que não seja decorrente de sonegação dos subsídios de Ministro, o que, aliás, nem seria possível, eis que, neste caso, o desconto é feito na fonte.

Note-se que as opções beiram o absurdo: um Ministro do Supremo Tribunal Federal³⁹ processado e julgado perante um juiz de primeiro, por iniciativa de um Promotor de Justiça ou Procurador da República; mas, tão teratológico quanto, seria imaginar o Supremo Tribunal Federal “autorizando”, numa espécie de “consulta prévia”, que seu Ministro assim seja processado, por descartar a vinculação do suposto crime com a função de Ministro, antes da acusação formal, em completa inversão do sistema acusatório. Ou seja, o órgão titular da persecução penal (no caso o Ministério Público), que detém a iniciativa de provocar o Poder Judiciário que julga competente por meio de seu órgão de execução que se imagina com atribuição, ter que se submeter previamente ao Poder Judiciário, que é inerte, e, pior, àquele que acredita não ser o competente, dada a não relação entre o crime praticado e a função que outorgaria o foro naquele Tribunal!

Todos esses desatinos decorrem da malsinada ideia de “restringir” o foro por prerrogativa de função do Parlamentar, ainda que com a melhor das intenções, repita-se, mas num casuísmo decisório que despreza o Direito enquanto sistema.

Identifica-se, com esta iniciativa pontual, mais um caso de ativismo judicial, que podemos chamar de “ativismo judicial interpretativo”⁴⁰: o julgador decide da forma como quer, ainda que encontre uma solução não contemplada pelas diversas alternativas de interpretação honesta da norma em análise.

b. O Judiciário como poder contramajoritário e a necessidade de autocontenção como exigência do Estado Democrático de Direito

Diante de tudo sobre o quanto até aqui se refletiu, nota-se que a atividade jurisdicional do Supremo Tribunal está longe de ter uma consistência perfeita. Um pequeno passo neste sentido poderia se dar se a Corte se autocontivesse, evitando

³⁹ É o exemplo mais chocante imaginar um Ministro do Supremo Tribunal Federal processado e julgado em primeiro grau, por iniciativa do órgão ministerial de primeiro grau, sujeito a medidas cautelares e até à decretação de prisão cautelar por um juiz de primeiro grau, bem como execução provisória de eventual pena privativa de liberdade imposta pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal quando esgotadas as vias recursais ordinárias! Mas, dever-se-ia pensar nisto, a valer a regra para os Parlamentares. Basta que o suposto crime não esteja relacionado com as funções ou o cargo de Ministro da Corte Suprema. Estaria autorizada a própria quebra de hierarquia entre os órgãos do Poder Judiciário (um juiz de primeiro grau, julgando e podendo afastar de suas funções um Ministro do Supremo Tribunal Federal, inclusive cautelarmente. Seria, como já se disse na Corte, “o rabo abanando o cachorro”). A não ser que a proposta seja desprezar de vez o Direito como sistema! Mesma regra, desnecessário dizer, vale para qualquer outra autoridade com prerrogativa de foro, seja previsto na Constituição Federal, seja nas Constituições Estaduais por simetria.

⁴⁰ Sobre o ativismo judicial, é leitura obrigatória a obra de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (*Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018).

se arvorar em oferecer soluções para os problemas sociais relevantes, atuando como agente de transformação social em lugar dos outros protagonistas do Estado Democrático de Direito. O espaço do legislador não deve ser desprezado e, parece trivial, não cabe ao Poder Judiciário a função de legislador positivo, substituindo-se às escolhas compreendidas pela margem de discricionariedade legislativa. Não raras vezes, a questão nem é de suprir omissão legislativa por meio de mandado de injunção ou ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, instrumentos que, corretamente manejados, dão legitimidade ao Supremo Tribunal Federal para suprir a lacuna legislativa e garantir o gozo do direito fundamental sonegado em virtude da apontada omissão. Em muitos casos, como no tema objeto dessas reflexões, a questão é simplesmente passar a, num determinado momento, discordar da extensão e da generosidade com o que o Constituinte originário tratou do foro por prerrogativa de função, de sorte a restringi-lo por meio do famigerado “ativismo interpretativo”, sem embargo de criar problemas sistêmicos muito maiores do que as eventuais inconveniências que o instituto, da forma como tratado pelo legislador, pode trazer.

A situação se torna mais dramática quando a Corte Suprema resolve atender às demandas do politicamente correto, pressionada pela opinião pública a se colocar na vanguarda dos novos tempos.

Assim agindo, esquece o Supremo Tribunal Federal do caráter contramajoritário das decisões judiciais, bem como da necessidade de sujeição do juiz às Leis e, principalmente, à Constituição, exaltada por Luigi Ferrajoli:

I giudici penali, in particolare, non sono liberi di orientarsi nelle loro decisioni secondo le loro personali convinzioni morali, ma devono al contrario soggiacere alle leggi anche se in contrasto con tali convinzioni. Almeno in via di principio, l'etica formalistica è precisamente la loro etica professionale, che ad essi preclude di anteporre o sovrapporre al diritto la loro moralità sostanziale e soggettiva in quanto questa, estrinsecandosi nell'esercizio di un potere, equivale per chi la subisce ad arbitrio e sopruso.⁴¹

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*. Roma: Editori Laterza, 2008, p. 969. Traduzindo: “Os juízes penais, em particular, não estão livres de orientarem-se em suas decisões segundo as suas próprias convicções morais, mas devem, ao contrário, sujeitar-se às leis mesmo se em contraste com tais convicções. Ao menos em princípio, a ética formalista é precisamente a sua ética profissional, que os impede de antepor ou sobrepor ao direito a sua moralidade substancial e subjetiva, enquanto esta, exteriorizando-se no exercício de um poder, equivale para quem a ele se submete, ao arbítrio e ao abuso”.

O Poder Judiciário, na proposta garantista, é o último refúgio do cidadão, que busca abrigo quando lhe faltam seus direitos fundamentais. Se este – justamente o Poder encarregado de arbitrar os conflitos entre os cidadãos e os outros Poderes, ou destes entre si – passa a desrespeitar os limites de sua função jurisdicional, invadindo a esfera privativa de outro Poder, comete um abuso contra o qual não haverá árbitro para resguardar o cidadão que a tal Poder está sujeito. Instala-se, desta forma, ainda que com a melhor das intenções, a mais temida das ditaduras: a Ditadura da Toga, contra a qual simplesmente não há mecanismos institucionais de controle.

Daí a importância de autocontenção no exercício da Jurisdição, notadamente da Jurisdição Constitucional, a cargo da mais alta Corte do país e, portanto, dignatária das últimas esperanças do cidadão no que tange a encontrar amparo em seus direitos fundamentais.

Resistir à tentação de fazer o politicamente correto, às vezes implica em renunciar às convicções pessoais e morais, no fito de fazer o juridicamente certo, que é aplicar a Lei ao caso concreto, ainda que não se concorde com a solução escolhida pelo legislador. O juiz é aquele que, se necessário, deve contrariar toda a opinião pública, para assegurar o direito do cidadão que a ele faz jus. Daí é inconcebível um Poder Judiciário movido pela opinião pública, já que suas decisões são contramajoritárias por natureza e, como tais, não podem ser tomadas visando a satisfazer o que a moral comum julga ser o politicamente correto.

Não se descuida da possibilidade de o Juiz deixar de aplicar a Lei, apontando vício formal ou material de inconstitucionalidade, quando do exame de sua compatibilidade vertical com a Carta Magna. No entanto, o que se impõe, nesta tarefa, para não se perder a honestidade intelectual e jurisdicional, é que o Magistrado aponte objetivamente na Constituição qual a regra ou princípio com os quais a norma infraconstitucional não se compatibiliza, de modo que possa legitimamente afastá-la. O que não se pode admitir é que, a pretexto de realizar o controle de constitucionalidade, o Juiz empreste a princípios constitucionais abstratos por natureza um grau ainda maior de abstração, de modo que, bom adepto da teoria da argumentação, extraia a consequência que bem lhe aprouver, motivado por preferências pessoais e juízos de valor morais quanto ao acerto ou desacerto do legislador infraconstitucional, substituindo-se a ele e desprezando a margem de

conformidade com a norma superior decorrente da discricionariedade legislativa. Tal conduta, infelizmente, tem grassado, tanto em controle difuso, quanto em controle concentrado de constitucionalidade, representando, para dizer o mínimo, uma fraude interpretativa. Não se interpretam, desta forma, os princípios e regras constitucionais e, sim, escreve-se na Constituição o que ele, Juiz, gostaria que nela estivesse escrito, de modo a corrigir supostos desvios morais do legislador ou mesmo omissões legislativas.

Quando este comportamento é proveniente da mais alta Corte do país, o Supremo Tribunal Federal, nada resta a ser feito pelo cidadão jurisdicionado, senão se curvar à Ditadura da Toga, já que rebelar-se contra ela de nada adiantará do ponto de vista prático e, muito provavelmente, será classificado como mero *jus spemiandi*⁴².

Em artigo inspirado em publicação de semanário de circulação nacional, Geraldo Prado, em conjunto com outros autores, afirma que:

Cabe à doutrina reforçar argumentativamente a legitimidade do caráter contramajoritário da jurisdição criminal, especialmente quando desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, como válvula de escape para a proteção de direitos e garantias fundamentais do acusado em tempos de construção midiática da verdade.⁴³

Assim, considerando o caráter desta proposta garantista, caso seja difícil para o Supremo Tribunal processar e julgar autoridade com prerrogativa de foro na Corte, que invista em infraestrutura, mas não negue a sua competência constitucional pelo simples fato de não conseguir desempenhá-la a contento.

c. O bizarro inquérito originário decorrente da Portaria nº 69, de 14 de março de 2019, do Gabinete da Presidência do Supremo Tribunal Federal (na contramão da proposta de redução do alcance de foro)

Nem era proposta original deste texto abordar a obscena portaria nº 69, da lavra do senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal, que instaurou, *ex officio*,

⁴² Como recentemente dito em entrevista veiculada em telejornal de âmbito nacional, em tom de menoscabo, por integrante da Corte, frente a críticas de segmentos de operadores do Direito e da própria Academia, diante de uma situação para lá de bizarra, objeto do derradeiro tópico destes escritos.

⁴³ BORGES, Ademar; PRADO, Geraldo; TAVARES, Juarez. *A Construção Midiática de Casos Criminais Pode Ofender Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-midia-crime.pdf>> Acesso em 18.JAN.2019.

inquérito originário, no âmbito da Corte, para apurar a autoria de supostos crimes decorrentes de *fake news* veiculadas com o objetivo de atingir a mais alta Corte do país (“denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*, que atingem a honorabilidade do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares”⁴⁴). No entanto, como vai na contramão da sua mais recente jurisprudência, no sentido de restringir o alcance do foro por prerrogativa de função a crimes relacionados ao cargo ou função da autoridade detentora, e bem assim pela bizarrice⁴⁵ da iniciativa, parece oportuna a abordagem crepuscular, no epílogo deste texto, que acabou, assim, atropelado pelos fatos (já se tinha por encerrado o escrito).

Situar a iniciativa no tempo é tão emblemático quanto apontar o seu gritante desacerto. Isto porque a portaria foi tornada pública exatamente quando o Supremo Tribunal Federal se debruçava sobre a questão da competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns de corrupção, no âmbito da denominada operação “lava-jato”, quando relacionados a “Caixa 2” de campanha eleitoral. No *leading case* em questão, que dividiu o plenário da Corte, estava em discussão, como ponto central, justamente o princípio do juiz natural, um dos muitos esquartejados com a malsinada iniciativa de instaurar, de ofício, inquérito, designando, por livre escolha, um dos Ministros da Corte como relator, para apurar crime cuja autoria é ignorada, não sendo, de início, a par de fixada a atribuição da Corte para investigá-lo originariamente, identificada nenhuma autoridade com prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal como possível autora dos supostos delitos. Trocando em miúdos, a presidência do Supremo Tribunal Federal instaurou, de ofício, inquérito, chamando a competência da Corte, para investigar um suposto fato criminoso sem autoria identificada, portanto sem saber se foi cometido por alguns de seus jurisdicionados no âmbito criminal originário. E isto, repita-se, quando estava debruçado sobre o princípio do juiz natural! Ou seja: parece que parte expressiva da Corte (embora a iniciativa tenha sido isolada da presidência, de acordo com as

⁴⁴ Vide <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405790>, acesso em 20 de março de 2019.

⁴⁵ Não há vocábulo mais ameno para definir a inusitada situação!

manifestações que se seguiram, foi endossada por alguns de seus pares⁴⁶⁾ não compreende o significado dos temas que discute!

A instauração de inquérito originário no Supremo Tribunal Federal, sem vincular à determinada autoridade detentora de foro naquela Corte, é a primeira das bizarrices da iniciativa⁴⁷⁾, uma gritante ofensa, no ponto, ao celebrado princípio do juiz natural⁴⁸⁾. Aliás, dupla ofensa, quando, ato contínuo, ao invés de submeter a iniciativa à distribuição dentre os Ministros, resolveu-se designar um de seus integrantes para presidir o apuratório inquisitivo.

Nem se diga que o Regimento Interno da Casa assim o permite, porque, mesmo que tenha sido recebido como lei ordinária, é evidente que não pode contrariar a Constituição, que consagra o referido princípio expressamente, é desnecessário frisar. Caberia até, em tese, controle concentrado de constitucionalidade, no fito de afastar as normas regimentais que conflitam com o Texto Maior⁴⁹⁾.

A iniciativa em comento, não bastasse esse pecado original, ainda vai na contramão da jurisprudência restritiva do alcance do foro. Ora, se nem quando se trata de autoridade com foro por prerrogativa de função na Corte o Supremo Tribunal Federal quer processá-la e julgá-la, a não ser se o crime de que é acusada tiver relação com as suas funções, como se pode imaginar, então, esse mesmo Supremo Tribunal Federal atraindo, de ofício, a sua jurisdição antes mesmo de identificar uma autoridade com foro originário na Corte como possível autora do crime investigado?

Ora, em casos tais é exatamente o contrário que o padrão culto, dentro da melhor ciência processual, recomenda fazer: primeiro se instaura o inquérito nas

⁴⁶⁾ Exceção honrosa e digna de todas as lãureas tem que ser rendida ao eminente Ministro Marco Aurélio, que teve a coragem de vir a público criticar a iniciativa, colocando todos os “pingos nos is”, a renovar todo o respeito que se deve devotar à sua judicatura coerente e por vezes incisiva, ainda que se possa aqui e acolá discordar de muitas de suas posições pessoais na jurisprudência da Corte.

⁴⁷⁾ Mas não é a única, como se verá em seguida.

⁴⁸⁾ Escreveu-se na Constituição uma inusitada e inédita hipótese de foro por prerrogativa de função decorrente da pessoa da suposta vítima. A hipótese mais parecida, mas que, à toda evidência, não é análoga à esdrúxula situação comentada, não servindo, portanto, de paradigma, é a competência para julgamento do *habeas corpus* quando o paciente (independentemente do coator) é autoridade sujeita à jurisdição da Corte. Mas, repita-se: a hipótese não serve de paradigma. Porém, mesmo que servisse, não foi invocada, o que mostra que o autor da iniciativa nem se lembrou dela (não se venha, agora, invocá-la, por conveniência, para tentar justificar o injustificável).

⁴⁹⁾ Sugestão, quem sabe, para a Excelentíssima Senhora Procuradora-Geral da República. Seria interessante ver o que a Corte decidiria, provocada no exercício de sua atividade-fim, por meio de ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), sobre a compatibilidade vertical com a Constituição das normas regimentais que serviram de alicerce para a esdruxularia em comento.

instâncias ordinárias, para apurar a autoria do fato criminoso e, em seu decorrer, quando se descobrem indícios de autoria por parte de autoridade sujeita à prerrogativa de foro, é que se desloca a atribuição para a respectiva Corte, se for o caso de ser investigada em inquérito originário⁵⁰, ou para a chefia do *Parquet*, quando não é o caso de inquérito originário nos Tribunais Superiores. No caso concreto em exame, o Supremo Tribunal Federal fez exatamente o contrário, colocando a carroça na frente dos bois, como diz a sabedoria popular.

Mas não é só. Essa não é a única perplexidade suscitada pela iniciativa. Aliás, é até difícil graduar as bizarrices, para a sequência da abordagem crítica⁵¹.

Próxima bizarrice: o Supremo Tribunal Federal instaurando procedimento investigatório de ofício?! Mais uma vez, por favor, não se diga que o Regimento Interno da Casa autoriza o seu presidente a fazê-lo. É amesquinhar demais o conhecimento acerca da hierarquia das normas e da necessidade de compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais com a Constituição Federal, temática, aliás, que é a vocação principal do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Constitucional.

⁵⁰ O que, ainda assim, é bastante discutível a simples existência de um inquérito originário no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, mesmo em suas hipóteses mais conservadoras (requerida a instauração pelo Procurador-Geral da República), eis que previsto apenas em norma regimental, em afronta às próprias funções institucionais conferidas ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, e de resto ao Poder Judiciário pela Constituição Federal, bem como em afronta às funções institucionais do Ministério Público, conferidas, também, pela mesma Constituição. O correto, do ponto de vista do sistema acusatório e de tudo o quanto daí decorrente, seria, em caso infração penal atribuída a autoridade com foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, o próprio Procurador-Geral da República instaurar procedimento investigatório originário no âmbito do Ministério Público que chefia (poderia até requisitar diligências investigatórias à Polícia Federal, aí agindo sob a supervisão direta do Procurador-Geral da República), dirigindo-se ao Supremo Tribunal Federal ou a Superior Tribunal de Justiça apenas se viesse a demandar, no curso de seu procedimento investigatório, alguma medida cautelar (pessoal, probatória ou real), preparatória ao exercício da ação penal, em face das referidas autoridades. Ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, ao invés do inquérito originário (leia-se comandar investigação criminal preparatória ao exercício da ação penal, exercendo, portanto, o *jus persequendi* de que não é titular, ainda que a requerimento do Ministério Público – que se é titular do *jus persequendi, dominus litis* que é por determinação constitucional, não deveria precisar se submeter ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para mera atividade administrativa de investigação criminal em face das autoridades que têm nessas Cortes prerrogativa de foro, exceto se precisasse, repita-se, de alguma medida cautelar, sujeita à reserva de jurisdição, para instruir o seu procedimento e prosseguir nas investigações), só deveria caber a apreciação e eventual concessão ou não de medidas cautelares, pessoais, probatórias ou reais, porquanto sujeitas ao princípio da reserva de jurisdição, no decorrer das investigações criminais da chefia do *Parquet*.

⁵¹ Iniciou-se pela questão do princípio do juiz natural apenas para melhor acomodar a discussão neste tópico do presente estudo.

Será que alguém já ouviu falar em sistema acusatório e funções institucionais do Ministério Público? É constrangedor ter que lembrar isto, como evidência da segunda bizarrice exposta à presente biópsia. Ora, investigar a prática de infração penal é tarefa inerente ao *jus perseguendi*, de que é titular o Ministério Público, como *dominus litis*, não aos órgãos do Poder Judiciário, pouco importa o que seus regimentos internos possam estabelecer a esse respeito. Esse é o arranjo constitucional. Será que é preciso se aprofundar nesta linha de fundamentação? O estudo do sistema acusatório faz parte dos primeiros conteúdos ensinados aos alunos de graduação na disciplina processo penal. Como alguém pode se esquecer disto justamente quando alcança o ponto mais alto das carreiras jurídicas?

A instauração de inquérito originário, por ato de ofício do Supremo Tribunal Federal, simplesmente usurpa as funções institucionais do Ministério Público, e constitui gritante ofensa ao princípio acusatório, que veda a iniciativa investigatória por parte dos órgãos do Poder Judiciário, aí incluído o Supremo Tribunal Federal, como não poderia deixar de ser. Afronta, também, o princípio da separação de poderes, a passo em que, deixando de lado a desejável autocontenção, o Supremo Tribunal Federal avança sobre as funções institucionais do Ministério Público e da Polícia.

Veja-se, interessante e, nos tempos atuais, de certa forma curiosa, lição de Alexandre de Moraes, acerca da separação de funções estatais:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, bem como da instituição do Ministério Público (CF, arts. 127 a 130), independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito.⁵²

Como resultado dessas duas bizarrices, produz-se uma terceira bizarrice, talvez a mais constrangedora de todas: se é verdade as premissas até então levantadas⁵³ – a de que a iniciativa da presidência do Supremo Tribunal Federal de

⁵² MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 66.

⁵³ No que se pode afirmar que toda a doutrina tem sido unânime em fazer coro com essas críticas, passada a perplexidade com que foi recebida a surpreendente iniciativa.

instaurar o inquérito originário agride o princípio do juiz natural, maltrata o sistema acusatório e usurpa as funções institucionais do Ministério Público – a consequência inexorável disto é que, conduzindo uma investigação criminal para a qual não está definitivamente legitimado, o Supremo Tribunal Federal está prestes a produzir indícios de prova ilícitos, por conseguinte imprestáveis para servir de suporte probatório mínimo a eventual ação penal que possa vir a ser deflagrada pelo Ministério Público, caso descoberta a autoria dos supostos *fake news* ofensivos à Corte.

Assim, concluído o teratológico inquérito do Supremo Tribunal Federal e remetido ao órgão do Ministério Público com atribuição em função do(s) apontado(s) autor(es) das infrações penais apuradas, não poderá servir de base à propositura de ação penal, dada a ilicitude da prova coligida, em decorrência do vício de iniciativa, por conta da ilegitimidade da autoridade investigadora para exercer a persecução penal na etapa preliminar. Sendo assim, caberá ao Promotor de Justiça, Procurador da República (ou Procurador-Geral de Justiça ou Procurador-Geral da República, conforme o caso – a depender de quem vier a ser indiciado) ignorar solenemente o caderno indiciário produzido pelo Supremo Tribunal Federal, destinando-o à lata do lixo.

Sem prejuízo, claro, de instaurar um procedimento investigatório legítimo, o próprio Ministério Público ou a autoridade policial, para apurar a autoria dos supostos *fake news* e, uma vez descoberta, promover a responsabilidade penal dos seus responsáveis, mas com base em caderno indiciário coligido por autoridade legitimada e com atribuição constitucional para investigar infrações penais, já que, no mérito, indiscutivelmente, é inadmissível tentar desestabilizar a mais alta Corte do país, por meio da disseminação de notícias falsas envolvendo seus Membros, cujos votos na Corte, por mais teratológicos que possam ser na perspectiva do observador mais crítico, são dignos de acatamento e respeito, não podendo a irresignação decorrente da observada teratologia ultrapassar o campo sempre fértil e desejável da crítica acadêmica, onde a liberdade de cátedra, inimiga do argumento de autoridade, há de proteger a livre expressão do pensamento literário, de sorte a colaborar, pela boa doutrina, com a construção de decisões judiciais melhores neste sofrido e desencantado país.

6. UMA BREVÍSSIMA CONCLUSÃO

Um bom caminho para se compreender e aperfeiçoar o instituto do foro por prerrogativa de função é compreendê-lo sem hipocrisia e sem os clichês de uma suposta igualdade imposta pelo discurso do politicamente correto, lamentavelmente incorporado em grande parte no discurso judicial contemporâneo, em afronta ao caráter contramajoritário que se espera da atuação Poder Judiciário, como última trincheira garantista.⁵⁴

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BORGES, Ademar; PRADO, Geraldo; TAVARES, Juarez. *A Construção Midiática de Casos Criminais Pode Ofender Direitos Fundamentais*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-midia-crime.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*. Roma: Editori Laterza, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral*. São Paulo: Atlas, 1998.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵⁴ A conclusão será propositalmente curta e vai se resumir a esta única assertiva, como forma de ilustrar, com certa sutileza, o que, para o autor, parece ter por detrás da reengenharia que se pretende fazer, por meio de ativismo judicial, no instituto do foro por prerrogativa de função. O mais é só refletir com isenção.

8. ÍNDICE.

1. O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO.
 - a. Noção. Necessidade de blindagem das autoridades detentores de cargos importantes.
 - i. Proteção ao cargo.
 - ii. Conflitos inerentes ao exercício da função.
 - b. Prerrogativa X privilégio.
 - c. Crítica à prodigalidade na distribuição do foro.
2. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.
 - a. A garantia do duplo grau de jurisdição.
 - i. Fonte constitucional implícita.
 - ii. Fonte convencional (supralegal) explícita.
 - b. Alcance da garantia – máxima eficácia a partir do efeito devolutivo pleno dos recursos cabíveis.
 - c. Natureza e fonte das normas que estabelecem o foro por prerrogativa de função como forma de se compatibilizarem com a garantia do duplo grau e sua máxima eficácia.
3. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E REUNIÃO DE PROCESSOS POR CONEXÃO E CONTINÊNCIA.
 - a. *Simultaneus processus X prorrogatio fori*.
 - b. Natureza jurídica e fonte das regras de reunião de processos decorrentes da conexão e da continência.
 - c. A atração do corrêu ao foro por prerrogativa de função nas hipóteses de continência e da prática de crimes conexos com autoridades que o detém. (Im)possibilidade. Conflito constitucional. Garantia do duplo grau.
 - i. Caso de corrêus com foro em Tribunais diversos.
 - ii. Caso de corrêu com foro e corrêu sem foro por prerrogativa de função.
4. A JURISPRUDÊNCIA CLAUDICANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
 - a. As incoerências da Corte no que tange à reunião de processos em decorrência da conexão e da continência.
 - b. Casos paradigmáticos:
 - i. “Mensalão”.
 - ii. “Operação Furacão”.
 - c. A confusão entre os institutos da *prorrogatio fori* e da *simultaneus processus*.
5. A PROPOSTA DE REDUÇÃO DO ALCANCE DO FORO A CRIMES RELACIONADOS À FUNÇÃO DO AGENTE.

- a. Previsão constitucional para “crimes comuns e de responsabilidade”. Ativismo judicial interpretativo.
 - b. O Judiciário como poder contramajoritário e a necessidade de autocontenção como exigência do Estado Democrático de Direito.
 - c. O bizarro inquérito originário decorrente da Portaria nº 69, de 14 de março de 2019, do Gabinete da Presidência do Supremo Tribunal Federal (na contramão da proposta de redução do alcance de foro).
6. UMA BREVISSIMA CONCLUSÃO.

ARTIGOS



**AVIAÇÃO E COMÉRCIO DE DIREITOS DE EMISSÃO NA UE:
PROBLEMAS, CONQUISTAS E DESAFIOS¹**

**AVIACIÓN Y COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIÓN EN LA UE:
PROBLEMAS, LOGROS Y DESAFÍOS**

**AVIATION AND TRADE IN EMISSION RIGHTS IN THE EU:
PROBLEMS, ACHIEVEMENTS AND CHALLENGES**

Juan José Martín Arribas²

SUMÁRIO:

I.- INTRODUCCIÓN. II.- ANTECEDENTES
NORMATIVOS. 1.- El derecho internacional convencional.
1.1.- La Convención marco de las Naciones Unidas sobre
el cambio climático. 1.2.- El Protocolo de Kioto. 2.- El
Derecho derivado de la UE. 2.1.- La Directiva 2003/87/CE.
2.2.- Sus modificaciones inmediatas. III.- LA DIRECTIVA
AVIACIÓN. 1.- Sus contenidos jurídicos más relevantes.
2.- Algunos de los inconvenientes que suscitó. 2.1.- Su
posible unilateralismo climático. 2.2.- Su hipotética
vulneración del principio de las responsabilidades
comunes pero diferenciadas. 2.3.- Su compatibilidad o

¹ Reedição, por ocasião deste número comemorativo, do artigo publicado na Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos, v. 3 n. 1 (2018).

² Catedrático (acreditado) de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Burgos. E-mail: jjmartin@ubu.es

incompatibilidad con el derecho internacional. 3.- Modificaciones posteriores. 3.1.- La Directiva que perfecciona y amplía el RCDE. 3.2.- Normas sobre los derechos a subastar. 3.3.- La inaplicación a los vuelos operados desde o hacia terceros Estados. IV.- A MODO DE REFLEXIONES FINALES: LOGROS Y DESAFÍOS.

RESUMO:

A aviação emite cada vez mais gases de efeito estufa, favorecendo as mudanças climáticas. Para resolver esse problema, a União Europeia adotou a Diretiva 2008/101 / CE (Diretiva Aviação), que foi apoiada por várias organizações não-governamentais e respondida por um bom grupo de Estados, organizações internacionais e associações profissionais. Nesse contexto, esta publicação analisa seus principais precedentes legais, seu conteúdo e escopo, seus problemas virtuais, suas modificações e as conquistas e desafios que ela apresenta atualmente.

PALAVRAS-CHAVE: União Europeia, mudança climática, aviação, esquema de comércio de emissões.

RESUMEN:

La aviación emite cada vez más gases de efecto invernadero favoreciendo así el cambio climático. Para hacer frente a este problema, la Unión Europea adoptó la Directiva 2008/101/CE (Directiva aviación) que fue apoyada por numerosas organizaciones no gubernamentales y contestada por un buen grupo de Estados, organizaciones internacionales y asociaciones profesionales. En este contexto, esta publicación analiza sus principales precedentes jurídicos, su contenido y alcance, sus virtuales problemas, sus modificaciones y los logros y retos que actualmente plantea.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea, cambio climático, aviación, régimen de comercio de derechos de emisión.

ABSTRACT:

Aviation emits more and more greenhouse gases, favoring climate change. To address this problem, the European Union adopted Directive 2008/101 / EC (aviation Directive), which was supported by numerous non-governmental organizations and answered by a good group of States, international organizations and professional associations. In this context, this publication analyzes its main legal precedents, its content and scope, its virtual problems, its modifications and the achievements and challenges that it currently poses.

KEY WORDS: European Union, climate change, aviation, emissions trading scheme.

I. INTRODUCCIÓN

Las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI)³ que origina la aviación civil presentan un progresivo y rápido crecimiento, lo que favorece la aceleración del cambio climático⁴. Así lo han puesto de manifiesto científicos⁵, doctrina

³ De acuerdo con la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, se entiende por “gases de efecto invernadero” “aquellos componentes gaseosos de la atmósfera, tanto naturales como antropógenos, que absorben y reemiten radiación infrarroja” (art. 1.5) (Fue ratificada por España el 16.11.1993 y se halla publicada en el BOE núm. 27 de 1.02.1994, p. 3125 y ss. A nivel europeo, vid, Decisión 94/69/CE del Consejo, de 15.12.1993, relativa a la celebración de la Convención Marco sobre el Cambio Climático, publicada en el DO L 33 de 7 de febrero de 1994, p. 13–28). Por su parte el anexo A del Protocolo de Kioto, destaca los siguientes GEI: dióxido de carbono (CO₂), metano (CH₄), óxido nitroso (N₂O), hidrofluorocarbonos (HFC), perfluorocarbonos (PFC) y hexafluoruro de azufre (SF₆) (Fue ratificado por España el 10.05.2002 y se halla publicado en el BOE núm. 33 de 8.02.2005, p. 4131 y ss. Vid. a nivel europeo, la Decisión 2002/358/CE del Consejo, de 25.04.2002, relativa a la aprobación, en nombre de la CE, del PK de la CMNUCC y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo, publicada en el DO L 130 de 15.05.2002, p. 1–3). Según la modificación que introduce la denominada enmienda de Doha en su Anexo A se considera el trifluoruro de nitrógeno (NF₃) como uno de los GEI a los que se aplica la CMNUCC y el PK, sumándose a los seis que ya se regulaban con anterioridad (En España el Consejo de Ministros la ratificó y elevó a las Cortes Generales el 24.07.2015. <http://www.mapama.gob.es/ca/prensa/noticias/el-gobierno-ratifica-y-eleva-a-las-cortes-la-enmienda-internacional-que-prorroga-el-protocolo-de-kioto/tcm8-390238-16> (Consultado el 06.06.2017). En Europa, vid., Decisión (UE) 2015/1339 del Consejo, de 13.07.2015, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, de la enmienda de Doha al Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo, publicada en el DO L 207, de 4.08.2015, p. 1-14). De todos estos GEI, la comunidad científica defiende que la aviación produce CO₂, junto con óxidos de nitrógeno (NO_x), vapor de agua (H₂O) y una serie de partículas que también inciden en el efecto invernadero.

⁴ Acerca del cambio climático, de sus causas, sus consecuencias y, por supuesto, de los principales instrumentos jurídicos con los cuales se está intentando ayudar en su mitigación existe una notable bibliografía jurídica en español afortunadamente cada vez más numerosa. Por destacar algunas de las monografías más clásicas editadas en España cabe recordar las siguientes: CHUECA SANCHO, A.G., *Cambio climático y derecho internacional*, Zaragoza, Fundación Ecología y Desarrollo, 2000. GILES CARNERO, R., *La amenaza contra la capa de ozono y el cambio climático: respuesta jurídico-internacional*, Huelva, Universidad de Huelva, 2003. SAURA ESTAPÀ, J., *El cumplimiento del Protocolo de Kioto sobre el cambio climático*, Barcelona, Universidad de Barcelona, Centro de Estudios Internacionales, 2003. CAMPINS ERITJA, M. (Coord.), *El reto de la aplicación del Protocolo de Kioto en España*, Barcelona, Atelier, 2005. MARTÍN ARRIBAS, J.J., *La Unión Europea ante el fenómeno del cambio climático*, Burgos, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, 2005. SANZ RUBIALES, I., *El mercado de derechos a contaminar: régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España*, Valladolid, Lex Nova, 2007. SARASIBAR IRIARTE, M., *Régimen jurídico del cambio climático*, Valladolid, Lex Nova, 2007. REMIRO BROTONS, A., *et al*, *El cambio climático en el derecho internacional y comunitario*, Bilbao, Fundación BBVA, 2009. MARTÍN ARRIBAS, J.J., *Hacia una política comunitaria europea en cambio climático y sus consecuencias para España*, Burgos, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, 2009. GONZÁLEZ ARMADA, *Cambio climático: causas, consecuencias y soluciones*, Madrid, A. Madrid Vicente, Ediciones Mundi-Prensa, 2010. SANZ RUBIALES, I., *et al*, *El mercado europeo de derechos de emisión: balance de su aplicación desde una perspectiva jurídico-pública (2008-2012)*, Valladolid, Lex Nova, 2010.

⁵ IPCC, *Working Group III – Mitigation of Climate Change. Chapter 8, Transport*, http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg3/ipcc_wg3_ar5_chapter8.pdf (consultado el 06.06.2017). GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO, *Resumen para responsables de políticas. La aviación y la atmósfera global*, Traducido al español por la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI) para el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), OMM y PNUMA, 1999, <https://www.ipcc.ch/pdf/special-reports/spm/sres-sp.pdf> (consultado el 06.06.2017)

especializada⁶, organizaciones internacionales⁷ e instituciones y órganos europeos⁸. En su mayor parte proceden de vuelos internacionales. Se calcula que para el año 2020 alcanzarán alrededor de un 70% más que en 2005, aunque mejore la eficiencia anual del combustible en un 2%. Las previsiones de la Organización para la Aviación Civil Internacional (OACI) parecen preocupantes puesto que para el año 2036 las emisiones podrían llegar a oscilar entre un 155% y un 300% en comparación con los niveles de 2006 y para el 2050 podrían incrementarse aproximadamente entre un 300% y un 700%⁹.

Para hacer frente a esta grave fuente de contaminación y evitar los impactos nocivos que puede causar, la Unión Europea (UE) las incluyó *de facto* en su Régimen de Comercio de Derechos de Emisión (RCDE) en el año 2012. Con anterioridad ya había adoptado *de iure* la Directiva 2008/101/CE (Directiva aviación)¹⁰; medida legislativa que, aunque encontró un apoyo activo en las organizaciones no gubernamentales (ONG) especializadas¹¹, fue muy contestada a

⁶ Como, entre otros, CHAPMAN, L., “Transport and climate change: a review”, *Journal of Transport Geography*, n° 15, 2007, p. 354–387. SCHEELHAASE, J. D. y GRIMME, W. G., “Emissions trading for international aviation—an estimation of the economic impact on selected European airlines”, *Journal of Air Transport Management*, n° 13, 2007, p. 253–263, esp. p. 253-254. MACINTOSH, A. Y WALLACE, L., “International aviation emissions to 2025: Can emissions be stabilized without restricting demand?”, *CCLP Working Paper Series 2008/1, ANU Centre for Climate Law and Policy*, p. 1. CHUECA SANCHO, A., “Unión Europea, cambio climático y aviación civil internacional hoy”, *Revista Faz Ciência*, Vol. 13, n° 17, enero-junio 2011, p. 33-59, esp. p. 42.

⁷ “Reconociendo que se proyecta que las emisiones de la aviación internacional [...] aumentarán como resultado del desarrollo continuo del sector”. OACI, *A37-19: Declaración consolidada de las políticas y prácticas permanentes de la OACI relativas a la protección del medio ambiente — Cambio climático*, 5° párr., Resoluciones vigentes de la Asamblea (al 8.10.2010). Doc. 9958, p. 80, en http://www.icao.int/publications/Documents/9958_es.pdf. (consultado el 06.06.2017)

⁸ “Considerando que la contribución de la aviación al cambio climático es importante y aumenta rápidamente”. Cf. PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución sobre la reducción del impacto sobre el cambio climático* (A6-0201/2006), Estrasburgo, martes 4.07.2006.

⁹ EUROPEAN COMMISSION, Climate Action, EU Action, Transport, Aviation, *Reducing emissions from aviation*, http://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation/index_en.htm (consultado el 06.06.2017)

¹⁰ Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19.11.2008 por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (DO L de 13.01.2009).

¹¹ Según algunos, un buen número de organizaciones no gubernamentales expresaron su fuerte y activo apoyo. SCOTT, J. y RAJAMANI, L., “EU Climate Change Unilateralism”, *E.J.I.L.*, Vol. 23, n° 2, 2012, p. 469–494, esp. p. 473.

nivel internacional, tanto por terceros Estados¹², como por algunas organizaciones internacionales¹³ y asociaciones profesionales¹⁴.

Aun así, con sus pros y con sus contras, sigue vigente en la actualidad, a pesar de las presiones que se ejercieron sobre ella tanto por vía jurisdiccional cuanto desde la perspectiva de la política internacional. En efecto, desde el primer punto aludido, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) tuvo que responder el 21 de diciembre de 2011 a la petición de decisión prejudicial que le planteó la *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court)* (Reino Unido), en el marco de un litigio principal que habían planteado algunas líneas aéreas norteamericanas y asociaciones profesionales¹⁵. Desde una perspectiva política, no parecen triviales las maniobras y gestiones que realizaron algunos Estados, tales como Estados Unidos (EEUU), Canadá, Rusia, China o India¹⁶, no

¹² Buen botón de muestra es la *Joint statement between the Civil Aviation Administration of the People's Republic of China and the Ministry of Transport of the Russian Federation on European Union's inclusion of aviation into European Union emission trading scheme*, http://www.greenaironline.com/photos/China_-_Russia_Joint_Statement_on_EU_ETS_EN_.pdf (consultado el 06.06.2017)

¹³ Así se resalta por SANZ RUBIALES, I. "El ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva: en especial, los sectores inicialmente afectados y su ampliación en el período 2008-2012", SANZ RUBIALES, I. et alt., *El mercado europeo de derechos de emisión: op. cit.*, 2010, p. 60.

¹⁴ Como la Asociación Internacional del Transporte Aéreo (IATA), que ha mostrado opiniones bastante beligerantes en diversos documentos, como, por ejemplo, en el siguiente documento: *IATA, 2012 Annual Review*, junio de 2012, esp. p. 33, <http://www.iata.org/about/documents/annual-review-2012.pdf>. Muy esclarecedores de su posición son los comentarios que, sobre su oposición "a cualquier medida que afecta a las emisiones de las aeronaves", hace A. CHUECA, op. cit, p. 46 y ss.

¹⁵ STJUE de 21.12.2011, as. C-366/10, *Air Transport Association of America and Others c. Secretary of State for Energy and Climate Change*. EU:C:2011:864. Participaron en el procedimiento principal *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc.*, y *Secretary of State for Energy and Climate Change*; pero también tomaron parte *International Air Transport Association (IATA), National Airlines Council of Canada (NACC), Aviation Environment Federation, WWF -UK, European Federation for Transport and Environment, Environmental Defense Fund, y Earthjustice*.

¹⁶ Según Meléndez-Ortiz un grupo de casi 30 Estados estuvieron trabajando juntos para desarrollar una estrategia para contrarrestar las decisiones de Bruselas y algunos de ellos prohibieron a sus aerolíneas cumplir con el RCDE (MELÉNDEZ-ORTÍZ, R., "Foreword", en BARTELS, L., *The Inclusion of Aviation in the EU ETS: WTO Law Considerations*, Geneva, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2012, p. iv). Más en concreto, el 22.02.2012, 23 Estados (Armenia, Argentina, República de Bielorrusia, Brasil, Camerón, Chile, China, Cuba, Guatemala, India, Japón, República de Corea, México, Nigeria, Paraguay, Federación Rusa, Arabia Saudí, Seychelles, Singapur, Sudáfrica, Tailandia, Uganda y EEUU), la denominada "coalition of unwilling", firmaron una declaración en Moscú (*Joint declaration of the Moscow meeting on inclusion of international civil aviation in the EU-ETS*) en la que exigieron la anulación o el aplazamiento en su aplicación de la Directiva europea, que la calificaron como ilegal y discriminatoria. Su contenido puede verse en <https://www.ruaviation.com/docs/1/2012/2/22/50/?h> (consultado el 06.06.2017). Ver ALBEROLA, E., y SOLIER, B., "Including international aviation in the European Union emissions trading scheme: a first step towards a global scheme?", *Climate Report, Research on the economics of climate change*, n° 34, agosto de 2012, p. 16. Además de respuestas conjuntas a nivel internacional, parece que cada uno de los Estados adoptó a mayores sus posicionamientos particulares, puesto que "Il governo cinese ha minacciato di non acquistare più aeromobili prodotti dall'Airbus, con sede legale in Francia; l'India ha prospettato la possibilità di introdurre una tassa da applicarsi in via esclusiva ai voli operati dalle compagnie aeree

solo en el plano bilateral, sino también en el ámbito del multilateralismo internacional que se ha visto potenciado desde distintos foros internacionales, como es el caso concreto de la OACI.

En este contexto, no puede sostenerse que, a lo largo del tiempo, la UE haya mantenido una postura contradictoria e incoherente. Más bien, al contrario, parece haber demostrado su congruencia tanto a nivel interno como desde el plano de su acción exterior¹⁷. Buena muestra de lo primero es el hecho de que ya anunciara en su VI programa de acción en materia de medio ambiente que debían emprenderse acciones “para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero de la aviación civil, si no se acuerda una medida semejante en la OACI antes del año 2002”¹⁸. En el marco de sus relaciones exteriores, ha defendido siempre la necesidad de alcanzar compromisos internacionales con resultados efectivos en la reducción de emisiones de GEI¹⁹.

Así las cosas, el propósito de esta publicación radica en indagar el contenido y alcance de los instrumentos jurídicos que, a este respecto, ha adoptado la UE. O más en concreto, qué es lo que le ha llevado a tomar este tipo de decisiones, cuáles son sus principales contenidos jurídicos, qué problemas ha tenido que resolver,

degli Stati membri dell'Unione europea da e per l'India; la Russia ha paventato l'incremento di *royalties* per il transito sul proprio spazio aereo. Si noti che una contromisura è stata adottata dagli Stati Uniti”. Cf. CAMPANELLI, E, “Il difficile dialogo tra dimensione universale e dimensione regionale sulle emissioni di gas a effetto serra derivanti dall'aviazione civile internazionale”, p.11, nota 70. <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/06/Carpanelli-Paper-Courmayeur.pdf> (consultado el 06.06.2017)

¹⁷ Puesto que ha seguido liderando a nivel mundial la lucha contra el cambio climático, vid, sobre el particular, MEHLING, M., “Entre el cambio climático y la Unión Europea: entre ambición y realidad”, REMIRO BROTONS, A, *et alit*, *El cambio climático en el derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 33 y ss. MARTÍN ARRIBAS, J.J., “Por qué puede decirse que la UE, junto con sus Estados miembros, está liderando, a nivel mundial, la lucha contra el cambio climático? MARTÍN ARRIBAS, J.J. (dir.), *Hacia una política comunitaria...* *op. cit.*, p. 67 y ss.

¹⁸ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre el *Sexto Programa de Acción de la Comunidad Europea en materia de Medio Ambiente “Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos”* (COM/2001/0031 final), p. 29.

¹⁹ Sus gestiones fueron determinantes para que el Protocolo de Kioto entrara en vigor, para que la enmienda de Doha la modificara y obligue en un segundo periodo para el que se fijó alcanzar, para 2020, el objetivo de recortar el 20% las emisiones de GEI, aumentar el 20% el uso de energías renovables y un 20% de ahorro energético; y, en fin, para la celebración del acuerdo de París de 2015, con el que la UE se compromete a reducir, hasta 2030, las emisiones de GEI en un 40%, por lo menos, respecto a los niveles de 1990, a mejorar la eficiencia energética en un 27 % y a consumir energías renovables hasta el 27%. (El 22.04.2016 se abrió la firma del Acuerdo, que entró en vigor el 4.11.2016 después de que lo ratificaran al menos 55 Estados, que representaran al menos el 55 % de las emisiones mundiales. Entró en vigor para España el 11.02.2017. Ver, el instrumento de ratificación del Acuerdo de París, hecho en París el 12.12.2015, publicado en BOE núm. 28, de 2.02.2017, p. 7703-7727. En el contexto europeo, Decisión (UE) 2016/1841 del Consejo, de 5.10.2016, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de París aprobado en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático publicado en DO L 282 de 19.10.2016, p. 1-2).

cuáles han sido los principales logros que ha conseguido con ellas y a qué tipo de desafíos se ha enfrentado, tratando, en este caso, de vislumbrar las posibles opciones que parece tener para hacerlas frente y tratar de zanjarlos.

En sintonía con lo avanzado con anterioridad, se pretende desarrollar una estructura en la cual parece conveniente abordar, en primer lugar, las normas internacionales y europeas que, adoptadas *ex ante*, han influido en las particulares decisiones que ha tomado la UE. En segundo término, procede conocer el contenido jurídico más relevante de la norma europea que incluye la aviación en su RCDE de GEI, los problemas que ha planteado y las normas que, con posterioridad, la han modificado para tratar de encontrar alguna solución. Y, en fin, por último, se considera pertinente que, a modo de reflexiones finales, se analicen los principales logros que con todo ello ha alcanzado la UE y los desafíos a los que se enfrenta.

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Como es sabido, el cambio climático es un fenómeno global y la comunidad internacional, para ralentizarlo, ha emprendido una lucha amparada en el marco jurídico que le ha propiciado el derecho internacional convencional, por lo demás aún hoy vigente²⁰. Por su parte, la UE, junto con sus Estados miembros, viene participando activamente en el mismo y lo ha desarrollado todavía más mediante un conjunto de normas jurídicas que han adoptado sus instituciones. Todas ellas pueden considerarse como jalones que, en el camino recorrido, han llevado a la UE a adoptar el actual marco regulatorio que incluye la aviación civil en su RCDE.

1. El derecho internacional convencional

Hoy por hoy, el núcleo duro del derecho que pretende ralentizar el cambio climático aglutina dos normas internacionales convencionales: la Convención marco

²⁰ El respeto por parte de la UE de los compromisos jurídicos internacionales adquiridos ha sido defendido por CAMPINS ERITJA, M., “Algunas reflexiones en torno al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 2003/87/CE, por la que se establece un régimen para el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad”, REMIRO BROTONS, A, *et al*, *El cambio climático...*, *op. cit.* p. 169). Sobre el estado de sus ratificaciones y entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas y del Protocolo de Kioto, vid. https://unfccc.int/essential_background/convention/status_of_ratification/items/2631.php (consultado el 26.06.2017) y https://unfccc.int/kyoto_protocol/status_of_ratification/items/2613.php (consultado el 26.06.2017).

de las Naciones Unidas sobre el cambio climático y el Protocolo de Kioto. Como ya ha sido avanzado, la UE, junto con sus Estados miembros, es parte en ambos instrumentos internacionales²¹.

1.1. La Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático

Tras una negociación larga y trabajosa²² se adoptó en Nueva York el 9 de mayo de 1992, se abrió a la firma en Rio de Janeiro en junio de 1992 y entró en vigor el 21 de marzo de 1994²³. Tiene como principal objetivo lograr la estabilización de las concentraciones de GEI en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático²⁴, definido este último como la totalidad de la atmósfera, la hidrosfera, la biosfera y la geosfera, y sus interacciones²⁵.

Aunque su importancia es indiscutible²⁶ dadas sus características de convenio marco y global, el hecho de que muchas de sus disposiciones presenten una baja intensidad normativa²⁷ le sitúa a un nivel propio de la mera colaboración internacional que, por lo tanto, requiere necesariamente de un posterior desarrollo por parte de otras normas jurídicas²⁸.

No recoge explícitamente la aviación como un sector en el que haya de actuarse para aminorar el cambio climático. Sin embargo, sí que regula principios tan relevantes como la equidad intergeneracional, la especial consideración de las

²¹ Decisión 94/69/CE del Consejo, de 15.12.1993, relativa a la celebración de la Convención Marco sobre el Cambio Climático (DO L 33 de 07.02.1994). Decisión 2002/358/CE del Consejo de 25.04.2002 relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo (DO L 130 de 15.05.2002)

²² Ver en este sentido, por ejemplo, ESTRADA OYUELA, R.A., “Apuntes para interpretar el convenio marco sobre el cambio climático”, ESTRADA OYUELA, R.A. y ZEBALLOS DE SISTO, M.C. *Evolución reciente del derecho ambiental internacional*, Buenos Aires, A-Z editora, S.A., 1993, p. 271-328, p. 287.

²³ Fue ratificada por España el 16.11.1993 y se halla publicada en el BOE nº 27 de 1.02.1994, p. 3125 y ss.

²⁴ De acuerdo con su art. 2.

²⁵ Según su art. 1.3.

²⁶ En opinión de KISS y BEURIER “elle constitue sans aucun doute un instrument international dont l’application intégrale aurait un effet plus considérable sur la vie de l’humanité que n’importe quel autre texte international”. KISS, A.Ch. y BEURIER, J.P, *Droit international de l’environnement*, 2ª ed., Paris, Pedone, 2000, p. 227.

²⁷ O son cercanas al *soft law* como bien remarcó en su momento CHUECA. CHUECA SANCHO, A.G., *Cambio climático*, op. cit. 2000, p. 96 y p. 164.

²⁸ Y, para ello, seguir negociando a nivel internacional. Sobre este tipo de exigencia, puede verse PALLEMAERTS, M., “La Conférence de Rio: grandeur ou décadence du droit international?”, *R.B.D.I.*, nº 1, p. 175-223, esp. p. 218.

necesidades de los países en desarrollo más vulnerables, el desarrollo sostenible o las responsabilidades comunes pero diferenciadas.

1.2. El Protocolo de Kioto.

La conferencia de las partes (COP) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el cambio climático lo adoptó el 11 de diciembre de 1997, se firmó en Nueva York el 29 de abril de 1998 y entró en vigor el 16 de febrero de 2005²⁹. Debe destacarse su especial relevancia en el actual contexto internacional, junto con su innegable influencia jurídica en las normas con las que se pretende ralentizar el cambio climático. Ha sido considerado, con razón, como “una de las realidades más originales y complejas del actual sistema jurídico internacional”³⁰.

Persigue reducir la totalidad de las emisiones de GEI en, al menos, un 5% con respecto al nivel de emisiones del año 1990³¹. Los Estados partes incluidos en el anexo I de la Convención marco se comprometen a que sus emisiones de GEI no excedan del porcentaje que les atribuye este Protocolo³². En particular, la UE y sus Estados miembros se comprometieron a conseguir una reducción total de las emisiones de GEI de un 8% con respecto al nivel de emisiones del año 1990 durante los años 2008-2012. Para el segundo periodo de aplicación (2013-2020) la UE asumió una reducción de las emisiones del 30% para el año 2020 con respecto a los niveles de 1990³³.

Con obligaciones de comportamiento y de resultado que afectan sobre todo a la UE, los Estados desarrollados y las demás partes en el anexo I, facilita su cumplimiento por las partes al proporcionar los denominados mecanismos de flexibilidad: el comercio de los derechos de emisión, el cumplimiento conjunto de los compromisos y el mecanismo para un desarrollo limpio. Como ha escrito Juste, se

²⁹ Fue ratificado por España el 10.05.2002 y se halla publicado en el BOE nº 33 de 8.02.2005, p. 4131 y ss.

³⁰ GILES CARNERO, R., “El Protocolo de Kioto como modelo de gestión ambiental global”, REMIRO BROTÓNS, A, *et alit*, *El cambio climático ...*, *op. cit.* p. 28.

³¹ En el período comprendido entre el año 2008 y el año 2012 (art. 3.2).

³² A este respecto debe recordarse que la Decisión 2002/358/CE recoge en sus anexos II y III el cuadro de compromisos cuantificados de limitación y reducción para determinar los niveles de emisión de GEI asignados a la UE y a sus Estados miembros.

³³ “A condición de que otros países desarrollados se comprometan a aplicar reducciones comparables de sus emisiones y los países en desarrollo hagan una contribución adecuada con arreglo a sus responsabilidades y sus capacidades respectivas”. De acuerdo con el nuevo anexo B del Protocolo de Kioto, tal y como queda enmendado por la enmienda de Doha. <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2012/CN.718.2012-Eng.pdf> (consultado el 26.06.2017).

trata de procedimientos que pueden utilizarse para mitigar el rigor de las obligaciones asumidas, pero que nunca pueden llegar a comprometer los objetivos de reducción de las emisiones³⁴.

A diferencia de la Convención, menciona la actividad que realiza la aviación civil, el transporte aéreo, al señalar que “las partes incluidas en el anexo I procurarán limitar o reducir las emisiones de gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal generadas por los combustibles del transporte aéreo y marítimo internacional trabajando por conducto de la Organización de la Aviación Civil Internacional y la Organización Marítima Internacional, respectivamente”³⁵.

En una interpretación literal, lo que se infiere del tiempo verbal “procurarán” es que en su articulado no existe ni un mandato ni una obligación categórica para que las partes se vean forzadas a reducir o limitar las emisiones del transporte aéreo, sino tan solo una vaga aspiración a que actúen o hagan esfuerzos en la medida de sus posibilidades y de sus deseos. En suma, se trataría, a lo sumo, de algo próximo a lo que en derecho privado se conoce como la figura del precontrato que requiere un desarrollo jurídico posterior, puntual y definitivo que le dé la obligatoriedad requerida a tales efectos; algo a hacerse bajo los auspicios de la OACI³⁶.

2. El derecho derivado de la UE

No cabe duda de que la UE tiene reconocidas competencias en sus tratados constitutivos que le habilitan para adoptar normas tanto en materia de transportes³⁷, cuanto en lo que atañe a la preservación del medio ambiente³⁸ y, en particular dentro de esta última política, está capacitada para legislar para mitigar el cambio climático³⁹. Es, desde estas bases normativas desde donde las instituciones

³⁴ JUSTE RUÍZ, J., “Nuevas tendencias jurídicas frente al cambio climático: los mecanismos de flexibilidad en el Protocolo de Kioto”, MARTÍN ARRIBAS, J.J., *Hacia una política...*, p. 177.

³⁵ En su art. 2, 2. Algo que no recoge el posterior Acuerdo de París.

³⁶ Cf. EUROPEAN FEDERATION FOR TRANSPORT AND ENVIRONMENT (AISBL), *Grounded: How ICAO failed to tackle aviation and climate change and what should happen now*, Bruselas, Transport & Environment, 2010.

³⁷ Fundamentalmente de conformidad con los arts. 90 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

³⁸ Según los arts. 191 y ss. del TFUE.

³⁹ Particularmente el art. 191.1 del TFUE señala que “la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos: [...] el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente, y en particular a la lucha contra el cambio climático”. Por su parte el art. 191.4 del mismo cuerpo legal señala que “en el marco de sus respectivas competencias, la Unión y los Estados miembros cooperarán con los terceros países y las organizaciones

européas han dictado precisamente una serie de normas de derecho derivado que inciden en el tema objeto de análisis, destacando, por su marco regulatorio, la Directiva 2003/87/CE⁴⁰.

2.1. La Directiva 2003/87/CE

La principal finalidad para la que fue adoptada radica en establecer un RCDE⁴¹ de los GEI en el interior del territorio de la UE “para fomentar reducciones de emisiones de forma eficaz en relación con el coste y económicamente eficientes”⁴². Para unos, con su aplicación práctica se creó en el año 2005 el primer mercado internacional del comercio de los derechos de emisión⁴³. Al parecer de otros, se trata de un instrumento propio del mercado que se implantó a semejanza de otros ya existentes, como, por ejemplo, en los países nórdicos⁴⁴. Sea como fuere, parece obvio que, teniendo presentes otras referencias, la UE, en base a esta Directiva, creó el RCDE más dinámico y relevante de todos los existentes en la actualidad⁴⁵ y con una proyección clara de interactuar a nivel global con otros en un futuro inmediato⁴⁶.

internacionales competentes. Las modalidades de cooperación de la Unión podrán ser objeto de acuerdos entre ésta y las terceras partes interesadas”. Su versión consolidada puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016E/TXT&from=EN> (consultado el 26.06.2017)

⁴⁰ Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13.10.2003 por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo (DO L 275/32 de 25.10.2003)

⁴¹ Tal y como contempla el artículo 3 en sus letras a) y b) “derecho de emisión” ha de entenderse como el derecho a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono (CO₂) durante un período determinado, válido únicamente a efectos del cumplimiento de los requisitos de la presente Directiva, siendo este derecho transferible de conformidad con las disposiciones de la Directiva, en tanto que “emisión” supone la liberación a la atmósfera de GEI a partir de fuentes situadas en una instalación.

⁴² Según su art. 1.

⁴³ Cf. CISCAR MARTÍNEZ, J.C., y SORIA RAMÍREZ, A., “El comercio europeo de derechos de emisión de gases de efecto invernadero: modelización y regulación”, *I.C.E.*, mayo de 2005, nº 822, p. 51- 64, esp. p. 63.

⁴⁴ CAMPINS ERITJA, M., “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, p. 175.

⁴⁵ Como el australiano, el neozelandés, el coreano, el chino, el japonés, el americano, el suizo, etc.

⁴⁶ La Comisión Europea y el Ministerio de Cambio Climático y Eficiencia Energética Australiano, informaron en agosto de 2012 que ambos regímenes de comercio se conectarán, a más tardar, en julio del 2018. Vid., EUROPEAN COMMISSION & THE HON GREG COMBET AM MP, MINISTER FOR CLIMATE CHANGE AND ENERGY EFFICIENCY, MINISTER FOR INDUSTRY AND INNOVATION, *Joint press release, Australia and European Commission agree on pathway towards fully linking Emissions Trading systems*, Brussels, 28.08.2012, en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-916_en.htm (consultado el 26.06.2017). Ver también BRIDGES, “Australia to Link Carbon Trading Scheme with EU”, *Bridges Weekly Trade News Digest*, International Centre for Trade and Sustainable Development, Vol. 16, nº 30, 12.11.2012. <http://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/news/australia-to-link-carbon-trading-scheme-with-eu> (consultado el 29.06.2017)

Especial relevancia tiene, a este respecto, la regulación que efectúa de los permisos de emisión de GEI, porque permite a las autoridades estatales competentes ejercer un control sobre las emisiones de las instalaciones afectadas⁴⁷, porque fomenta que se vayan adaptando esas instalaciones hacia una menor contaminación o emisión de gases y, en fin, por el propio comercio de los derechos de emisión y los beneficios que reporta⁴⁸.

Desde el prisma de su aplicación material incide en las emisiones de GEI⁴⁹ que producen actividades, tales como las energéticas, las de producción y transformación de metales férreos, las industrias minerales o las instalaciones⁵⁰ industriales destinadas a la producción de determinados tipos de papel⁵¹. Obviamente y dado el contexto en el que fue adoptada la Directiva y su propósito principal, puede convenirse que el RCDE no solo planteaba algunas deficiencias⁵², sino que además no incluía las emisiones procedentes de la aviación civil⁵³.

En ella, la Comisión tiene asignadas importantes funciones, puesto que, además de elaborar aquellas disposiciones que sean necesarias para reconocerse derechos de emisión celebrando acuerdos con terceros⁵⁴, puede desarrollar otras de carácter administrativo, informativo y normativo.

⁴⁷ A este respecto la creación de un registro de derechos de emisión por parte de cada Estado miembro y la posibilidad de imponer sanciones a aquellos operadores incumplidores con las cuotas asignadas fueron dos instrumentos que, con cobertura legal en esta Directiva, sirvieron para el ejercicio práctico de control.

⁴⁸ Como en otro tipo de actividades, su concesión sigue un procedimiento cuyo momento inicial tiene lugar con la presentación, ante la autoridad competente, de una solicitud por la sociedad mercantil interesada. Corresponde a la autoridad competente concederlo, supervisar actuaciones y dar las informaciones pertinentes (com o p.e. a la Comisión Europea). Ahora bien, las empresas parecen actuar “allado” y “por cuenta” de la UE y de sus Estados miembros en el mercado internacional de derechos de emisión. Cf. SANZ RUBIALES, I., *El mercado de derechos ...op. cit.*, 2007, p. 109.

⁴⁹ Que contempla su Anexo II y es la misma media docena que incluye el Protocolo de Kioto.

⁵⁰ El término “instalación”, ha de entenderse, en sintonía con la letra e) del art. 3, es decir, como una unidad técnica fija donde se lleven a cabo una o varias actividades de las enumeradas en el anexo I, así como cualesquiera otras actividades directamente relacionadas con aquéllas que guarden una relación de índole técnica con las actividades llevadas a cabo en dicho lugar y puedan tener repercusiones sobre las emisiones y la contaminación.

⁵¹ De acuerdo con el contenido jurídico de su art. 2, en relación con su anexo. I.

⁵² CAMPINS ERITJA, M., “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, p. 192-193.

⁵³ Tan solo era partidaria de que las políticas y las medidas se aplicaran a todos los sectores económicos de la UE y no sólo a los sectores industrial y energético. Así se contempla en su vigesimoquinto considerando.

⁵⁴ En concreto en el art. 25 permite que la UE celebre acuerdos internacionales con terceros en los que se reconozcan mutuamente derechos de emisión.

2.2. Sus modificaciones inmediatas

Precisamente, en base a las competencias de tipo normativo que tiene asignadas en esa Directiva⁵⁵, la Comisión adoptó directrices en materia de seguimiento y notificación por lo que se refiere a las emisiones de GEI mediante la decisión 2004/156/CE⁵⁶ y la decisión 2007/589/CE⁵⁷. Dictó reglamentos que regulan el sistema normalizado y garantizado de registros de conformidad con la Directiva⁵⁸, en forma de bases de datos electrónicas normalizadas, en las que constaban elementos comunes de información para realizar el seguimiento de la expedición, la titularidad, la transferencia y la cancelación de los derechos de emisión, y para garantizar, en su caso, el acceso del público y la confidencialidad, y asegurar que no se produzcan transferencias incompatibles con las obligaciones derivadas del Protocolo de Kioto.

Adoptó la decisión 2006/780/CE⁵⁹ para evitar el doble cómputo de las reducciones de emisiones de GEI en el RCDE en relación con actividades de proyectos derivados del Protocolo de Kioto. Además la Comisión también está capacitada para plantear modificaciones a sus anexos y a sus disposiciones algo que consiguió, por ejemplo, mediante la Directiva 2004/101/CE⁶⁰ o mediante la

⁵⁵ Se trata de obligaciones normativas que prescriben, por ejemplo, sus arts. 9, 22, 24, 19 y 23.2.

⁵⁶ Decisión 2004/156/CE de la Comisión, de 29 de enero de 2004, por la que se establecen directrices para el seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 59 de 26.2.2004).

⁵⁷ Decisión 2007/589/CE de la Comisión, de 18.07.2007, por la que se establecen directrices para el seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 229 de 31.8.2007)

⁵⁸ Reglamento (CE) n° 2216/2004, relativo a un sistema normalizado y garantizado de registros de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión n° 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 386 de 29.12.2004). Reglamento (CE) n° 916/2007, de 31.07.2007, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2216/2004, relativo a un sistema normalizado y garantizado de registros de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión n° 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 200 DE 1.8.2007).

⁵⁹ Decisión 2006/780/CE de la Comisión, de 16.11.2006, relativa a la forma de evitar el doble cómputo de las reducciones de emisiones de gases de efecto invernadero en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión en relación con actividades de proyectos derivados del Protocolo de Kioto de conformidad con la Directiva 2003/87/CE (DO L 316 de 16.11.2006).

⁶⁰ Directiva 2004/101/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27.10.2004, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad con respecto a los mecanismos de proyectos del Protocolo de Kioto (DO L 338 de 13.11.2004).

Directiva 2008/101/CE⁶¹ que, a propuesta suya, fueron aprobadas por el Parlamento Europeo y el Consejo.

III. LA DIRECTIVA AVIACIÓN

En 2005, la Comisión ya era partidaria de propiciar un debate para obtener los argumentos necesarios para revisar el RCDE, hecho previsto para junio de 2006. Para ello, señaló, a su vez, que era necesario adoptar medidas que garantizaran que la aviación no iba a cuestionar el objetivo general del sistema, sino que, por el contrario, iba a contribuir a alcanzarlo⁶², y que, en fin, la aviación internacional debía incluirse en cualquier régimen del cambio climático para después de 2012, para lo cual era necesario impulsar que los Estados miembros adoptaran ciertas medidas por su cuenta y en colaboración con otros⁶³.

En 2006, presentó una propuesta de Directiva con el propósito de “proporcionar un modelo para el comercio de emisiones de la aviación que pueda servir de referencia en los contactos de la UE con los principales socios internacionales y fomentar el desarrollo de sistemas similares en todo el mundo”⁶⁴. Con sus fortalezas y sus debilidades, se decidió por un sistema que, desde el prisma de los resultados perseguidos, parece más eficaz que otros, como podría haber sido la imposición de tasas o impuestos sobre los combustibles que emplean los aviones, que podría haber puesto en tela de juicio los compromisos internacionales adquiridos.

Partiendo de esa propuesta y de los fundamentos jurídicos de los tratados constitutivos⁶⁵, se adoptó la Directiva 2008/101/CE con la que se incluye la aviación en el RCDE de GEI.

⁶¹ Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19.11.2008, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (DO L 8 de 13.1.2009).

⁶² COMISIÓN EUROPEA, Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Reducción del impacto de la aviación sobre el cambio climático*, Bruselas, 27.9.2005, (COM (2005) 459 final).

⁶³ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Ganar la batalla contra el cambio climático mundial*, Bruselas, 9.2.2005 (COM (2005) 35 de 9.2.2005).

⁶⁴ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, Bruselas, 20.12.2006 (COM (2006) 818 final).

⁶⁵ En base a entonces 175.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, hoy art. 192.1 del TFUE.

1. Sus contenidos jurídicos más relevantes

Con ella se pretende limitar el impacto negativo que tiene la aviación civil en el cambio climático⁶⁶. Se trata de una norma que, además de modificar la Directiva 2003/87/CE, se aplica desde el 1 de enero de 2012 a todos los vuelos con origen o destino a un aeropuerto de la UE⁶⁷, así como a las emisiones de vuelos desde y hacia Islandia, Liechtenstein y Noruega⁶⁸; esto es, los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) excepto Suiza, que conforman, junto con los Estados miembros de la UE, el Espacio Económico Europeo (EEE)⁶⁹.

Esencialmente el Estado miembro responsable de la gestión en lo que al operador de aeronaves respecta es el que haya concedido la licencia a tal operador o, en los demás casos, al que se atribuya la mayor parte de las emisiones de los vuelos gestionados por el operador durante el año de referencia.

El método de asignación de derechos que predomina es el de la asignación gratuita⁷⁰, si bien se establece también el de la subasta⁷¹. En el periodo de 2013-2020 se pretende subastar el 15% de los derechos de emisión y conceder gratuitamente el 85% siguiendo un procedimiento de *benchmarking* común a toda la UE. Se concreta una reserva especial, que radica en el 3% del volumen total de derechos del periodo para que pueda asignarse a operadores considerados como “nuevos entrantes”. Como sucede con otros sectores afectados por el RCDE, las compañías aéreas pueden adquirir o vender derechos de emisión si sobrepasan los límites asignados o si no los alcanzan.

⁶⁶ No se incluye todas las aeronaves, puesto que, entre otros, quedan fuera los vuelos de transporte exclusivo de Jefes de Estado y de Gobierno y Ministros de países que no sean Estados Miembros, aviones ligeros de menos de 5,7 toneladas, aviones con misiones humanitarias o con mandatos de la ONU, aviones de lucha contra incendios y de emergencia, aviones de la policía, cuerpos aduaneros y militares, aviones en misiones de investigación y pequeñas aerolíneas con bajas emisiones.

⁶⁷ En su consecuencia, no pretende aplicarse como tal a vuelos internacionales que sobrevuelan el territorio de los Estados miembros de la UE o el de terceros Estados, cuando tales vuelos no tengan destino u origen en un aeródromo situado en el territorio de un Estado miembro.

⁶⁸ Se prescriben algunas excepciones a esta regla general, como es el caso de los vuelos efectuados por aeronaves con una masa máxima de despegue autorizada inferior a 5.700 Kg o los vuelos efectuados por un operador comercial que realice menos de 243 vuelos por periodo durante tres periodos cuatrimestrales sucesivos...

⁶⁹ Como es sabido, el EEE, que existe de facto desde el 1.01.1994, abarca los 28 Estados miembros de la UE más Noruega, Islandia y Liechtenstein y fue creado mediante el acuerdo de Oporto de 2.05.1992.

⁷⁰ La asignación gratuita se calcula en base a un *benchmark* expresado en toneladas-kilómetro. El *benchmark* aplicable en un periodo se calcula dividiendo el número de derechos de emisión a asignar gratuitamente en el periodo entre la suma de todos los datos de toneladas-kilómetro verificados para el año de seguimiento que han presentado los titulares mediante solicitud de asignación para dicho periodo.

⁷¹ Se hace un reparto entre los Estados miembros en base al peso que cada uno tenga en el total de las emisiones de la aviación tomando como año de referencia el 2010.

Prevé la realización de un seguimiento, notificación y verificación de las emisiones de los vuelos de cada operador y de los datos de toneladas-kilómetro para los años de seguimiento⁷². Establece sanciones para los operadores de aeronaves⁷³ y, en último caso, que los Estados miembros responsables de la gestión soliciten a la Comisión Europea que adopte una decisión dirigida al operador infractor con la que le prohíba operar en el territorio de la UE⁷⁴. Cuando un tercer país adopte medidas para reducir el impacto del cambio climático de sus vuelos con aterrizaje en territorio de la UE, la Comisión ha de evaluar las medidas a adoptar, tales como, entre otras, la modificación de la Directiva para excluir los vuelos procedentes de ese Estado.

En este acto institucional la UE reitera que intentará que se alcance un acuerdo internacional que incluya medidas globales para reducir las emisiones de GEI procedentes de la aviación⁷⁵.

Puede considerarse como una norma audaz y vanguardista y como instrumento relevante para la lucha global contra el cambio climático, que, como casi todo, presenta sus propias ventajas e inconvenientes⁷⁶, por lo que ha sido objeto de críticas⁷⁷, porque, entre otras cosas, se adoptó al margen de la OACI y porque, además, se aplicó en un principio a operadoras europeas y a otras que no lo eran; lo que, a la postre, generó ciertas dificultades.

⁷² El seguimiento debe hacerse de conformidad con lo establecido en los planes de seguimiento de emisiones y toneladas-kilómetro presentados por el operador y aprobados por la autoridad competente, mientras que la verificación la hace un verificador independiente. En cuanto a la notificación, es de aplicación el reglamento (UE) n° 525/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21.05.2013, relativo a un mecanismo para el seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero y para la notificación, a nivel nacional o de la Unión, de otra información relevante para el cambio climático, y por el que se deroga la decisión 280/2004/CE (DO L 165 de 18.6.2013, p. 13).

⁷³ Las mismas que ya se han diseñado para los titulares de instalaciones en la Directiva de comercio de derechos de emisión que se modifica.

⁷⁴ Según el art. 1.14, c) de la Directiva. Luego son los Estados miembros los encargados de hacer cumplir esa decisión en su respectivo territorio.

⁷⁵ Como consta, por ejemplo, en el considerando 5 y en el art. 25 bis. 2.

⁷⁶ Por citar algunas ventajas, al poner precio a los derechos de emisión que pueden comercializarse, incentiva la reducción de emisiones por parte de quienes superan el límite establecido que han de comprar derechos como de quienes se quedan cortos que pueden venderlos. Entre los inconvenientes, no cabe duda de que el precio de los derechos de emisión va a depender del mercado y que la contabilidad de las emisiones que debe verificarse no parece nada simple.

⁷⁷ REAGAN, D.B. "Putting International Aviation into the European Union emissions Trading scheme: can Europe do it flying solo?", *Boston College Environmental Affairs Law Review*, n° 35, 2008, p. 370; BEKKHUS, N.B. y VAN HECKE, K. "The European Union Emission Trading Scheme", *Studia Diplomatica*, Vol. LXI, n° 1, 2008, p. 145. ESPA, I., "Action pour le climat et mesures commerciales unilatérales: les initiatives les plus récentes de l'Union européenne", *Revue Internationale de Droit Économique*, 2012, Vol. XXVI, n° 3, p. 295-320.

2. Algunos de los inconvenientes que suscitó

Desde una perspectiva jurídica, entre todos ellos, pueden destacarse su hipotético unilateralismo climático, la posible vulneración del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y la discusión de si respeta o no el derecho internacional.

2.1.- Su posible unilateralismo climático

Como ya ha sido avanzado, a pesar de lo preceptuado en el art. 2.2 del Protocolo de Kioto, la OACI no hizo esfuerzos remarcables para tener en cuenta los impactos que producen las emisiones de la aviación en el fenómeno del cambio climático. Ante lo cual, las instituciones europeas, en coherencia con sus postulados, decidieron⁷⁸ que, en caso de que la OACI no pactara medidas, a más tardar en el año 2002, la UE debía identificar y aplicar medidas específicas para reducir las emisiones de GEI procedentes de la aviación⁷⁹.

La OACI, conocedora de esta situación, no sólo no actuó en positivo, sino que se enrocó al adoptar su Asamblea General una resolución en la que pedía a sus Estados miembros que se abstuvieran de regular unilateralmente derechos de emisión de GEI antes del período ordinario de sesiones de 2007⁸⁰. En septiembre de ese año⁸¹, pedía a sus Estados miembros que no aplicaran un RCDE a los operadores de aeronaves de otros Estados miembros, salvo que alcanzaran entre sí un acuerdo internacional⁸².

⁷⁸ En su sexto programa de acción en materia de medio ambiente publicado mediante la decisión nº 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22.07.2002, por la que se establece el sexto programa de acción comunitario en materia de medio ambiente 2002-2012 (DO L 242 de 10.09.2002).

⁷⁹ Idea que el Consejo trasladó a la Comisión en sus conclusiones de octubre de 2002, diciembre de 2003 y octubre de 2004, pidiéndole que adoptara medidas. Cf. Considerando 10 de la Directiva 2008/101/CE.

⁸⁰ Resolución A35-5 de la 35ª Asamblea de la OACI, párr. 29(b)4.

⁸¹ El apéndice L de la Resolución A36-22 de la 36ª Asamblea de la OACI

⁸² En 2007 OACI crea un Grupo sobre la Aviación Internacional y el Cambio Climático para elaborar un plan de lucha contra el cambio climático de cara a la cumbre de Copenhague de diciembre de 2009. Según algunos empezaría a reunirse en 2009 (LUONGO, N.-E., “El histórico acuerdo de la OACI sobre aviación internacional y cambio climático. Análisis de un éxito presente y de sus desafíos futuros”, *Center for Studies on Air and Space Law (CEDAE)*, Online Edition, 19.10.2016, posted: 4.04.2017 p.2 en <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=699064116031076107086113120104107025123011062088031092022073113100022102028122120089013000007026033049005011015120088084013103102026033060067066108026119067023094074002003007013028072067097102098073020102066080077105125015096072110073110116011113065027&EXT=pdf>, consultado el 26.06.2017) Si así fue, puede considerarse este dato como una prueba más de que en el contexto de la OACI se ha retrasado todo lo posible un acuerdo sobre este tema.

Entonces los Estados miembros de la UE y otros Estados europeos formularon una reserva a esa resolución, mediante la cual, en virtud del Convenio de Chicago, insistieron en su derecho a establecer y a aplicar medidas, basadas en el mercado y de forma no discriminatoria, a todos los operadores de aeronaves de todos los Estados que prestasen servicios con destino u origen en su territorio o dentro de este.

Partiendo de esta situación cabe plantearse si la UE, al dictar y aplicar la Directiva aviación, estaba apostando por un unilateralismo jurídico climático y global. A primera vista, la respuesta a este interrogante podría ser positiva, dado que se trata de una norma jurídica que la UE adoptó *per se*⁸³ y cuyos efectos jurídicos no solo se extienden a la totalidad de sus Estados miembros y de sus propias compañías aéreas, sino también a las compañías de terceros Estados. Ahora bien, si se profundiza con mayor rigor, debe recordarse que no afecta a todas las empresas de terceros, sino únicamente a aquellas que presten servicios con destino u origen en el territorio de la UE o dentro de éste⁸⁴.

Lo que hizo la UE fue ser coherente con la estrategia que vino manteniendo durante lustros para aminorar el fenómeno del cambio climático y con su propias normas jurídicas⁸⁵, al tiempo que impidió que las compañías aéreas europeas perdieran competitividad frente a algunas de terceros Estados⁸⁶; pero tampoco influye en que la ganen, puesto que les trata en “un contexto equitativo de igualdad de oportunidades a ambas categorías de líneas aéreas”⁸⁷ y, por lo tanto, no se les discrimina, puesto que se les aplica la misma normativa sin distinción de nacionalidad⁸⁸.

⁸³ Así se deduce de publicaciones tales como: ROSENFELD, R.F., “The European Union Aviation Directive and U.S. Resistance: A Deadlock on Aviation Emission Control”, *The Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 25, 2013, p. 589-614, p.e., p. 589. ESPA, I., “Action pour le climat..”, *op.cit.* p. 299. SCOTT, J. y RAJAMANI, L., “EU Climate Change Unilateralism”, *op. cit.*

⁸⁴ No quedan, por ejemplo, afectadas las compañías aéreas que transitan por su territorio aéreo, que es el de sus Estados miembros.

⁸⁵ No debe olvidarse que el art. 191. 2 del TFUE compromete a la UE a alcanzar “alto nivel de protección” en materia de medio ambiente.

⁸⁶ Espa, con buen criterio, señala que la integración de las actividades extranjeras en el RCDE tiende a reestablecer un “*terrain de jeu égal*” entre empresas europeas y foráneas. Cf. ESPA, I., “Action pour le climat...*op.cit.*”, p. 299.

⁸⁷ STJUE, cit, nota 13, párr. 99.

⁸⁸ Cumpliendo lo previsto en el art. 11 del Convenio de Chicago y sin vulnerar el Convenio de cielos abiertos suscrito entre la UE y los EEUU.

Desde el punto de vista del derecho internacional no parece vulnerar el principio de soberanía estatal⁸⁹, dado que no contradice la norma por la cual cada Estado tiene soberanía plena y exclusiva sobre su espacio aéreo⁹⁰. Tampoco lo viola desde la perspectiva de una aplicación extraterritorial de las leyes, pues se trata éste de un principio que debe ser entendido en términos relativos, toda vez que, en la práctica, la contaminación y sus impactos nocivos no reconocen fronteras y el derecho internacional en el ámbito medioambiental lo permite en determinadas circunstancias y según el caso concreto. En particular, en la cuestión objeto de análisis, la UE, al aplicar sus medidas de protección medioambiental, puede limitar “unilateralmente el volumen de tráfico, o incluso la frecuencia o la periodicidad del servicio con arreglo al artículo 3, apartado 4 del Acuerdo de cielos abiertos, debe no obstante aplicar tales medidas en condiciones uniformes que sean conformes con el artículo 15 del convenio de Chicago”⁹¹

2.2.- Su hipotética vulneración del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas

Este principio, capital para la nueva etapa del desarrollo que está siguiendo el derecho internacional del medio ambiente, aparece regulado tanto en el convenio de las Naciones Unidas sobre el cambio climático como en el Protocolo de Kioto que le complementa⁹². Supone, en pocas palabras, que todos los Estados deben participar en la ralentización del cambio climático (responsabilidad común) pero sus esfuerzos van a ser diversos y dependerán de su realidad socio-económica, técnica, etc (responsabilidades diferenciadas), de tal manera que a los países en desarrollo (que a primera vista están contribuyendo menos a su aceleración) se les exige menos actuaciones y de menor calado. En este sentido puede decirse, por una parte, que se proyecta hacia el principio de equidad, puesto que no pueden entenderse los esfuerzos que se exige a los Estados como partes alícuotas de un todo, sino de acuerdo con sus respectivas capacidades⁹³. Por otra, y como se ha escrito con buen

⁸⁹ Sostienen lo contrario: MARTÍNEZ-GARCÍA, J.-D., “The EC decision to include the aviation activities in the European Emissions Trading System (EU ets): A breach of international law?”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 20, enero-junio, 2012, p. 103-129.

⁹⁰ Art. 1 del Convenio de Chicago.

⁹¹ STJUE, cit, nota 13, párr. 98.

⁹² Respectivamente en sus arts. 3.1 (en el primero) y 10 y 13 (en el segundo).

⁹³ Vid., MARTÍN ARRIBAS, J.J., *Los Estados europeos... op cit*, p. 445.

criterio, rompe la aplicación del tradicional principio de reciprocidad en las relaciones estatales⁹⁴.

Como la Directiva se aplica a aquellas compañías aéreas que prestan servicios con destino u origen en todo el territorio de la UE o dentro de éste, se puede plantear la cuestión de si realmente respeta este principio. Dicho de otra manera, si, al no discriminar positivamente a las empresas de los países en desarrollo lo está vulnerando⁹⁵. Se resalta, por lo tanto, el problema de la materialización práctica de dicho principio, lo cual sobrepasa el plano jurídico y las propias normas con las que se regula y requiere interpretaciones jurídicas aplicables, sin duda, a cada caso concreto.

Lo cierto es que la propia Directiva establece determinadas exclusiones en base al principio “legislar mejor”⁹⁶, en cuya aplicación parece determinante el parecer de la Comisión. En efecto, se permite excluir de su ámbito de aplicación a aquellas compañías de terceros Estados cuyos gobiernos adopten medidas para reducir el impacto del cambio climático⁹⁷. También favorece a los operadores del transporte aéreo comercial que realicen durante tres períodos cuatrimestrales sucesivos menos de 243 vuelos por período o bien vuelos con un total anual de emisiones inferior a 10.000 toneladas al año⁹⁸; es decir, incide favorablemente en las aerolíneas que realicen servicios limitados, entre las que hay una parte de las aerolíneas domiciliadas en países en desarrollo.

⁹⁴ Cf., GILES CARNERO, R., *op. cit.*, nota 28, p. 34.

⁹⁵ Se deja aparte el debate subyacente sobre su aplicación, esto es, si solo se aplica a las empresas que forman parte del mercado aéreo europeo y no a los Estados en los que tienen su domicilio social o, por el contrario, si también les afecta a ellos en la medida en que pueden conseguir exenciones para sus empresas si adoptan medidas de mitigación equivalentes a las que ha adoptado la UE; o de si no hay un impacto económico significativo para los países en desarrollo, sobre todo los de “baja capacidad” si tienen o no incluidas sus empresas en el RDCE (SCOTT, J. y RAJAMANI, L., “EU Climate Change Unilateralism”, *EJIL*, Vol. 23, n° 2, 2012, p. 469-494, esp. p. 476-484); o de si este principio en cuestión no es aplicable a las compañías aéreas dado el contenido jurídico del art. 2.2 del Protocolo de Kioto. MARTÍNEZ-GARCÍA, J.D., “The EC decisión...*op. cit.*, Pero lo cierto es que, como ya se ha apuntado, tanto la Convención de Naciones Unidas como el Protocolo que la complementa regulan este principio y toda norma que se adopta para desarrollar sus respectivos contenidos jurídicos deben aplicar todos los principios que en ellos se determinan, pues sería ilógico elegir al menú cuando las partes ya se han comprometido a aplicarlas a la carta. En todo caso, a nivel de derecho internacional existe la figura de las reservas que, en este caso, como es sabido no ha sido utilizada por la UE ni por sus Estados miembros. En su consecuencia, la UE debe tener presente y tiene en cuenta el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas en la aplicación de sus normas

⁹⁶ Ver el considerando 18 de la Directiva objeto de análisis.

⁹⁷ Según su art. 25 *bis*.

⁹⁸ En este sentido se manifiesta el anexo de la directiva en su modificación del anexo 1 de la de 2003, letra j).

Es obvio que algunos Estados, que no se contemplan en los anexos de la Convención de las Naciones Unidas sobre el cambio climático⁹⁹, han dejado de ser países en desarrollo, tal y como se les consideraba hace varios lustros, y, en la actualidad, sus emisiones de GEI más que ser “relativamente reducidas”¹⁰⁰ son absolutamente determinantes del cambio climático. Tratar de ganarse un trato especial desdeñando su realidad económica y poblacional distorsionaría el principio internacional de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, algo que no se ha hecho desde la base de principales Directivas que regulan el RCDE, pero sí en la práctica con su no aplicación temporal y dilatando la entrada en vigor del acuerdo alcanzado en el seno de la OACI en 2016¹⁰¹.

2.3. Su compatibilidad o incompatibilidad con el derecho internacional

Se argumentó por algunas asociaciones¹⁰² que la Directiva vulneraba el derecho internacional convencional y el derecho internacional consuetudinario. Dentro del primero se hizo referencia expresa al Convenio de Chicago, al Acuerdo de cielos abiertos EEUU-UE y al Protocolo de Kioto. En el ámbito del segundo se puso énfasis en el principio de la soberanía estatal plena y exclusiva sobre su propio espacio aéreo, en el de que ningún Estado puede pretender válidamente someter parte alguna de la alta mar a su soberanía, el de la libertad de sobrevolar la alta mar, y el de que las aeronaves que sobrevuelen la alta mar están sujetas a la exclusiva competencia de su país de matrícula, salvo lo expresamente previsto por tratados internacionales.

Sin embargo, el TJUE¹⁰³, partiendo de la consideración jurídica de que es competente para declarar la invalidez de un acto de la UE, como es el caso de la

⁹⁹ Como China, India, etc.

¹⁰⁰ En expresión de la Convención de las Naciones Unidas (ver preámbulo).

¹⁰¹ Adoptado por la 39ª Asamblea General de la OACI (27 de septiembre a 6 de octubre), consiste según Luengo en “la implementación de un esquema de medidas de mercado en la modalidad de compensación y reducción del carbono para la aviación internacional, denominado CORSIA (por sus siglas en inglés), cuyo objetivo es compensar todo incremento anual en las emisiones de CO₂ producto de la aviación civil internacional que se dé por encima de los niveles que se registren en el año 2020”. Tiene una fase voluntaria que va de 2021 a 2026 que se desdobra, a su vez, en una fase piloto o de prueba (2021-2023) y una verdadera “primera fase” (2024-2026) y una fase posterior que es obligatoria (LUEGO, *op. cit.*, p. 6 y ss).

¹⁰² Como lo hicieron la IATA, el *National Airlines Council of Canada* y otros argumentaron jurídicamente en el recurso interpuesto ante *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court)* (Reino Unido).

¹⁰³ Debe recordarse, a este respecto, que el TJUE, en el as. C-366/10, actuó en Gran Sala, compuesta por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts y J.-C. Bonichot y la Sra. A.

Directiva aviación, y del hecho de que la UE no es parte contratante en el convenio de Chicago aunque lo sean todos sus Estados miembros, argumentó que tal Directiva no vulnera el derecho de la OACI, ni tampoco el Acuerdo de transporte aéreo de abril de 2007 celebrado con los EEUU, ni mucho menos el Protocolo de Kioto. En resumidas cuentas, declaró que la Directiva en cuestión es compatible con el derecho internacional, porque, entre otras cosas, la ampliación del RCDE a la aviación no infringe ni el principio de territorialidad, ni la soberanía de terceros países; tampoco constituye un impuesto, tasa o derecho sobre el combustible, por lo que, en su consecuencia, no vulnera el acuerdo de transporte aéreo UE-EEUU; además, el hecho de no discriminar en su aplicación, entre compañías aéreas europeas y no europeas es conforme las disposiciones de dicho acuerdo.

3. Modificaciones posteriores

Aunque los contenidos jurídicos de la Directiva aviación se integran en la Directiva 2003/87/CE, debe recordarse que, en base al principio de flexibilidad y a su adaptabilidad, así como para dar respuesta a los retos que se vayan planteando, da competencias a la Comisión para adoptar normas sobre la asignación de derechos mediante subasta y sobre el funcionamiento de la reserva especial de determinados operadores de aeronaves, elaborar directrices sobre la interpretación detallada de las actividades de aviación enumeradas en el anexo I, poder prever una interacción óptima entre el RCDE y el de terceros Estados, adoptar modificaciones con las que se excluyan vuelos procedentes de terceros o cualquier otra modificación, proponer al Parlamento Europeo y al Consejo otras modificaciones o, incluso, si se logra un acuerdo global de reducción de emisiones, introducir las necesarias modificaciones en sus disposiciones¹⁰⁴.

En base a ellas, la Comisión o bien ha presentado iniciativas legislativas para que el Consejo y el Parlamento adopten determinadas normas o bien ha dictaminado per se las suyas propias.

Prechal, Presidentes de Sala, y el Sr. A. Rosas, la Sra. R. Silva de Lapuerta, los Sres. E. Levits, A. Ó Caoimh y L. Bay Larsen, la Sra. C. Toader (Ponente) y el Sr. E. Jarašiūnas, Jueces. El Abogado General fue la Sra. J. Kokott.

¹⁰⁴ Según los considerandos 5, 17 y 36, y los arts. 3 *ter*, 3 *quinqüies*, 3 *septies*, etc. De acuerdo con el art. 1, 18 de la Directiva aviación se inserta en la Directiva 2003/87 un art. 25 *bis*, titulado “medidas de terceros países para reducir el impacto en el cambio climático de la aviación”.

3.1. La Directiva que perfecciona y amplía el RCDE

Con la Directiva 2009/29/CE¹⁰⁵, que forma parte del denominado paquete energía-clima, las instituciones europeas pretendieron modificar la Directiva 2003/87/CE, para conseguir una reducción de las emisiones de GEI en un 20% para el 2020 en relación con el 2005, extendiendo el RCDE a otros sectores como los productos fabricados por industrias grandes consumidoras de energía, ampliando los cometidos asignados a la Comisión y reduciendo los de los Estados. Se suprimieron los registros estatales y se apostó por un registro europeo para consignar los derechos de emisión¹⁰⁶.

Promovió la movilización de ingresos para luchar contra el cambio climático a través de la venta de derechos de emisión mediante la progresiva aplicación del sistema de subasta que fue sustituyendo al de la asignación gratuita¹⁰⁷, partiendo de que la cantidad de los derechos expedidos cada año para toda la UE va disminuyendo linealmente desde 2013¹⁰⁸.

3.2. Normas sobre los derechos a subastar

La profunda crisis económica por la que atravesaron Estados miembros de la UE incidió negativamente en la producción de las empresas, lo que, a su vez, influyó positivamente en un recorte de las emisiones de GEI. Con ello la oferta de derechos se incrementó sobre la demanda, trayendo como consecuencia una bajada de sus precios. Pues bien, la Decisión nº 1359/2013/UE vino a modificar la Directiva 2003/87/CE precisando su art. 10.4 para fomentar la seguridad jurídica y garantizar el buen funcionamiento del mercado. Para ello facultó a la Comisión retirar del mercado una cantidad máxima de 900 millones de derechos a lo largo de los años 2014-2016 para introducirlos a partir de 2019.

¹⁰⁵ Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23.04.2009 por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (DO L 140 de 5.6.2009).

¹⁰⁶ Ver el considerando 38 en relación con el nuevo apdo. 1 que se introduce en el art. 19.

¹⁰⁷ Se trata de un sistema de subasta que se ve matizado por algunas excepciones, como dictamina, por ejemplo, el art. 10 *quarter*, opción de asignación transitoria gratuita de derechos de emisión para la modernización de instalaciones de generación de electricidad.

¹⁰⁸ Tal y como se deduce del nuevo texto del art. 9.

En lo que respecta al sistema de subastas de derechos de emisión, la Comisión reguló el calendario, la gestión y otros aspectos mediante el Reglamento nº 1031/2010¹⁰⁹ (reglamento “subastas”), revisando y ampliando así las disposiciones de la Directiva 2003/87/CE. En él se incide en crear una plataforma de subastas común para celebrar las subastas, puesto que considera que es la mejor manera de conseguir los objetivos generales del RCDE¹¹⁰. Aun así, permite que los Estados puedan organizar sus propias subastas, siempre que se lo comuniquen a la Comisión, sigan un procedimiento de selección que respete su legislación y la normativa de la UE en materia de contratos públicos, tengan un periodo de designación de tres años como máximo y se les autoricen sus plataformas como mercados regulados y cuenten con una entidad supervisora. En definitiva, se autoriza este tipo de subastas siempre y cuando se respeten los mismos principios y se cumplan con los mismos requisitos técnicos que la plataforma de subastas común¹¹¹.

Mediante el reglamento (UE) nº 1210/2011¹¹² se revisó de este calendario para fijar un volumen de derechos de emisión a subastar en una fase temprana, antes de 2013, con reducciones equivalentes en los volúmenes de subastas de 2013 y 2014, con el objetivo principal de garantizar una transición fluida del segundo al tercer período de comercio, teniendo debidamente en cuenta las necesidades de cobertura para garantizar el cumplimiento en los primeros años del tercer período de comercio.

¹⁰⁹ Reglamento (UE) nº 1031/2010 de la Comisión, de 12.11.2010, sobre el calendario, la gestión y otros aspectos de las subastas de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero con arreglo a la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad (DO L 302 de 18.11.2010). Ver, en una profundización, DE MIGUEL PERALES, C., “Análisis crítico del Reglamento 1031/2010 sobre las subastas de los derechos de emisión”, *ICADE, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 86, mayo-agosto de 2012, p. 33-54.

¹¹⁰ De acuerdo con el considerando 6 de su exposición de motivos, que señala además que “este planteamiento evita distorsiones del mercado interior, ofrece el grado más elevado de eficiencia económica y permite que los derechos de emisión se asignen mediante subasta sobre la base de unas condiciones plenamente armonizadas en la Unión. Además, la celebración de las subastas a través de una plataforma de subastas común es el mejor instrumento para reforzar la señal del precio del carbono necesaria para que los operadores económicos tomen las decisiones adecuadas en materia de inversión y, por ende, lograr la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero al menor coste”.

¹¹¹ Desde el punto de vista de los operadores industriales, el Reglamento establece disposiciones que aseguran un buen equilibrio entre la eficiencia en cuanto a los costes y el acceso equitativo para las pequeñas y medianas empresas.

¹¹² Reglamento (UE) nº 1210/2011 de la Comisión, de 23.11.2011, por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 1031/2010, en particular con el fin de determinar el volumen de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero por subastar antes de 2013 (DO L 308 de 24.11.2011).

La Comisión modificó el Reglamento “subastas” dictando otros nuevos, como, por ejemplo, el nº 1210/2011¹¹³ para determinar el volumen de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero por subastar antes de 2013; o el nº 176/2014¹¹⁴ para determinar los volúmenes de los derechos de emisión de GEI a subastar en el periodo 2013-2020, que aplica una especie de efecto acordeón puesto que para los años 2014-2016, debió reducirse la cantidad de derechos de emisión del año correspondiente tal y como figura en el anexo IV. Por el contrario, entre 2019-2020 va a incrementarse en la cantidad de derechos de emisión del año correspondiente.

3.3. La inaplicación a los vuelos operados desde o hacia terceros Estados

Mediante la Decisión nº 377/2013/UE¹¹⁵ dejó inaplicable temporalmente el RDCE a los vuelos realizados en 2010, 2011 y 2012 desde o hacia Estados no europeos. Un año después decidió dar tiempo a que la OACI propiciara la celebración de un acuerdo internacional a tenor del cual se aplique una única medida de mercado mundial a las emisiones de la aviación internacional y reducir así las emisiones de GEI de la aviación civil; lo que consiguió mediante el Reglamento (UE) nº 421/2014¹¹⁶.

En pocas palabras puede decirse que, con esta normativa, la UE adaptó la Directiva 2003/87/CE a la Resolución que la Asamblea de la OACI adoptó el 4 de octubre de 2013 en su 38º período de sesiones, que contiene una Declaración consolidada de las políticas y prácticas permanentes de la OACI relativas a la protección del medio ambiente. En concreto, incluyó un nuevo art. 28 bis, bajo este enunciado tan esclarecedor: “Excepciones aplicables antes de la ejecución, para

¹¹³ Reglamento (UE) nº 1210/2011 de la Comisión de 23.11.2011 por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 1031/2010, en particular con el fin de determinar el volumen de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero por subastar antes de 2013 (DO L 308/2 de 24.11.2011).

¹¹⁴ Reglamento (UE) nº 176/2014 de la Comisión de 25.02.2014 por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 1031/2010, en particular con el fin de determinar los volúmenes de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero que se subastarán en 2013-2020 (DO L 56/11 de 26.2.2014).

¹¹⁵ Decisión nº 377/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24.04.2013 que establece una excepción temporal a la Directiva 2003/87/CE por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad (DO L 113 de 25.4.2013).

¹¹⁶ Reglamento (UE) nº 421/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16.04.2014 que modifica la Directiva 2003/87/CE, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad, con vistas a la ejecución, de aquí a 2020, de un acuerdo internacional que aplique una única medida de mercado mundial a las emisiones de la aviación internacional (DO L 129 de 30.4.2014)

2020, de un acuerdo internacional que aplique una única medida de mercado mundial”

Esta excepción temporal incide en el seguimiento, la notificación y la verificación de derechos de vuelos con destino y origen en Estados que no forman parte del EEE de 1 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2016. Se excluyen del ámbito de aplicación de dicha Directiva desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2020 los vuelos efectuados por operadores no comerciales que emitan menos de 1.000 toneladas de CO₂ al año. También reduce las cargas administrativas y deja totalmente exentos los vuelos entre el EEE y los Estados menos adelantados, los Estados de bajos ingresos y los Estados de renta media-baja que se benefician de Sistema de Preferencias Generalizado (SPG) de la UE y que tienen una participación de menos del 1% de la actividad de la aviación internacional.

En suma, ante las fuertes presiones internacionales, la UE suspendió la aplicación de la Directiva a ese tipo de vuelos internacionales en beneficio de un consenso internacional que, como ya ha sido apuntado, se ha materializado en el acuerdo internacional de 2016 celebrado bajo los auspicios de la OACI.

IV. A MODO DE REFLEXIONES FINALES: LOGROS Y DESAFÍOS

Sobre los fundamentos de la Convención de las Naciones Unidas sobre el cambio climático y el Protocolo de Kioto, y regulado mediante la Directiva 2003/87/CE, el RCDE de la UE ha ido ampliando progresivamente su ámbito material de aplicación a nuevos sectores como el de la aviación, gracias sobre todo a la Directiva 2008/101/CE, que determina su ámbito de aplicación, el Estado miembro responsable de la gestión, el techo y el método de la asignación, la subasta, el seguimiento y las sanciones, las acciones a emprender en caso de que un tercer país adopte medidas para reducir el impacto de la aviación en el cambio climático, etc.

Parece importante remarcar el hecho de que desde 2012 incluya la aviación, una esfera que ha quedado fuera de la regulación de los principales convenios internacionales que promueven la lucha contra el cambio climático, a excepción de la genérica alusión contemplada en el Protocolo de Kioto. En favor del consenso

internacional, la UE suspendió su aplicación a los vuelos intercontinentales, facilitando la celebración del tratado CORSIA, cuya aplicación temporal prima la competitividad de las aerolíneas pertenecientes a Estados como China, India, Brasil, Rusia, República Sudafricana, etc., frente a las europeas.

Esto es una buena prueba de que, en base a la experiencia acumulada y para dar respuesta a la propia realidad de las cosas, ha ido evolucionando con el paso del tiempo. Además de interactuar a nivel internacional, lo cierto es que otras de sus reformas radican en la creación de una reserva de estabilidad del mercado para afrontar el superávit estructural de los derechos de emisión, la imposición del sistema de subastas sobre la entrega gratuita de los derechos, la asignación de derechos de la reserva especial, la supresión de los registros estatales por un registro europeo para consignar los derechos de emisión, la exclusión del ámbito de aplicación temporal (desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2020) de los vuelos efectuados por operadores no comerciales que emitan menos de 1.000 toneladas de CO₂ al año ...

Hoy por hoy es el mejor y el mayor mercado internacional de carbono tanto por los sectores que abarca, las empresas, instalaciones y aeronaves que vincula, como las sustancias que incluye en su actual tercera fase¹¹⁷, como por el grupo de Estados a los que obliga: los Estados partes en el EEE. Puede ser considerado además como el instrumento práctico más relevante que utiliza la UE para ralentizar el cambio climático¹¹⁸, que está abierto a todos los terceros Estados que deseen entrar. En esencia puede decirse que conjuga los principios de limitación y de comercio, puesto que, por un lado, establece, a nivel de todo el territorio del EEE, unos límites máximos que no pueden sobrepasar las emisiones de GEI de los operadores incluidos en él y, por otro, permite comerciar (comprar/vender) los derechos de emisión entre los participantes, según sus necesidades y respectivas obligaciones.

¹¹⁷ Además del CO₂ sobre el que ha puesto énfasis en las fases precedentes, incluye el óxido nitroso (N₂O) de la producción de ácido nítrico y otros ácidos, así como los perfluorocarburos (PFC) de la producción de aluminio.

¹¹⁸ Los técnicos siempre han barajado un amplio abanico, destacando los siguientes para contrarrestar los efectos de la aviación en el cambio climático: el desarrollo de nuevas tecnologías, la mejora de las infraestructuras, los procedimientos operativos de las aerolíneas y la aplicación de mecanismos de mercado, tales como Acuerdos voluntarios entre Estados, compañías aéreas, fabricantes de aviones y público viajero, impuestos sobre el combustible o sobre el pasajero, tasas por emisiones utilizando los mismos principios aplicados a emisiones de efecto local y el comercio de emisiones, que es uno de los mecanismos de flexibilidad previstos en el Protocolo de Kioto (BENITO, A., "Transporte aéreo y cambio climático: los derechos de emisión de CO₂", 17.06.2014, <https://cedaeonline.com.ar/2014/06/18/transporte-aereo-y-cambio-climatico-los-derechos-de-emision-de-co2/> (consultado el 30.06.2017).

Uno de sus logros a destacar es su próxima conexión con el mercado nacional de carbono australiano, si bien le queda el reto de atraer a su funcionamiento otros mercados nacionales de carbono. La negociación de acuerdos bilaterales que permitan a otros regímenes vincularse con el RCDE podría traer consecuencias muy positivas creando sinergias, abaratando costes, simplificando esfuerzos y facilitando la futura aplicación del acuerdo global.

Otro ha sido su influencia práctica en las negociaciones internacionales que han culminado en el acuerdo internacional celebrado bajo los auspicios de la OACI; si bien es cierto que, al ser un mecanismo de aplicación al mercado global de las emisiones de la aviación internacional, la UE deberá hacer progresivamente los ajustes necesarios a nivel jurídico, técnico y político para su mejor coordinación desde su RCDE.

Su experiencia acumulada a lo largo de estos años de funcionamiento permitirá a los Estados partes en el EEE participar en el sistema CORSIA al máximo nivel en el periodo voluntario de aplicación (2021-2026) y con sobradas garantías en la fase de cumplimiento obligatorio a partir del 2027.

En resumidas cuentas, puede concluirse que con su RCDE la UE seguirá liderando a nivel mundial la reducción de GEI en los próximos lustros, y, en su consecuencia, la lucha contra el cambio climático.

BILIOGRAFÍA

ALBEROLA, E., y SOLIER, B., *Including international aviation in the European Union emissions trading scheme: a first step towards a global scheme? Climate Report, Research on the economics of climate change*, nº 34, agosto de 2012.

BARTELS, L., *The Inclusion of Aviation in the EU ETS: WTO Law Considerations*, Geneva, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2012.

BEKKHUS, N.B. y VAN HECKE, K. "The European Union Emission Trading Scheme", *Studia Diplomatica*, Vol. LXI, nº 1, 2008, p. 115-147.

BENITO, A., "Transporte aéreo y cambio climático: los derechos de emisión de CO₂", 17.06.2014, <https://cedaeonline.com.ar/2014/06/18/transporte-aereo-y-cambio-climatico-los-derechos-de-emision-de-co2/> (consultado el 30.06.2017).

BRIDGES, “Australia to Link Carbon Trading Scheme with EU”, *Bridges Weekly Trade News Digest*, International Centre for Trade and Sustainable Development, Vol. 16, nº 30, 12.11.2012. <http://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/news/australia-to-link-carbon-trading-scheme-with-eu> (consultado el 29.06.2017).

CAMPANELLI, E, “Il difficile dialogo tra dimensione universale e dimensione regionale sulle emissioni di gas a effetto serra derivanti dall’aviazione civile internazionale”, p.11, nota 70. <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/06/Carpanelli-Paper-Courmayeur.pdf> (consultado el 06.06.2017)

CAMPINS ERITJA, M. (Coord.), *El reto de la aplicación del Protocolo de Kioto en España*, Barcelona, Atelier, 2005.

CHAPMAN, L., “Transport and climate change: a review”, *Journal of Transport Geography*, nº 15, 2007, p. 354–387.

CHUECA SANCHO, A., “Unión Europea, cambio climático y aviación civil internacional hoy”, *Revista Faz Ciência*, Vol. 13, nº 17, enero-junio 2011, p. 33-59.

CHUECA SANCHO, A.G., *Cambio climático y derecho internacional*, Zaragoza, Fundación Ecología y Desarrollo, 2000.

CISCAR MARTÍNEZ, J.C., y SORIA RAMÍREZ, A., “El comercio europeo de derechos de emisión de gases de efecto invernadero: modelización y regulación”, *I.C.E*, mayo de 2005, nº 822, p. 51- 64.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Reducción del impacto de la aviación sobre el cambio climático*, Bruselas, 27.9.2005, (COM (2005) 459 final).

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Ganar la batalla contra el cambio climático mundial*, Bruselas, 9.2.2005 (COM (2005) 35 de 9.2.2005).

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre el *Sexto Programa de Acción de la Comunidad Europea en materia de Medio Ambiente “Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos”* (COM/2001/0031 final).

COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, Bruselas, 20.12.2006 (COM (2006) 818 final).

DE MIGUEL PERALES, C., “Análisis crítico del Reglamento 1031/2010 sobre las subastas de los derechos de emisión”, *ICADE, Revista cuatrimestral de las*

Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, nº 86, mayo-agosto de 2012, p. 33-54.

ESPA, I., "Action pour le climat et mesures commerciales unilatérales: les initiatives les plus récentes de l'Union européenne", *Revue Internationale de Droit Économique*, 2012, Vol. XXVI, nº 3, p. 295-320.

ESTRADA OYUELA, R.A., "Apuntes para interpretar el convenio marco sobre el cambio climático", ESTRADA OYUELA, R.A. y ZEBALLOS DE SISTO, M.C. *Evolución reciente del derecho ambiental internacional*, Buenos Aires, A-Z editora, S.A., 1993, p. 271-328.

EUROPEAN COMMISSION & THE HON GREG COMBET AM MP, MINISTER FOR CLIMATE CHANGE AND ENERGY EFFICENCY, MINISTER FOR INDUSTRY AND INNOVATION, *Joint press release, Australia and European Commission agree on pathway towards fully linking Emissions Trading systems*, Brussels, 28.08.2012, en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-916_en.htm (consultado el 26.06.2017).

EUROPEAN COMMISSION, Climate Action, EU Action, Transport, Aviation, *Reducing emissions from aviation*, http://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation/index_en.htm (consultado el 06.06.2017)

EUROPEAN FEDERATION FOR TRANSPORT AND ENVIRONMENT (AISBL), *Grounded: How ICAO failed to tackle aviation and climate change and what should happen now*, Bruselas, Transport & Environment, 2010.

GILES CARNERO, R., *La amenaza contra la capa de ozono y el cambio climático: respuesta jurídico-internacional*, Huelva, Universidad de Huelva, 2003.

GONZÁLEZ ARMADA, *Cambio climático: causas, consecuencias y soluciones*, Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, 2010.

GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO, *Resumen para responsables de políticas. La aviación y la atmósfera global*, Traducido al español por la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI) para el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), OMM y PNUMA, 1999, <https://www.ipcc.ch/pdf/special-reports/spm/sres-sp.pdf> (consultado el 06.06.2017)

IPCC, *Working Group III – Mitigation of Climate Change. Chapter 8, Transport*, http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg3/ipcc_wg3_ar5_chapter8.pdf (consultado el 06.06.2017).

KISS, A.Ch. y BEURIER, J.P., *Droit international de l'environnement*, 2ª ed., Paris, Pedone, 2000, p. 227.

LUONGO, N.-E., "El histórico acuerdo de la OACI sobre aviación internacional y cambio climático. Análisis de un éxito presente y de sus desafíos futuros", *Center for Studies on Air and Space Law (CEDAE)*, Online Edition, 19.10.2016, posted:

4.042017

p.2

en

<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=69906411603107610708611312010410702512301106208803109202207311310002210202812212008901300000702603304900501101512008808401310310202603306006706610802611906702309407400200300701302807206709710209807302010206608007710512501509607211007311011601113065027&EXT=pdf>, consultado el 26.06.2017)

MACINTOSH, A. Y WALLACE, L., "International aviation emissions to 2025: Can emissions be stabilized without restricting demand?", *CCLP Working Paper Series 2008/1*, ANU Centre for Climate Law and Policy.

MARTÍN ARRIBAS, J.J., *Hacia una política comunitaria europea en cambio climático y sus consecuencias para España*, Burgos, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, 2009.

MARTÍN ARRIBAS, J.J., *La Unión Europea ante el fenómeno del cambio climático*, Burgos, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, 2005.

MARTÍNEZ-GARCÍA, J.-D., "The EC decision to include the aviation activities in the European Emissions Trading System (EU ets): A breach of international law?" *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 20, enero-junio, 2012, p. 103-129.

PALLEMAERTS, M., "La Conférence de Rio: grandeur ou décadence du droit international?" *R.B.D.I.*, n° 1, p. 175-223, esp. p. 218.

PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución sobre la reducción del impacto sobre el cambio climático* (A6-0201/2006), Estrasburgo, martes 4.07.2006.

REAGAN, D.B. "Putting International Aviation into the European Union emissions Trading scheme: can Europe do it flying solo?", *Boston College Environmental Affairs Law Review*, n° 35, 2008, p. 349-384.

REMIRO BROTONS, A, *et alt*, *El cambio climático en el derecho internacional y comunitario*, Bilbao, Fundación BBVA, 2009.

ROSENFELD, R.F., "The European Union Aviation Directive and U.S. Resistance: A Deadlock on Aviation Emission Control", *The Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 25, 2013, p. 589-614.

SANZ RUBIALES, I. *et alt.*, *El mercado europeo de derechos de emisión: balance de su aplicación desde una perspectiva jurídico-pública (2008-2012)*, Valladolid, Lex Nova, 2010.

SANZ RUBIALES, I., *El mercado de derechos a contaminar: régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España*, Valladolid, Lex Nova, 2007.

SARASIBAR IRIARTE, M., *Régimen jurídico del cambio climático*, Valladolid, Lex Nova, 2007.

SAURA ESTAPÀ, J., *El cumplimiento del Protocolo de Kioto sobre el cambio climático*, Barcelona, Universidad de Barcelona, Centro de Estudios Internacionales, 2003.

SCHEELHAASE, J. D. y GRIMME, W. G., “Emissions trading for international aviation—an estimation of the economic impact on selected European airlines”, *Journal of Air Transport Management*, nº 13, 2007, p. 253–263, esp. p. 253-254.

SCOTT, J. y RAJAMANI, L., “EU Climate Change Unilateralism”, *E.J.I.L.*, Vol. 23, nº 2, 012, p. 469–494.

ARTIGOS



**ALGUNS DESAFIOS PARA A FILOSOFIA JURÍDICA ATUAL: AS
POSSIBILIDADES DE UMA FILOSOFIA DO DIREITO PROCESSUAL
CONSTITUCIONAL¹**

**ALGUNOS RETOS PARA LA FILOSOFÍA JURÍDICA ACTUAL: LAS
POSSIBILIDADES DE UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL**

**SOME CHALLENGES FOR THE CURRENT LEGAL PHILOSOPHY: THE
POSSIBILITIES OF A PHILOSOPHY OF PROCEDURAL CONSTITUTIONAL LAW**

Nuria Belloso Martín²

RESUMO:

A disciplina da Filosofia do Direito oferece uma base e uma perspectiva crítica de boa parte das disciplinas jurídicas. Nas últimas décadas, assumiu uma relevância especial, configurando-se como pilar filosófico essencial de alguns assuntos, como o

¹ Reedição, por ocasião deste número comemorativo, do artigo publicado na Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos, v. 3 n. 1 (2018).

² Catedrática Acreditada de Filosofía del Derecho en la Universidad de Burgos (España). Mediadora Civil y Mercantil. Directora del Departamento de Derecho Público. Directora del Curso de Especialista en Mediación Familiar. Directora del Curso de Mediación Civil, y Mercantil. Es Directora de Relaciones Internacionales y Cooperación del Grupo de Investigación "Minga. Constitucionalismo democrático latinoamericano, novas intersubjetividades e emancipação social" (Brasil). El presente trabajo se inscribe en el marco del proyecto de Investigación Proyectos I+D -Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de excelencia- "Fundamentos teóricos del neoconstitucionalismo: un modelo jurídico para la sociedad global". E-mail: nubello@ubu.es

Direito Processual e o Direito Constitucional. Conflitos, princípios, direitos humanos, democracia, garantias, procedimentos, argumentações e tantos outros aspectos constituem elos que permeiam parte de seu conteúdo, dando-lhes uma estrutura e um significado peculiares. No trabalho, será analisado se uma filosofia do processo pode ser admitida, o que levará a diferenciar entre uma filosofia do direito processual e outras variantes legais, como uma teoria processual da Constituição, uma lei processual constitucional e um neoprocessalismo. Ele analisará um decálogo de princípios que moldam e justificam o que pode ser chamado de Filosofia do Direito Processual. Embora esteja consolidada a construção de novas disciplinas, como o "Direito Processual Constitucional" ou "Direito Processual Constitucional", tanto na América Latina quanto na Europa, o neoprocessalismo se apresenta como uma construção nova, principalmente na América Latina, pelo que convém acompanhar sua evolução.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia Processo. Neoprocessalismo. Direito Processual Constitucional.

RESUMEN:

La disciplina de la Filosofía del Derecho ofrece una fundamentación y una perspectiva crítica de una buena parte de las disciplinas jurídicas. En las últimas décadas ha tomado una especial relevancia, configurándose como un pilar filosófico imprescindible de algunas materias, tales como el Derecho Procesal y el Derecho Constitucional. Conflictos, principios, derechos humanos, democracia, garantías, procedimiento, argumentación y tantos otros aspectos, constituyen nexos de unión que permean algunos de sus contenidos, dotándoles de peculiar estructura y significado. En el trabajo se analizará si puede admitirse una filosofía del proceso, lo que llevará a diferenciar entre una Filosofía del Derecho Procesal y otras variantes jurídicas tales como una Teoría procesal de la Constitución, un Derecho procesal Constitucional y un Neoprocessalismo. Se analizará un decálogo de principios que configuran y justifican lo que se puede denominar una Filosofía del Derecho procesal. Si bien la construcción de nuevas disciplinas como la del "Derecho Procesal constitucional" o "Derecho Constitucional procesal" está consolidada, tanto en el ámbito latinoamericano como en el europeo, el Neoprocessalismo se presenta como una construcción novedosa, principalmente en el ámbito latinoamericano, por lo que conviene ir acompañando su evolución.

PALABRAS CLAVE: Filosofía. Proceso. Neoprocessalismo. Derecho Procesal Constitucional.

ABSTRACT:

The discipline of the Philosophy of Law offers a foundation and a critical perspective of a good part of the legal disciplines. In the last decades it has taken on a special relevance, being configured as an essential philosophical pillar of some subjects, such as Procedural Law and Constitutional Law. Conflicts, principles, human rights, democracy, guarantees, procedure, argumentation and so many other aspects, constitute links of union that permeate some of its contents, giving them a peculiar structure and meaning. In the work will analyze if a philosophy of the process can be admitted, which will lead to differentiate between a Philosophy of Procedural Law and

other legal variants such as a procedural theory of the Constitution, a constitutional procedural law and a Neoprocesalism. It will analyze a decalogue of principles that shape and justify what can be called a Philosophy of Procedural Law. Although the construction of new disciplines such as the "Constitutional Procedural Law" or "Constitutional Procedural Law" is consolidated, both in Latin America and in Europe, Neoprocesalism presents itself as a novel construction, mainly in Latin America (Brazil), for Which should accompany its evolution.

KEY WORDS: Philosophy. Process. Neoprocesalism. Constitutional Procedural Law.

1. UNA FILOSOFÍA DEL ¿PROCESO?

Entre los temas que podríamos considerar como materia propia de los procesalistas y que han sido objeto de numerosos estudios por parte de los filósofos del Derecho se pueden citar los relativos al razonamiento judicial centrando el análisis en los problemas interpretativos y de calificación; en los relativos sobre la decisión judicial y los que versan sobre las garantías procesales/constitucionales de los derechos en un Estado constitucional. Ello permite entender que el diálogo entre ambas disciplinas, Filosofía del Derecho y Derecho Procesal, está establecido desde hace tiempo, lo que permite realizar una lectura "a dos manos" de los temas por los que comparten interés iusfilósofos y procesalistas. Cuestión distinta es la de si puede plantearse una filosofía del Derecho procesal al igual que ya se viene hablando de una filosofía del Derecho constitucional, del Derecho penal, o se plantea una filosofía del Derecho comunitario, del Derecho Internacional y otras. Hacer filosofía sobre la política ha sido una constante a lo largo de la historia jurídica, pero resulta más complejo con respecto a filosofar sobre otras disciplinas. Ha habido autores que, aunque de forma vaga, ya vienen aludiendo a una filosofía del Derecho procesal. Ello nos lleva a interrogarnos sobre si tiene sentido filosofar sobre las normas y el procedimiento que regula un proceso judicial.

La función que le corresponde desempeñar a la Filosofía del Derecho se ha intentado explicar a partir de su relación con las demás disciplinas jurídicas. Pueden apuntarse, entre otras, dos posibilidades: una, que pierde parte de sus contenidos porque las otras disciplinas también trabajan con elementos iusfilosóficos; la otra, que por el contrario, las demás disciplinas consideran que la filosofía jurídica invade algunas parcelas de contenido que, por especialidad le corresponden. En relación a

la primera posibilidad, podría entenderse que la Filosofía del Derecho pierde parte de su contenido porque los colegas de otras materias trabajan algunos de los contenidos de Teoría del Derecho y de la Filosofía del Derecho: los civilistas (fuentes del Derecho, principios jurídicos), los administrativistas (conceptos jurídicos indeterminados), los constitucionalistas (derechos humanos, justicia constitucional), los penalistas (principio de legalidad, responsabilidad, castigo), los sociólogos (modelos de conducta), los procesalistas (jurisprudencia); En relación a la segunda posibilidad, habría que defender, por parte de los filósofos del Derecho, la propia entidad de la disciplina, el carácter transversal que la acompaña porque se ocupa del análisis de las normas, de la estructura del ordenamiento jurídico, del sistema jurídico, del análisis argumentativo de la jurisprudencia y de aportar una visión crítica con respecto a la misma.

La dimensión conflictual es tan constitutiva de lo humano social que el Derecho ha de juridificarla, dando lugar a una de las instituciones arquetípicas de nuestra disciplina: el proceso, y necesariamente unido a él, el Poder o Autoridad que lo conduce. A partir de ahí, se pueden ofrecer distintas argumentaciones para demostrar el origen social del conflicto y ofrecer modelos explicativos del proceso. Al igual que diferenciamos una teoría del Derecho de una “teoría general” del Derecho, también se puede diferenciar una teoría del proceso de una “teoría general del proceso”. A esta última se han dedicado autores dotados de vocación filosófica como Francesco Carnelutti, aunque no ha tenido como objetivo la realización de un proyecto epistemológico de tal disciplina. No nos estamos refiriendo ahora a una comparación jurídico intra-sistemática de los ordenamientos procesales de las diversas áreas civil, penal, laboral, ni tampoco a la comparación extra-sistemática con ordenamientos procesales de otros países. La “teoría general “del proceso puede conformarse como una disciplina aglutinadora de datos sobre su objeto formal de estudio, provenientes de las más diversas fuentes (Sociología, Historia, Psicología, Ciencia Política y otras). Una filosofía del proceso, en cambio, se dirige hacia el análisis de cuestiones tales como la de la legitimación del poder mediante procedimientos decisorios, examina los valores que subyacen al modo en que como se estructuran esos procedimientos o, incluso, analiza la cuestión de la finalidad del proceso. También podría integrar el *corpus* teórico de una filosofía del Derecho procesal estudios de carácter epistemológico, dedicados a reflexionar sobre la

metodología y hermenéutica específicas, cuya posibilidad se pueda deducir de la distinción ontológica o mejor, deontológica (no tanto en el “ser” –*ontos*- sino en el “deber ser” –*deontos*-) del derecho material.

La vocación de nuestros días por la constitucionalidad de las interacciones expone, en el plano procesal, principalmente civil pero también en el penal, un permanente cariz jurídico caracterizado por el manejo de presupuestos filosóficos, epistemológicos y teóricos del Derecho, que alcanzan magnitudes conceptuales referidas a la expansión rematerializada de la Constitución, teoría principiología de los derechos fundamentales, estructuración normativa garantista, teoría del precedente, principio de proporcionalidad, criterio de razonabilidad, jurisdicción, principio de buena fe, claramente manejadas en la teorización general del proceso. Todo ello implica un entrecruzamiento crítico, analítico y sistémico de la filosofía con la acción, jurisdicción, proceso, tutela jurisdiccional, debido proceso, garantías procesales y otros temas centrales del Derecho procesal.

El estudio de la prueba de los hechos, la valoración racional de la prueba, la motivación racional y la búsqueda de la verdad en el proceso han sido objeto de atención por parte los iusfilósofos en las últimas décadas, dando lugar a un renovado estudio epistemológico por parte de la Teoría del Derecho y de la Filosofía del Derecho sobre otras disciplinas, siendo principalmente una de ellas el Derecho Procesal: La verdad como condición de justicia, la estructura dialéctica del proceso, como encuentro entre las partes y diálogo del juez en su razonamiento, la relevancia del lenguaje en el proceso, y tantas otras cuestiones constituyen áreas de interés por parte de ambas disciplinas.

2. LA DISTINCIÓN ENTRE UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO PROCESAL Y OTRAS VARIANTES JURÍDICAS: TEORÍA PROCESAL DE LA CONSTITUCIÓN, DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y NEOPROCESALISMO

El procesalista Pedraz Penalva, desde los años setenta, ya mostró interés por el exigido estudio del Derecho Procesal desde coordenadas constitucionales., sugiriendo la necesidad de un Derecho Procesal Constitucional, consciente de que “únicamente cabe un Derecho Procesal en armonía con el Estado de Derecho (que no es una práctica forense o unos procedimientos judiciales) desde y en su fundamentación y determinación constitucionales” . Por tanto, la incidencia de la

Constitución en el Derecho procesal en general, y en las garantías procesales constitucionales en particular, mediante el sistema de derechos fundamentales establecidos en la Carta Magna, sentaron las bases de un diálogo entre filosofía jurídica y proceso.

Una adecuada lectura de la tríade clásica sobre la que se ha apoyado el Derecho procesal, la de *acción, jurisdicción y proceso*, parte de una perspectiva iusfilosófica. En primer lugar, el principio fundamental de *acción* queda vinculado al plano de garantías procesales fundamentales: la acción nos sitúa en los presupuestos para poder iniciar un juicio. La expansión del interés (derechos difusos, intereses colectivos, acciones de grupo) ha provocado que la teoría general del proceso de legitimación se fuera ajustando a este tipo de conflictos. La influencia constitucional en el proceso se ha hecho notar (estableciendo nuevas vías de acción, como en las controversias constitucionales como el recurso de amparo). Quien solicita la acción, debe acreditar el interés que tiene. Sólo quien tiene un interés (derecho subjetivo) puede acceder a la justicia.

En segundo lugar, la garantía de la *jurisdicción* se diferencia del derecho a la tutela judicial efectiva y va más allá: frente a lo que había venido siendo el modelo napoleónico en el que el proceso quedaba bajo el dominio de los abogados de las partes, que desarrollaban su intercambio de escritos, principalmente, ante un juez pasivo, porque así daba cumplido respeto a su deber de imparcialidad en el juicio, se varió el centro de gravedad del conflicto, entregando la dirección del proceso al juez, y los hechos alegados y controvertidos fueron el eje del litigio a desarrollar.

En tercer lugar, el principio del *proceso* no debe confundirse meramente con un sistema de garantías, sino de interacción entre garantías y derechos. La teoría general del proceso se puede conformar con la respectiva asistencia letrada del litigante, para que se garantice su derecho de defensa, al igual que la parte contraria, que también contará con su asistencia letrada, dando lugar a dos partes enfrentadas, en la que una será la que gane y otra la que pierda. Pero si se pretende ir más allá, gestionar el conflicto para buscar la verdad, se deberá de acompañar de un deber de cooperación entre las partes. La sentencia puede llegar a considerarse como un derecho nuevo, de contenido individual y sin trascendencia para otros.

Además de la Filosofía del Derecho, esta tríade clásica ha sido permeable a la influencia de otras disciplinas, principalmente a raíz de la introducción de una

justicia constitucional en los textos constitucionales. Simultáneamente, han ido surgiendo teorías que refuerzan algunos aspectos concretos del proceso, entre las que cabe citar la “Teoría procesal de la Constitución”, la “Teoría constitucional del proceso”, o incluso nuevas disciplinas como el “Derecho Procesal constitucional” e incluso “Derecho constitucional procesal”. Algunos autores, como Zagrebelsky, consideran el Derecho Procesal constitucional como una modalidad “muy *sui generis*”. Otros autores, como Häberle, le otorgan una clara especificidad constitucional.

Ferrer Mac-Gregor ha diferenciado la ciencia procesal de la ciencia constitucional. Ha señalado la aparición de dos movimientos paralelos. Por una parte, lo que denomina como corriente “latinoamericana” que defiende una autonomía científica procesal con algunas variantes. Por la otra, la corriente “europea” que identifica mayoritariamente el estudio del proceso constitucional dentro de la Justicia constitucional bajo la metodología y principios constitucionales.

Por último, hay que mencionar que, a raíz de la expansión del proceso del constitucionalismo democrático en los países latinoamericanos a partir de los años ochenta, junto al Derecho Procesal Constitucional ha ido adquiriendo protagonismo el denominado “neoprocesalismo”. Se ha construido una teoría procesal de la Constitución, no con la intención de ofrecer una alternativa a la teoría material de la Constitución sino una especie de complemento, enfatizando el aspecto aplicativo, concretizador, del orden material de valores éticos y políticos, fijados en la fórmula política de Estado democrático de Derecho, con el elenco de derechos y garantías fundamentales que les son inherentes. Es decir, la propuesta de una Teoría procesal de la Constitución como un eje de articulación entre la teoría de los derechos fundamentales y el proceso constitucional. El neoprocesalismo, al realizar una lectura de los institutos de la acción, defensa y jurisdicción a la luz de las normas constitucionales, incluyendo ahí los principios constitucionales, es garantista en la medida en que al preservar los principios constitucionales, los procesos judiciales serán aptos para materializar los derechos que no han sido suficientemente garantizados (por el legislador o administrador) con respecto al ejercicio de la acción y defensa por parte de los jurisdiccionales y de la jurisdicción por parte de los jueces y tribunales. Entre el Derecho procesal y el Derecho material se establece una relación circular de independencia.

Si bien el neoconstitucionalismo, en el ámbito iusfilosófico, ha sido objeto de numerosos estudios, el neoprocesalismo es un ámbito más novedoso y que, posiblemente, pueda estar fuertemente influido tanto por el neoconstitucionalismo como por la teoría del derecho y la filosofía del Derecho.

2. PRINCIPIOS ORIENTADORES DE UNA ¿FILOSOFÍA? SOBRE EL DERECHO PROCESAL

Después de la segunda guerra mundial y especialmente en aquellos países que en la primera mitad del siglo XXI padecieron regímenes totalitarios, se lleva a cabo una constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, y dentro de esos, una tutela de las garantías mínimas que debe caracterizar a todo proceso judicial. Todo ello ha permitido que entre los estudiosos del Derecho procesal haya una clara preocupación por las garantías constitucionales. Se trata de mantener y aprovechar las ventajas jurídicas que el procedimentalismo aporta sin tener que renunciar a hacer realidad el principio de justicia. La relevancia que adquiere el fenómeno del “procedimentalismo” (“proceduralización”) del Derecho moderno en los derechos constitucionales es una de las claves de estudio e interés que comparten el Derecho Procesal con la Filosofía del Derecho –además de los otros temas de interés compartido, que ya hemos citado-). Una teoría constitucional del proceso que, en el ámbito latinoamericano ha sido objeto de preferente atención por los constitucionalistas, en el ámbito europeo y, por ende, español, ha sido objeto de numerosas y relevantes aportaciones de iusfilósofos.

De la clásica enumeración de los principios fundamentales del proceso, se pone de manifiesto una evolución que, como bien ha expresado el Profesor Pérez Luño, abarca desde un *status positivus socialis*, un *status de habeas data*, hasta llegar a un *status activus processualis* que constituye un factor clave en los Estados de Derecho para asegurar el ejercicio pleno de todas las libertades. Este *status* es resultado de la trascendencia que actualmente han adquirido las jurisdiccionales constitucionales, concretamente, por la jurisdicción constitucional de la libertad, por el garantismo, las modalidades de tutela a partir de las instancias jurisdiccionales internacionales y la relevancia que actualmente han adquirido las normas de procedimiento para la organización y realización de los derechos humanos.

Como afirma Pérez Luño: “Su reconocimiento [*status activus processualis*] se desglosa en la garantía de cinco posiciones procesales básicas: a) el derecho a la audiencia del interesado no solo en la vista oral, sino en todas las fases del procedimiento; b) el derecho a la información y acceso a los archivos administrativos; c) el derecho a una instrucción adecuada y transparente del proceso; d) el derecho a la asistencia letrada; y e) el derecho a la motivación de la decisión del procedimiento”.

A partir de estas cinco posiciones básicas, vamos a articular un decálogo de principios procesales cuya lectura puede hacerse, complementariamente al menos, desde una perspectiva iusfilosófica:

3.1. Ruptura del esquema clásico del proceso y la relevancia de la argumentación

Si en una primera fase se reivindicaba el principio dispositivo y del respeto a las garantías procesales, especialmente la imparcialidad del tribunal, dejando al juez un papel muy reducido, en una segunda fase se apostó por subvertir esta situación, reconociendo la presencia y participación activa del juez, a lo que se suma el predominio del principio de cooperación eficiente de las partes con el juez y del juez con las partes, interacción y dinámica colaborativa que identificaría la estructuración de un modelo procesal sustancialmente dirigido a producir una sentencia justa.

Para situar el proceso en nuestros días, conviene partir de diferenciar las dos grandes concepciones del proceso en el sistema del *common law* y del *civil law*. Los tribunales anglosajones se basan en lo que ellos mismos denominan un procedimiento “acusatorio” o “contradictorio” (*adversarial procedure*), en el que las partes implicadas presentan libremente su visión de los hechos ante un juez que actúa como árbitro (*umpire*) de una forma neutral. El juez se limita a escuchar a las partes y dirigir los debates, esperando que la verdad salga a la luz durante el juicio. Por el contrario, el proceso judicial en España y en otros países basados en el Derecho codificado se desarrolla bajo la forma de «procedimiento “inquisitivo” o “inquisitorial” (*inquisitorial procedure*), en el que el mismo juez asume las funciones de dirigir el procedimiento e investigar el delito mediante la práctica de las pruebas. Esto es cierto en la fase de instrucción de los procesos penales. Pero también es cierto que el juez que instruye no es el juez que decide el caso en última instancia.

En el sistema español, la «contradicción» y la «igualdad» son actualmente principios esenciales de nuestro ordenamiento procesal.

Conviene advertir un progresivo acercamiento de ambos sistemas del *common law* y del *civil law* en relación a diversos institutos. En el ámbito penal, el denominado *processus per accusationem* así como a la institución del Jurado, está íntimamente ligado a la aplicación del Derecho común (*common Law*) inglés-norteamericano en contraposición con el *processus per inquisitionem*, del Derecho romano-germánico del sistema continental europeo.

Además de estos cambios en el ámbito procesal penal y civil, hay que subrayar la cada vez más relevante influencia de la argumentación. En una administración de justicia de un Estado democrático los criterios que se deben utilizar para la resolución de conflictos no son simplemente los legales. El derecho es algo más que normas emitidas por el legislador. El jurista debe emplear otras técnicas para construir criterios coherentes de resolución de conflictos. La importancia práctica de la argumentación en el funcionamiento del derecho implica el abandono de la estricta sumisión a la ley y la aceptación del papel de la razón en la controversia jurídica. Por tanto, conviene enfocar el análisis desde la tensión que se produce entre planteamientos puramente normativos, que siempre corren el riesgo de perder contacto con la realidad, con aquellos que se manifiestan en la actuación cotidiana de los tribunales que precisamente no se centran en fenómenos normativos exclusivamente.

Es sabido que en la práctica de los tribunales no alcanza con tener razón sino que hay que saber exponerla. En el proceso civil las alegaciones de las partes, que fundan la pretensión, cobran un papel trascendental. Ellas deben ser aducidas y probadas en tiempo y forma. Ahora bien, el objetivo de una pretensión, se centra en dar razones serias y coherentes para fundamentar que nuestro relato de los hechos y las normas aplicables al caso son las correctas (argumento). Ello, en confrontación con razones opuestas (contra-argumento). De ahí, que tanto en los hechos como en el ámbito del derecho, debe plantearse correctamente la relación jurídica involucrada, la norma en cuestión y su alcance verdadero.

3.2. Derecho a la tutela judicial efectiva: acceso a la justicia

La Constitución española establece, en su artículo 24, toda una serie de garantías procesales otorgándole el carácter de derechos fundamentales, de manera que se configuran como punto de referencia para todo el ordenamiento procesal. El derecho a la tutela judicial efectiva a través de un proceso con todas las garantías (artículo 24.1 CE) se configura como un eje vertebrador que hace posible el desarrollo y puesta en marcha de los demás derechos que asisten al jurisdiccional. Un sistema democrático exige que todos los ciudadanos puedan acceder a los tribunales, lo que conlleva eliminar los obstáculos estructurales que puedan existir. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que el art.24 que garantiza el citado derecho fundamental, es el que con mayor frecuencia se denuncia como infringido ante el Tribunal Constitucional. Como el TC ha definido, el derecho a la tutela judicial efectiva incluye los siguientes aspectos: i) El derecho de acceso a los Tribunales; ii) El derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente; iii) El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; iv) El derecho al recurso legalmente previsto.

3.3. Derecho al debido proceso

Para conseguir un debido proceso, las diversas etapas procesales deben ejecutarse con transparencia, facilitando el acceso a la información de las partes. En la consecución de este resultado ha sido de gran ayuda la transposición, en el ordenamiento interno, de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. Para ello, mediante la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, se han modificado, entre otros, el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.4. Plazo razonable

La cláusula general del plazo razonable junto con el derecho de la tutela judicial efectiva garantizan la efectividad de los derechos fundamentales ante el caso concreto. El tiempo es un elemento importante del proceso. La exigencia del plazo razonable saca a la luz una tensión entre efectividad y seguridad jurídica. Por ello, la noción de plazo razonable, gira en torno a la idea de un proceso rápido, sencillo y eficaz, que debe terminar en un tiempo limitado.

La exigencia de un plazo razonable está estrechamente vinculada al derecho a una justicia sin dilaciones indebidas, llegando incluso a poder asimilarse a un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que, según el artículo 121 CE, da lugar al nacimiento de una responsabilidad objetiva del estado.

Se puede afirmar que una de las grandes luchas del procesalismo se centra en lograr un sistema efectivo de solución de conflictos que culmine en el menor tiempo posible. Para lograr este objetivo, hay que intentar limitar maniobras obstaculizadoras, dilaciones indebidas y retrasos injustificados. Las reformas procesales que se han llevado a cabo en el ordenamiento jurídico español (juicios rápidos) se inspiran en esta línea de agilizar el proceso.

3.5. Legitimación amplia

El Derecho procesal anterior se había construido para responder a requerimientos individuales (el proceso refleja un conflicto entre partes); la actuación judicial no podía rebasar las pretensiones de cada litigante por lo que las decisiones no podían solucionar situaciones que estuvieran fuera del marco del litigio; la prueba se consideraba como una carga individual del que demandaba, que era quien tenía que probar; la sentencia creaba un derecho individual para quienes habían sido las partes en la controversia; la cosa juzgada se consideró como una garantía del debido proceso. Y otras varias características que reflejan que el Derecho procesal se erigía sobre el individualismo. Y ello se justificaba porque se trataba de intereses particulares que eran los que debían de resolverse, ajustándose al principio de contradicción. En definitiva, el juez debía decidir *secundum allegata et probata*, es decir, según lo alegado y probado por las partes.

En nuestros días, ya no cabe sostener que la controversia sólo interesa a las partes que litigan ya que los procesos tienen gran trascendencia en el desarrollo de un país. Los derechos humanos impulsan la protección de los derechos colectivos propugnando la protección de los intereses difusos, mediante la consagración de las acciones colectivas o acciones populares. Así se ha hecho posible la configuración de los denominados "derechos de tercera generación"..

Todo ello ha facilitado una flexibilidad en la legitimación procesal activa, de forma que todos y cada uno de los afectados por los daños colectivos, tienen derecho a reclamar individual o colectivamente la protección de sus derechos, como en el caso de daños ambientales.

3.6. Búsqueda de la verdad

En las últimas décadas, para los iusfilósofos y para los procesalistas, hay un gran interés por la búsqueda de la verdad en el proceso. Para una parte importante de la doctrina, existen en el proceso dos verdades: una verdad exclusivamente "formal" o "legal" que es la verdad a la cual se puede aspirar y que se alcanza en el proceso, y una verdad "empírica", "histórica" o "material" que existe y puede ser establecida fuera del proceso, pero que resulta inalcanzable para el juez. Para Taruffo, esta duplicación de conceptos de verdad es inútil y equivocada, porque no es cierto que en el ámbito del proceso se persiga una verdad cualitativamente distinta de aquella que existiría fuera del proceso. Lo que se persigue en el proceso es la mejor aproximación posible, basada en las pruebas que estén disponibles en el caso concreto, a la verdad "histórica" o "empírica" de los hechos. En consecuencia, no se trata de una verdad absoluta, sino de una verdad ligada al proceso, a la cantidad y calidad de las pruebas. Como el proceso tiene como finalidad la obtención de decisiones justas y la calidad de la decisión es importante, es vital verificar la veracidad de los hechos. Ello hace que tanto la prueba como la búsqueda de la verdad a través del proceso y de la propia prueba, constituyan objeto preferente de estudio.

Hay que advertir que los principios orientadores de una Filosofía del Derecho Procesal tendrán distintas matizaciones según se trate del Derecho procesal civil (en el que rige el principio dispositivo y aportación de parte, y lo que se busca en la verdad formal) o del Derecho procesal penal (en el que rige el principio inquisitivo y principio de oficialidad –investigación oficial-, por lo que se busca la verdad material).

La verdad jurídica se encuentra fuertemente influida por la subjetividad del agente de manera que la verdad acaba siendo condicionada por la interferencia intersubjetiva y por una visión de la realidad exteriorizada en los intervinientes, influidos por determinado marco social-histórico. No se podría hacer justicia si se evita o desprecia que la verdad se conozca. Se estaría premiando la mala fe y ninguna decisión sería justa si se la advierte fundada sobre una calificación errada de los hechos. Si en el proceso no se persigue la verdad, entonces bastaría con que se utilizaran máquinas de inteligencia artificial o potentes ordenadores, tecnológicamente avanzados para administrar justicia, y que podrían aportar seguridad jurídica, pero jamás llegaríamos a la justicia, para lo que se necesita el discernimiento de una persona. La verdad permite justificar que no existe “una única respuesta correcta”. Se construye una realidad que el Derecho asume como verdad para satisfacer sus pretensiones de corrección traducidas en razonamientos dotados de prudencia, cordura y buen juicio que se sobreponen al error, irracionalidad e injusticia, es decir, sin la verdad en el Derecho no se podrían conjurar los antivalores y sobreponer jurídicamente lo correcto, racional y justo.

Como señala Taruffo, “la averiguación de la verdad de los hechos es condición necesaria para la justicia de la decisión”, arremete nuevamente contra aquellos que consideran que la búsqueda de la verdad es un sinsentido, a quienes con ironía llama “enemigos de la verdad”. A estos últimos los clasifica entre los que niegan que la verdad se pueda averiguar en el proceso y los que niegan que se tenga que buscar en el proceso. En definitiva, parece claro que de los hechos verdaderos pueden existir distintas interpretaciones escogiendo el juez la narración más coherente de los hechos en cuestión. De esta forma, el criterio de la coherencia de la narración de los hechos puede operar racionalmente como factor de elección entre las distintas versiones de los mismos hechos.

3.7. Derecho a la prueba

El derecho a la prueba consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas. Su constitucionalidad hace que el derecho a la prueba deba prevalecer sobre los principios de economía, celeridad y eficacia que presiden la actuación de la Administración de Justicia. Esta constitucionalización conduce a que sea de aplicación la regla de proporcionalidad como criterio para enjuiciar la validez de la norma que limita el derecho fundamental a la prueba. Mediante las pruebas se intenta desentrañar la verdad de los hechos en un procedimiento jurisdiccional. Actualmente, se ha superado el modelo tradicional que presentaba al juez como un sujeto pasivo, “vocero inanimado de la voluntad general”, por lo que ya no se estima razonable que se desenvuelva dentro del proceso sin atribuciones o poderes, habiendo rectificado sustancialmente sus funciones, sobre todo en el juicio oral y público. Al juez no solo se le exige que dicte sentencias, sino que pronuncie sentencias justas y, para hacerlo, debe conocer la realidad de los hechos.

El papel que desempeña la argumentación en la prueba judicial ocupa en uno de los aspectos más discutibles de la teoría del proceso que es la determinación de los hechos y el problema de la verdad en el proceso judicial. La obra del profesor Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, constituye una aportación esencial al tema. Plantea una posición propia, proponiendo un rol activo para el juez en dicha tarea ya que, en su concepto, la iniciativa de las partes puede no ser suficiente para conducir al tribunal al hallazgo de la verdad de todos los hechos relevantes. El "peligro concreto es que la "verdad" sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de la prueba relevante". Entonces, marcando una clara diferenciación de otras soluciones doctrinarias, el autor aboga por proveer a los tribunales con un rol activo en la clarificación y en la definición apropiada de las materias de hecho, y en la producción de prueba de propia iniciativa del tribunal, mucho más allá de la prueba presentada por las partes, para lo cual, los tribunales son investidos con todas las facultades activas necesarias para jugar este papel.

Fundamentalmente sostiene que no siendo el proceso judicial una empresa científica, no resulta necesario establecer verdades absolutas, siendo suficiente verdades relativas que permitan ofrecer una base razonablemente fundada de la

decisión. Es decir, que la coherencia en la reconstrucción de los hechos tiene una importancia en la decisión, pero esto no significa que la verdad dependa en forma absoluta de la coherencia narrativa de su descripción.

Taruffo es crítico con respecto a las teorías que consideran a la verdad en el proceso civil como un tema que carece de sentido. En opinión de Taruffo, con relación a que el proceso pueda tender hacia una determinación verdadera de los hechos hay buenas razones para adoptar una actitud de optimismo racionalista en el plano metodológico, es decir, como criterio de análisis. La principal razón se fundamenta en el hecho de situar a la determinación verdadera de los hechos entre los objetivos institucionales del proceso, dado que sin esta hipótesis es casi imposible explicar racionalmente en qué consiste la justicia de la decisión.

3.8. Sentencia motivada y ejecutable

El interés de representar el proceso real de argumentar jurídicamente cobró importancia a partir de la superación tanto de posturas mecanicistas como de distintas ideas irracionalistas que reducen la cuestión de la elaboración de una sentencia a una simple remisión a enunciados jurídicos y cuestiones fácticas. Un principio de explicación que ha acompañado la doctrina del silogismo judicial y sus variantes, podría ser que ésta no ha constituido jamás un esquema descriptivo del razonamiento decisorio y tanto menos de la sentencia, sino un modelo descriptivo dirigido a que el juez opere según los cánones de certeza y de necesidad lógica típicos de la deducción silogística. De esta forma, el uso del silogismo resulta conveniente para quien desea fortalecer los valores de legalidad y certeza de la sentencia y no para quien antepone el valor de la justicia del caso concreto. La argumentación silogística está dirigida a atribuir a la sentencia una apariencia de absoluta necesidad racional para disimular las opciones valorativas del Juez y, por lo tanto, evitar justificarlas. En este sentido, la aplicación del silogismo en el ámbito judicial resulta excesivamente sintético atento a los múltiples factores que se manifiestan en la actividad del juez al momento de elaborar una sentencia. De ahí, que en un estado democrático que pretende una administración de justicia coherente, el acto de motivar las sentencias no deviene únicamente de una exigencia de orden legal, sino de una derivación del ejercicio mismo de la

jurisdicción. Por ello, surge la necesidad de analizar, con mayor detenimiento, las nociones de razonamiento o justificación en la aplicación del derecho.

La motivación de las sentencias constituye un requisito de validez constitucional. La obligación de motivar la sentencia constituye un instrumento de garantía para las partes. La exigencia de motivación no implica necesariamente una contestación expresa a todas y cada una de las alegaciones de las partes pero las sentencias sí deberán de abarcar una descripción colegida de los hechos y del derecho discutido en la casuística, porque es necesario contar con una racionalidad aplicada a los sucesos, constituyendo un requisito natural para que los litigantes conozcan de forma detallada los motivos que han provocado la persuasión y certeza de la decisión. Permitirá que las partes litigantes puedan verificar si se les ha dado respuesta a los argumentos utilizados por el órgano jurisdiccional en el momento de sentenciar, y así verificar si ésta ha respetado las reglas de la lógica, los principios de racionalidad, si se vincula a las premisas jurídicas tratadas en el conflicto, y si se han utilizados criterios jurídicos para emitir la decisión, siendo una condición de validez de las sentencias.

La motivación de las sentencias cumple varias finalidades: i) Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad; ii) Hace patente el sometimiento del juez al imperio de la ley; iii) Logra el convencimiento de las partes sobre la corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad judicial o de mero decisionismo judicial, estableciendo su razonabilidad; iv) garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los Tribunales superiores que puedan conocer los recursos.

Michele Taruffo, en su obra *La motivación de la sentencia civil* intenta una descripción de niveles de justificación.[28] El objetivo de la teoría de Taruffo, se concentra en determinar la existencia de niveles para el establecimiento de la motivación como discurso justificativo. Sigue la lógica de la justificación partiendo de una fundamental distinción entre contexto decisorio y contexto justificativo. El primero se expresa por la actividad del raciocinio decisorio, teniendo por resultado la decisión. El segundo se expresa por la actividad del raciocinio justificativo, resultando en la motivación. Con relación a la motivación de las sentencias, Taruffo ha señalado "que la motivación no es y no puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente o en el alma del juez cuando ha valorado la prueba. Las normas que

exigen la motivación de la sentencia no reclaman que el juez se confiese reconstruyendo y expresando cuáles han sido los recorridos de su espíritu. Estas normas, por el contrario, me imponen justificar su decisión, exponiendo las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas y aceptables", aclarando que "los procesos psicológicos del juez, sus reacciones íntimas y sus estados psicológicos de conciencia no le interesan a nadie: lo que interesa es que se justifique su decisión con buenos argumentos".

Dentro del complejo contenido que el TC atribuye al derecho a la tutela judicial destaca el relativo a la efectividad de las resoluciones judiciales. En relación a este aspecto, se pueden diferenciar tres materias que inciden sobre la efectividad, como son la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales; las medidas cautelares; y la ejecución de las resoluciones judiciales firmes.

3.9. Formas complementarias de resolución de conflictos y la filosofía de la cultura de la paz

La reflexión sobre las relaciones entre conflictos sociales y formas de gestionarlos ha propiciado numerosos estudios. Como sabemos, algunos iusfilósofos han sostenido que la idea de conflicto es una categoría fundamental para la comprensión del Derecho. Así, en nuestra doctrina, en opinión de Montoro Ballesteros, el conflicto constituye un aspecto o dimensión natural de la vida social que tiene una raíz antropológica en la *naturaleza desfalleciente* del hombre. Para Jhering, la idea de conflicto es una categoría fundamental para la comprensión de lo jurídico. Con Jean Carbonnier, que "*lo contencioso deforma la realidad del Derecho*" y que *no necesariamente la idea de conflicto es la que debe configurarse como el principal fin del Derecho*.

La filosofía de la paz, en la que se ha inspirado las *Alternative Dispute Resolution*—ADR—, se ha proyectado en el conflicto y ha supuesto la introducción, en la jurisdicción, de formas autocompositivas de resolución de conflictos que, lejos de querer convertirse en una alternativa a la heterocomposición, se han convertido en aliadas de los tribunales. El profesor Alcalá Zamora y Castillo, en los años 90, ya diferenció entre proceso, autocomposición y defensa. La autocomposición podía tener lugar antes o después de surgido el proceso y que, a primera vista, le parecía la mejor de las tres, destacando su economía de costo. Sin embargo, advertía que

con frecuencia, la espontaneidad del sacrificio de uno de los litigantes de su propio interés, para alcanzar un acuerdo, era sólo aparente y que, con frecuencia, envolvía una capitulación del litigante de menor resistencia y que incluso cabía la renuncia del propio interés a causa de una errónea representación del mismo por parte de su titular. Ello le llevaba a defender que el proceso se presentaba como el medio que mayores probabilidades ofrece de aportar la solución justa y pacífica del conflicto.

El Estado de Derecho puso de manifiesto la necesidad de un marco normativo que proyecte la visión de tutelar a la persona por encima de todas las cosas. La tipología de litigación parte de la idea sustancial de concebir al método judicial como algo dinámico. Este dinamismo se proyecta en un sistema capaz de acomodarse a los cambios externos, como también internamente desde dentro del ámbito de litigación para dar respuestas efectivas a la sociedad. En ese marco de dinamismo, las formas complementarias de resolución de conflictos, principalmente la mediación, utilizadas en el ámbito intrajudicial, han contribuido a proporcionar mayor protagonismo a la resolución real de los litigios, flexibilizando los procedimientos, aportando una facilitación de la comunicación y resolviendo no por posiciones sino por intereses de las partes litigantes. Con la regulación de la mediación (Directiva Europea, ley nacional, legislación autonómica) se puede considerar que, en la actualidad, los temores a los que hacía referencia Alcalá Zamora con respecto a la autocomposición, se han neutralizado. La heterocomposición se combina con la autocomposición, contribuyendo a dinamizar y agilizar el proceso, a ahorrar costes y a proporcionar un mayor grado de satisfacción a las partes por el acuerdo alcanzado.

El sustrato filosófico que aporta la teoría de la “otredad” junto con la relevancia que ha adquirido la autonomía de la persona -la autodeterminación-, el fundamento filosófico de las formas complementarias de resolución de conflictos, el estatuto del mediador (derechos, deberes y ética del mediador) y otras numerosas cuestiones constituyen un ámbito de estudio muy apropiado para los filósofos del Derecho.

3.10. La primacía de la justicia sobre todos los demás principios

El proceso responde jurídicamente a la necesidad de dirimir conflicto. El fin último de toda institución jurídica –como es en este caso el proceso- debe hacer alguna referencia a la justicia. En el proceso, se trata de buscar aquellas condiciones que permitan tomar la decisión más justa posible. La función del proceso no quedaría completa sino se hiciera referencia a la justicia: "Siendo la justicia uno de los valores fundamentales que todo ordenamiento jurídico debe perseguir, su realización constituye misión primordial de cualquier Estado (...) existe un auténtico derecho subjetivo por parte de los súbditos a que el Poder público se organice de modo que los imperativos de la justicia queden, por lo menos en cierta medida, satisfechos".

La finalidad es lograr una justicia que supere la simple síntesis coyuntural de parciales intereses (aunque se presenten como muy generales) en aras de reforzar, desde el caso singular, la verdad. El Derecho Procesal debe ser especialmente cuidadoso con este *telos* ya que es una de las ramas jurídicas que más está en contacto directo e inmediato con los ciudadanos y que, por ejemplo en el proceso penal, su despliegue a espaldas de los imperativos propios de un Estado de Derecho pueden conllevar graves violaciones de los derechos fundamentales de los jurisdicionados.

En relación al proceso penal, el centro de atención debería radicar, no en la taxonomía formal del proceso penal en sí, sino en la taxonomía aplicada a sus principios y valores, especialmente a la hora de fomentar la justicia en el proceso (*fairness*). También ha sido objeto de discusión si el derecho a un proceso justo es sólo de titularidad del imputado o también del Estado. Entendemos que, el Estado, en cuanto máximo responsable de la administración de justicia tiene, más aún, la obligación de proporcionar esta justicia y/o equidad procesal, en la medida en que es el Estado quien ostenta la potestad jurisdiccional. Sin embargo, la consecución de una justicia en el proceso encuentra numerosos obstáculos: se atisba un panorama muy pesimista, en el cual la acusación supuestamente parece estar más interesada en "ganar el juicio" que en la consecución de la justicia misma: Asimismo, el problema de la eficiencia en la justicia no es asunto nuevo (de ahí la aparición de remedios tales como la mencionada institución de la conformidad y/o negociación de

la pena, la cual debería operar, a lo sumo, como “válvula de escape” pero nunca como sustitutivo del (debido) proceso.

La finalidad última del fenómeno de la constitucionalización de las garantías procesales es lograr tan anhelada Justicia, reconocida en nuestra Carta Magna como valor superior del ordenamiento jurídico (art.1.1. CE). Las expectativas de justicia que provienen de la sociedad deben ser colmadas y como afirmaba Zagrebelsky, “no existe expectativa posible sin un proceso”. El proceso se convierte de este modo -como bien ha advertido Couture- “en el medio de realización de la justicia”.

4. REFLEXIONES FINALES

Primero: La filosofía del Derecho, como disciplina, no puede ser ni invasora ni tampoco dejarse invadir. No debe dejarse absorber por saberes cercanos, religiosos o científicos y que la han acompañado a lo largo de su desarrollo histórico. Pero tampoco debe alzarse en actitud altanera con respecto a quienes enseñan materias “simplemente positivistas” en lugar de trabajar con axiologías, moral, ética y valores, y no con “simples” normas. En la aplicación de la filosofía al Derecho, es frecuente encontrar a colegas de otras disciplinas jurídicas que se sienten “invadidos” en relación a los contenidos temáticos de sus disciplinas por la Filosofía del Derecho (Derecho Constitucional, Derecho Internacional Público, Derecho Civil y tantas otras). La Filosofía del Derecho, por su carácter transversal, permea todo el Derecho. Por tanto, todas las disciplinas pueden encontrar elementos en los que la filosofía jurídica les aporte orientación sobre la fundamentación y teleología de las mismas. El carácter universal, fundamentador y crítico sobre la experiencia jurídica que aporta la Filosofía jurídica es lo que le confiere su justificación y peculiaridad con relación a otras disciplinas.

La filosofía jurídica pretende contribuir a la formación de los juristas, aportar el sustrato crítico que facilitará que los estudiantes se alejen de un sentido utilitarista de la disciplina, como si se tratara de un mero saber instrumental al servicio de las ciencias. Interrogarse acerca del concepto del Derecho, de los fines del Derecho, de los valores, de la Justicia, con mayúsculas, no puede responderse con meras

construcciones normativistas, ni tampoco con respuestas irracionales o evanescentes.

Segundo: La construcción de nuevas disciplinas como la del “Derecho Procesal constitucional” o “Derecho Constitucional procesal” está consolidada, tanto en el ámbito latinoamericano como en el europeo. Entre la ciencia constitucional y la dogmática procesal y el Derecho Procesal constitucional puede existir la disyuntiva de la “convergencia” (con la consecuencia de la posible desaparición o asimilación de una hacia otra), lo cual puede despertar ciertas susceptibilidades entre ambas, o la de “convivencia” (no rechazan la existencia de una u otra). Esta última posibilidad es la que domina en la actualidad. Se acepta la “convivencia” del Derecho Procesal y estas dos disciplinas. Lo que aún está en fase de definición sistemática y de construcción es el neoprocesalismo por lo que conviene ir acompañando su evolución en el ámbito latinoamericano.

Tercero: en cuanto a la relación entre Filosofía del Derecho y Derecho Procesal no se puede resumir ni en una “convergencia” ni tampoco en una mera “convivencia” sino en un diálogo enriquecedor, porque comparten muchos temas en los que cada disciplina aporta su propio sesgo: teoría de la decisión judicial, ética judicial, verdad, prueba, precedente, argumentación, ponderación, formas complementarias de resolución de conflictos, justicia, cuestiones todas ellas en las que las perspectivas de estudio de ambas disciplinas son complementarias y difícilmente pueden entenderse, sistemática y analíticamente, la una sin la otra.

Cuarto: La conjunción de las tres disciplinas, Filosofía del Derecho, Derecho Constitucional y Derecho Procesal, a modo de una Filosofía del Derecho Procesal Constitucional, como una vertiente específica de estudio, dentro de la Filosofía del Derecho, podría ser viable. Publicaciones tales como los *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Gimeno Sendra, 1981), *Ideas para una teoría general del Derecho procesal* (Fairén Guillén, 1990), *Derecho Procesal Constitucional* (Ferrer McGregor, 2008) así como las ya citadas obras de Taruffo, de relevancia eminentemente procesalista e iusfilosófica, presentan una clara vertiente constitucionalista. Ello permite concluir que son tres disciplinas llamadas a colaborar conjuntamente a la hora de abordar temas tales como las garantías procesales constitucionales, la tutela de los derechos fundamentales, la jurisdicción y procesos constitucionales, motivación de las sentencias judiciales y tantos otros. La transversalidad de algunos

temas y cuestiones jurídicas, de especial relevancia, augura unos resultados esperanzadores para la ciencia y la dogmática de esas disciplinas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y defensa*, México, UNAM, 1991.

ALMAGRO NOSETE, J., "Tres breves notas sobre el derecho procesal constitucional", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, Madrid, núms. 3-4, 1979, pp. 681-692.

ALMAGRO NOSETE, J., *Justicia constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís, Madrid, Ed. Sistema, 1991.

BONAVIDES, P., *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

BORDEAUX, *Philosophi de la procedura civile. Mémoire sur la Réformation de la justice*, Evreux, 1857.

CALAMANDREI, P., *"Instituciones de Derecho Procesal Civil"*, T. I, Buenos Aires, Lib. El Foro, 1996.

CAMBI, Eduardo, *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo - Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*, São Paulo, Almedina, 2016.

CAPELLETTI, M., *La giurisdizione costituzionale della libertà*, Milano Giuffré, 1971.

CARPINTERO, F., *Derecho y Ontología jurídicas*, Madrid, Ed. Actas, 1993.

CASCAJO CASTRO, J.L., "La jurisdicción constitucional de la libertad" en *Revista de Estudios Políticos*, nº199, 1975.

CASTRO CID, B. (de), *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1982.

COLOMBO CAMPBELL, J., "Funciones del derecho procesal constitucional" en *Ius et Praxis* v.8 n.2, Talca, 2002, pp.11-69. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200002. (Acceso 12.04.2017).

CORRAL GENICIO, J., "El proceso como respuesta del Derecho al conflicto social" en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº10, 2006/2007, pp.9-33. Disponible en: <http://www.rfd.es/n10.html>. (Acceso 12.04.2017).

COUTURE, E.J., "Las garantías constitucionales del proceso civil" en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Depalma, 1946, pp.158-173. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1266/1524>

COVER, R; FISS, O; RESNIK, J, *Metaprocedure*, Mineola, New York, 1988.

CRUZ, G.O., "El Derecho Procesal constitucional. Estudio preliminar" pp. XIV-XXII. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2206/3.pdf>. (Acceso 12.04.2017).

FAIRÉN GUILLÉN, V., *Ideas para una teoría general del Derecho procesal*, México, UNAM, 1990.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. al cast. De P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 1995.

FERRER FERRARI, V., *Funciones del derecho*, Madrid, Editorial Debate, 1989.

BELTRÁN, J., "Los estándares de prueba en el proceso penal español" en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Nº. 15, 2007 (Ejemplar dedicado a: XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, "Problemas actuales de la Filosofía del Derecho", Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007)

FERRER BELTRÁN, J., "Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales" en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, Nº. 34, 2011 (Ejemplar dedicado a: Los límites de lo jurídico), pp. 87-108.

FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid; Marcial Pons, 2005.

FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Prólogo de Larry Laudan, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.

FERRER MAC-GREGOR, E., "Héctor Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956)" en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM pp.529-657. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2555/91.pdf>. (Acceso 20/03/2017).

FERRER MAC-GREGOR, E., *Derecho Procesal Constitucional*, prólogo de Jesús González Pérez, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.

FERRER MAC-GREGOR y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, México, UNAM-Marcial Pons, 2008, 12 tomos.

FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional y democracia*, 2 ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

FIX-ZAMUDIO, H., "El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho constitucional procesal" en *Revista de Derecho Procesal*, Uruguay, pp.315-348.

FIX ZAMUDIO, H., *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas, 1982.

FRISON-ROCHE, M.A., "La philosophie du procès, propos introductifs", en *Archives du Philosophie du Droit*, t. 39, Sirey, Paris 1995.

GARCÍA BELAUNDE, D., *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, a cargo de J.L. Palomino Manchego, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2000.

GARCÍA BELAUNDEZ, D; FERNÁNDEZ SEGADO, F., (Coords.) *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

GASCÓN ABELLÁN, M.F., "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos" en *DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 28, Alicante, 2005 (Ejemplar dedicado a: Norberto Bobbio y la filosofía del Derecho contemporáneo), pp. 127-139.

GASCÓN ABELLÁN, M.F., "Prueba científica: mitos y paradigmas" en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 44, Universidad de Granada, 2010, pp. 81-103.

GASCÓN ABELLÁN, M.F., *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010.

GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Madrid, Civitas, 1981.

GOLDSCHMIDT, J., *Derecho procesal civil*, Traducción de la 2ª ed. alemana por L. Prieto Castro, Barcelona, Ed. Labor, 1936, pp. 201 y ss.

GOLDSCHMIDT LANGE, W., "Guerra, duelo y proceso", *Revista de estudios políticos*, nº 54, 1950, PP.77-93. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2127949.pdf>. (Acceso 12.04.2017).

GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2.ª reimp. de la 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, R., "Eficientismo y Garantismo Procesales en Serio: Pasando la Página del Debate entre Publicismo y Dispositivismo Procesales" en *Derecho & Sociedad*, 38, revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/13127/13738

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, R., *Neoprocesalismo. Teoría del proceso civil eficaz*, Lima, Ara Editores, 1ª ed., 2013.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. "Prólogo" a FERRER MAC-GREGOR, E., *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

GORDILLO, M., *Concepto del Derecho procesal*, Lecciones de cátedra, Salamanca 1963.

GOZAÍNI, O. A., "El neoprocesalismo" en *La Ley*, 2005-E, 1328. Buenos Aires, 2005.

GOZAÍNI, O.A., "El 'Neoprocesalismo?'" en *Revista iberoamericana de Derecho Procesal*, Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, Año VI, nº9, 2006.

GUERRA FILHO, W.S., "Teoria geral do processo: em qué sentido?" en Rodrigues, H. (Ed.) *Lições alternativas de direito processual*, São Paulo, Acadêmica, 1995.

GUERRA FILHO, W.S., *A Filosofia do Direito. Aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição*, São Paulo, Atlas, 2001.

GUERRA FILHO, W.S., *Teoria Processual da Constituição*, 2ª ed., com Posfácio, Sao Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002.

GUZMÁN, N. L. "Argumentación y proceso: una relación relevante en la práctica judicial" en *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, UNIPAR, Umuarama. v. 18, n. 2, jul./dez. 2015, pp. 125-162.

HÄBERLE, P., "El derecho procesal constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº. 1, enero-junio de 2004, pp. 15-44.

HART, H.L.A. *Punishment and responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Oxford University Press (2ªed.). Oxford, 2008.

HAZARD, G.C., WALTER C.; MEYER, E., *Research in Civil Procedure*. Research Institute of Law, 1963.

JALES, L., *Neoprocesalismo. Reflexos neoconstitucionais*, Natal, 2013.

JIMENO BULNES, M., "El proceso penal en los sistemas del *common law* y del *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI" en *Justicia. Revista de derecho procesal*, nº 2, 2013, pp.201-304.

MARTÍNEZ-SICLUNA, C., “La Filosofía del Derecho en la España de hoy” pp.729-755. Disponible en: <fundacioneliasdetejada.org/wp-content/uploads/2014/04/II-JDN-34.pdf>.

MIRANDA, J., *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, t. I, 7.ª ed., p. 18 y t. VI, 2.ª ed., pp. 60-63.

MORENO CATENA, V. *et al.*, *Introducción al Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1993.

NADAL SÁNCHEZ, H., *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, de Helena Nadal Sánchez, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2016.

OTERO PARGA, M., “La ética del mediador” en Soletto Muñoz, H. (Directora) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2011, pp.86-106.

PAJARDI, P., “Un processo per l’uomo e non l’uomo per un processo. Riflessioni su un diritto processuale ‘naturale’ e sui diritti umani nel processo” en *Giur. It.*, vol.141, n°7, 1898, pp.295-303;

PAJARDI, P., *Procedura civile. Istituzioni e lineamenti generali*, Milano, Giuffrè, 1989.

PEDRAZ PENALVA, E., *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, Akal, 1990.

PÉREZ LUÑO, A.E., “La filosofía del Derecho y la formación de los juristas” en *Sistema*, julio de 1982.

PÉREZ LUÑO, A.E., “La tutela de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978” en *Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas & UNAM, vol.III, 1988, pp.2345 ss.

PÉREZ LUÑO, A.E., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, 2ªed., Sevilla, Mergablum, 1999.

PEREZ LUÑO, A. E., “La tercera generación de derechos humanos”, Navarra, Thompson- Aranzadi, 2006.

PEREZ LUÑO, A. E., “La Filosofía del Derecho como tarea: cuestiones y trayectorias de investigación” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (50 años de ACFS), Universidad de Granada, vol. 44 (2010) pp. 547-570.

PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E.C., “Las garantías procesales de los derechos en el Estado constitucional. Sobre el estatuto jurídico del Habeas Data” en Julios Campuzano, A. (de) (Editor) *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*, Madrid, Dykinson, 2017, pp.131-146.

PICÓ i JUNOY, J., *Las Garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997.

PICÓ i JUNOY, J., *Principios y garantías procesales*, Barcelona, Bosch, 2015.

PINOCHET CANTWELL, F.J., "Prólogo" a TARUFFO, M., *La Prueba. Artículos y Conferencias*. Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2009, pp.11-19.

PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y Derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2003.

REHBINDER, M., *Sociología del Derecho*, trad. de Gregorio Robles, Pirámide, Madrid 1981.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Jurisdicción, acción, proceso*, Barcelona, Atelier, 2008.

SOLETO MUÑOZ, H., "La mediación vinculada a los tribunales" en Soletto Muñoz, H. (Directora) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2011, pp.245-280.

TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.

TARUFFO, M., *Simplemente la verdad*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

TARUFFO, M., (1975) *La motivación de la sentencia civil*, trad. de Lorenzo Córdoba Vianello, Madrid, Trotta, 2011.

TARUFFO, M., "Algunas consideraciones sobre prueba y verdad" pp.15-41. Disponible en: www.cervantesvirtual.com/.../algunas-consideraciones-sobre-la-relacion-entre-prueba-y-... (Acceso 12.04.2017).

TARUFFO, M., *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, Cuadernos de Divulgación de la justicia Electoral, n°20, México, 2013. Disponible en: http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/cuaderno_20_je.pdf. (Acceso el 10/03/2017).

ARTIGOS



**A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO UM DOS PILARES DO DIREITO
ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO**

**LA PARTICIPACIÓN POPULAR COMO UNO DE LOS PILARES DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO**

**POPULAR PARTICIPATION AS ONE OF THE PILLARS OF CONTEMPORARY
ADMINISTRATIVE LAW**

Rafael Crespo Maciel Machado¹

RESUMO:

Este artigo tem por objetivo analisar as transformações pelas quais vem passando o Direito Administrativo, com foco para as atuais possibilidades de participação direta do indivíduo na formação da vontade do Estado, por intermédio das audiências públicas e das ouvidorias.

PALAVRAS-CHAVE: Paradigma. Democracia. Participação.

RESUMEN:

Este artículo tiene como objetivo analizar las transformaciones que ha estado experimentando el Derecho Administrativo, centrándose en las posibilidades actuales de participación directa del individuo en la configuración de la voluntad del Estado, a través de audiencias públicas y defensores del pueblo.

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário Fluminense (2010). É pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Fluminense (2016). Advogado. Professor do Centro Universitário Fluminense desde 2018. E-mail:

PALABRAS CLAVE: Paradigma. Democracia. Participación.

ABSTRACT:

This article aims to analyze the transformations that Administrative Law has been going through, focusing on the current possibilities of direct participation of the individual in shaping the will of the State, through public hearings and ombudsmen .

KEY WORDS: Paradigm. Democracy. Participation.

1. INTRODUÇÃO

Antes de discorrer sobre o tema deste artigo e considerando que esta edição deste periódico tem como um de seus escopos precípuos celebrar os sessenta anos do Curso de Direito do UNIFLU (antiga Faculdade de Direito de Campos), gostaria de render uma singela homenagem aos professores que lecionaram e ainda lecionam a disciplina de Direito Administrativo no UNIFLU.

Ministrar a disciplina em evidência não é uma missão fácil, na medida em que impõe uma atualização constante e uma profunda reflexão acerca da relação Estado-indivíduo, relação essa corriqueiramente marcada por tensões, razão pela qual parabenizo todos aqueles que se dedicaram, com afinco, a cumprir esta hercúlea missão em nossa instituição agora sexagenária.

Avançando sobre o tema proposto, cumpre fazer um paralelo entre o Direito Administrativo de outrora e o que se tem hoje.

No Brasil dos séculos XIX, XX e início do século XXI, notadamente em sua primeira década, vigoravam, na seara administrativista, diversos dogmas, verdades inquestionáveis, como, por exemplo, a Supremacia do Interesse Público, a Legalidade e a insindicabilidade dos atos administrativos discricionários. Inclusive, tive minha formação acadêmica forjada sobre essas verdades absolutas.

Com a argúcia que lhe é peculiar, sobre este ponto, escreve Gustavo Binenbojm:

[...] Nesta toada, é possível identificar quatro paradigmas clássicos do direito administrativo que fizeram carreira no Brasil [...] I) o dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que serviria de fundamento e fator de legitimação para todo o conjunto de privilégios de natureza material e processual que

constituem o cerne do regime jurídico-administrativo [...] II) a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, traduzida numa suposta submissão total ao agir administrativo à vontade previamente manifestada pelo poder legislativo [...] III) a intangibilidade do mérito administrativo, consistente na incontabilidade das escolhas discricionárias da Administração Pública, seja pelos órgãos do contencioso administrativo, seja pelo Poder Judiciário (em países, como o Brasil, que adotam o sistema de jurisdição uma), seja pelos cidadãos, através de mecanismos de participação direta na gestão da máquina administrativa [...] (BINENBOJM, 2014, 23-24).

Outrossim, neste momento histórico, enxergava-se o cidadão como um verdadeiro súdito, sempre ocupando uma posição de inferioridade perante o Estado, ostentando, desta forma, um papel social eminentemente passivo.

Enfim, não se vislumbrava no indivíduo alguém capaz de influenciar, participar e controlar os atos e as decisões estatais. Este cenário, contudo, tem experimentado alterações sensíveis, como bem observa Flávio Amaral Garcia:

[...] No direito administrativo contemporâneo o consenso vem gradativamente substituindo a atuação imperativa dos entes públicos(...) A supremacia e a subordinação cedem espaço a atos de coordenação, calcados na consensualidade, que terão por objeto a composição de interesse aparentemente antagônicos. A lógica subjacente a essa linha de pensamento é no sentido de que as atividades calcadas na consensualidade atingem maior eficácia na definição da justa medida para o interesse público específico a ser atendido e preservado [...]. (GARCIA, 2016, p. 81-82).

2. DOS VENTOS DEMOCRÁTICOS SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO

Como já asseverado na introdução, o cidadão, ao longo de séculos, ostentou um papel eminentemente passivo, de sorte que não tinha qualquer ingerência na formação da vontade estatal. No entanto, nos últimos anos, esta realidade sofreu modificações dignas de nota.

Neste diapasão, destaco o instituto das audiências públicas, que é definido por Diogo de Figueiredo da seguinte forma:

[...] um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam

conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual [...] (MOREIRA NETO, 1992, p. 129).

Em um primeiro momento, o legislador restringiu-se a prever o instituto em comento para questões muito específicas, como, por exemplo, para licitações que envolvessem grandes valores, como se depreende do artigo 39 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, consideram-se licitações simultâneas aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias e licitações sucessivas aquelas em que, também com objetos similares, o edital subsequente tenha uma data anterior a cento e vinte dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente. (BRASIL, 1993, on-line).

Não obstante este início tímido, muito provavelmente em razão de um passado de imposição e ausência de diálogo, recentemente, as audiências públicas sofreram um auspicioso processo de “vulgarização”, o qual foi promovido pela Lei 13.655/18, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Dec. Lei nº 4.657/42), e estabeleceu:

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

§ 1º A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver. (BRASIL, 2018, on-line).

A norma em foco possui inegáveis virtudes, que podem ser resumidas em um tripé:

a) confere alcance jamais visto à realização de audiências públicas;

b) determina que as audiências devam ocorrer, preferencialmente, por meio eletrônico, o que traz numerosas vantagens, como, por exemplo, um maior número de participantes;

Por oportuno, deve-se destacar que a prática de atos por meio eletrônico, notadamente por intermédio da internet, é uma tendência mundial, já havendo, inclusive, registro de países que viabilizaram a participação popular direta via internet na confecção de um novo texto constitucional (*Crowdsourcing Constitution*).

c) além disso, não basta ouvir a população, é **imprescindível** que as sugestões, críticas sejam devidamente ponderadas, consideradas na decisão estatal.

Malgrado a intenção inegavelmente positiva do dispositivo legal sobre o qual se escreve, é importante que os tribunais, a doutrina e, principalmente, a Administração Pública captem o seu espírito republicano e estimulem, sempre que possível, a realização de audiências públicas, considerando excepcional sua dispensa, a qual, em nossa visão, deve ser, necessariamente, motivada.

Outro instituo que vem ganhando força são as ouvidorias, as quais têm sua importância devidamente exaltada por Adriana Campos Silva e Breno Barbosa Cerqueira Alves:

[...] A Ouvidoria Pública constitui-se, nesse sentido, como importante canal de comunicação entre a sociedade e o Estado, uma vez que apresenta suficiente permeabilidade para absorver e processar os temas colocados por diversos atores, servindo, assim, como instrumento de participação cidadã nesse processo de análise e crítica da atuação estatal. Dessa forma, a Ouvidoria Pública revela sua extrema relevância na consolidação do Estado Democrático por possibilitar a participação aberta a qualquer indivíduo, configurando-se num complemento aos institutos de proteção do cidadão e de controle da Administração Pública [...] (SILVA, 2014, p. 144).

Neste contexto, não há como deixar de trazer à baila o novel estatuto jurídico dos usuários de serviços públicos (Lei nº 13.460/17), que, ao menos no plano legislativo, confere uma plêiade de prerrogativas a todos os usuários de serviços públicos.

Dentre os direitos, deveres e institutos, delineados na referida normativa, destacam-se as ouvidorias, que já eram previstas em outras legislações, mas que,

agora, passam a obter verdadeiro papel de destaque em uma seara deveras sensível: serviços públicos.

O estatuto supramencionado conferiu o seguinte tratamento normativo ao tema:

Art. 10. A manifestação será dirigida à ouvidoria do órgão ou entidade responsável e conterà a identificação do requerente. Art. 13. As ouvidorias terão como atribuições precípua, sem prejuízo de outras estabelecidas em regulamento específico: I - promover a participação do usuário na administração pública, em cooperação com outras entidades de defesa do usuário; II - acompanhar a prestação dos serviços, visando a garantir a sua efetividade; III - propor aperfeiçoamentos na prestação dos serviços; IV - auxiliar na prevenção e correção dos atos e procedimentos incompatíveis com os princípios estabelecidos nesta Lei; V - propor a adoção de medidas para a defesa dos direitos do usuário, em observância às determinações desta Lei; VI - receber, analisar e encaminhar às autoridades competentes as manifestações, acompanhando o tratamento e a efetiva conclusão das manifestações de usuário perante órgão ou entidade a que se vincula; e VII - promover a adoção de mediação e conciliação entre o usuário e o órgão ou a entidade pública, sem prejuízo de outros órgãos competentes. Art. 14. Com vistas à realização de seus objetivos, as ouvidorias deverão: I - receber, analisar e responder, por meio de mecanismos proativos e reativos, as manifestações encaminhadas por usuários de serviços públicos; e II - elaborar, anualmente, relatório de gestão, que deverá consolidar as informações mencionadas no inciso I, e, com base nelas, apontar falhas e sugerir melhorias na prestação de serviços públicos. Art. 15. O relatório de gestão de que trata o inciso II do caput do art. 14 deverá indicar, ao menos: I - o número de manifestações recebidas no ano anterior; II - os motivos das manifestações; III - a análise dos pontos recorrentes; e IV - as providências adotadas pela administração pública nas soluções apresentadas. Parágrafo único. O relatório de gestão será: I - encaminhado à autoridade máxima do órgão a que pertence a unidade de ouvidoria; e II - disponibilizado integralmente na internet. Art. 16. A ouvidoria encaminhará a decisão administrativa final ao usuário, observado o prazo de trinta dias, prorrogável de forma justificada uma única vez, por igual período. (BRASIL, 2017, on-line).

As virtudes do texto legal são evidentes, no entanto, ainda assim, é possível destacar ao menos três pontos:

- a) confere densidade normativa adequada ao artigo 37, §3º, da CRFB/88;
- b) há um prazo, para que a ouvidoria entregue ao usuário a decisão administrativa final sobre a queixa apresentada, o qual não poderá superar sessenta dias;
- c) incumbe ao ouvidor não somente receber a reclamação, mas também acompanhar o andamento que a queixa receberá pelo órgão público.

3. CONCLUSÃO

Destarte, é possível afirmar que as recentes alterações legislativas contribuíram muito para uma verdadeira mudança de paradigma no âmbito do Direito administrativo: de uma postura impositiva e autoritária tem se avançado, progressivamente, para uma postura dialógica e consensual, na qual o cidadão passa a ter condições efetivas de interferir na formação da vontade estatal.

Por derradeiro, todavia, impõe-se um alerta: incumbe a todos dar eficácia social às normas aqui mencionadas, para que, de fato, a transformação já iniciada no plano legislativo alcance, com plenitude, seu maior objetivo: dar voz e vez ao cidadão.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. – 3ª ed. Revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 23-24.

BRASIL. *Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017*. Dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm. Acesso em: 10 fev. 2020

BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657/42, de 4 de setembro de 1942, disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do Direito Público. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 5 fev. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 5 fev. 2020.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 81-82.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 129.

SILVA, Adriana Campos; ALVES, Breno Barbosa Cerqueira. Ensaio sobre a contribuição das ouvidorias públicas para a educação em Direitos humanos e para consolidação de uma cultura democrática no Brasil. *Revista Jurídica – UNICURITIBA*, v. 1, n. 34, 2014. Disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/789>. Acesso em: 3 mar. 2020.

ARTIGOS



**A GLOBALIZAÇÃO NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO E SUA RELAÇÃO COM
O DIREITO**

**GLOBALIZACIÓN EN EL CONTEXTO CONTEMPORÂNEO Y SU RELACIÓN CON
EL DERECHO**

**GLOBALIZATION IN THE CONTEMPORARY CONTEXT AND ITS RELATIONSHIP
WITH LAW**

Inês Cabral Ururahy de Souza¹

RESUMO:

As contradições presentes no mundo contemporâneo apontam para uma crise de paradigmas no campo das Ciências e refletem a necessidade de mudanças no Direito e, mais especificamente, nos cursos jurídicos. O presente artigo, ao eleger como eixo das análises o fenômeno da globalização, busca refletir o jurídico no contexto das mudanças sócio-político-econômico-culturais que vêm se dando neste novo milênio. As análises realizadas mostram os desafios impostos ao ensino do Direito na atualidade, destacando que as Instituições de Ensino Superior devem oferecer uma formação que capacite o intérprete do Direito a integrar, interpretar e aplicar a lei ligada às questões sociais, culturais e políticas deste novo tempo.

¹ Reitora e Professora Titular Permanente do Centro Universitário Fluminense (UNIFLU), onde também coordena, atualmente, o curso de Direito. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Fluminense (1994), graduação em Letras pela Faculdade de Filosofia de Campos (1973), graduação em Pedagogia pela Universidade Augusto Motta (1975), mestrado em Direito pela Universidade Gama Filho (1999) e doutorado em Direito pela Universidade de Burgos (2003) com revalidação na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Tem como principais interesses de pesquisa Direitos Humanos e Direito Educacional. E-mail: inesururahy@bol.com.br.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização. Sistema legal. Ensino do Direito.

RESUMEN:

Las contradicciones presentes en el mundo contemporáneo apuntan a una crisis de paradigmas en el campo de las Ciencias y reflejan la necesidad de cambios en el Derecho y, más específicamente, en los cursos jurídicos. Este artículo, al elegir el fenómeno de la globalización como eje de análisis, busca reflejar el contexto legal de los cambios sociopolíticos, económicos y culturales que han tenido lugar en este nuevo milenio. Los análisis realizados muestran los desafíos impuestos a la enseñanza del derecho en la actualidad, destacando que las instituciones de educación superior deben ofrecer capacitación que permita al intérprete de la ley integrar, interpretar y aplicar la ley relacionada con los problemas sociales, culturales y políticos de este nuevo tiempo.

PALABRAS CLAVE: Globalización. Sistema legal. Enseñanza del Derecho.

ABSTRACT:

The contradictions present in the contemporary world point to a crisis of paradigms in the field of Sciences and reflect the need for changes in Law and, more specifically, in legal courses. This article, by choosing the globalization phenomenon as an axis of analysis, seeks to reflect the legal context of the socio-political-economic-cultural changes that have been taking place in this new millennium. The analyzes carried out show the challenges imposed to the teaching of Law today, emphasizing that Higher Education Institutions must offer training that enables the interpreter of the Law to integrate, interpret and apply the law related to the social, cultural and political issues of this new time.

KEYWORDS: Globalization. Juridical system. Law teaching.

1. INTRODUÇÃO

O Direito, como corpo de princípios que regula as ações dos homens nas sociedades organizadas, nasceu da necessidade humana de princípios norteadores da Justiça, que estivessem acima dos interesses e das vaidades pessoais e dos grupos, na busca permanente de poder, que é parte da condição humana.

Quando trata da questão do Direito natural, o filósofo inglês Locke, considerado o grande inspirador do Liberalismo, afirma “que o estado de direito natural cria a impunidade, porque faz de cada indivíduo senhor de direitos ilimitados”.

O Direito é, portanto, condição para a organização, regulação e concretização das ações humanas nas sociedades sedentárias, desde a Antigüidade.

A lei capta os fatos reais que estão nas tramas do cotidiano, devendo, portanto,

refletir as mudanças que se dão no desenvolvimento destas sociedades no dinamismo do fazer histórico.

Considerando a globalização como um processo de crescimento da interdependência entre países para as relações comerciais, industriais, financeiras e tecnológicas, sendo, portanto irreversível no contexto histórico das mudanças que estão acontecendo neste milênio, entendemos que os seus efeitos poderão ser amenizados, na medida em que os Estados abandonarem os velhos paradigmas, fundados em valores racionalistas e cartesianos e forem capazes de investir nos valores em que se embasam os Direitos Fundamentais e se encontram presentes nas Constituições de caráter democrático.

Mesmo sendo vista como um conceito predominantemente econômico, a globalização atinge hoje o social, o político, o cultural, transformando visões de mundo e fazendo ruir velhas certezas, que durante séculos estiveram no bojo das produções acadêmicas das diversas ciências.

O Direito, como ciência que teve, ao longo da modernidade, toda sua produção fundada no normativismo e no dogmatismo, vive hoje um momento difícil, preso que está ao velho paradigma “da lei pela lei”, tendo que assimilar as inovações impostas pelos paradigmas emergentes e pela globalização que, como uma “roda viva”, vai gerando novos e novos fatos, que se ainda não foram, deverão ser regulamentados o mais breve possível.

Mas, para que estas mudanças aconteçam efetivamente, é necessário que todos os que estão envolvidos com a aplicação da Justiça comecem a romper com o estabelecido, ousando no sentido de questionar a visão linear das normas jurídicas, tanto na sua interpretação, quanto na sua “práxis”.

Independentemente das questões que estão a exigir normatização, é preciso que os futuros operadores do Direito tenham uma formação acadêmica que esteja voltada para o contexto histórico da contemporaneidade, que inclui não só os problemas estritamente jurídicos, mas também a compreensão da conjuntura sócio-econômico-político-cultural que faz do cenário atual um espaço de pluralidades.

No mundo da globalização, que tem na informação uma de suas características principais, a Educação faz a diferença, advindo daí a necessidade de se investir numa formação jurídica de caráter interdisciplinar.

A globalização, independentemente dos seus aspectos positivos e negativos, não

pode abdicar do Direito como caminho institucional na consolidação dos princípios de justiça e a coexistência ordenada e harmônica de seus cidadãos.

Em tempos de mudança de paradigmas, precisamos não abrir mão da utopia que nos impulsiona para uma Justiça capaz de resgatar os valores éticos, os quais a modernidade anulou com suas ambições colonialistas e imperialistas: a liberdade, a fraternidade, a igualdade. Acreditamos que o grande desafio do Direito, neste milênio, é permitir que as futuras gerações não deixem que a história se repita...

2. GLOBALIZAÇÃO NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO

2.1. O fenômeno da globalização

A chamada “crise da modernidade” anunciada por um número expressivo de pensadores e teóricos, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, ganha impulso neste século, quando transformações históricas significativas apontam para as mudanças que marcam este instante da história da humanidade – um novo milênio.

Entre os fatos que desencadearam estas alterações em todos os campos, encontra-se o fim da Guerra Fria,² que dividiu o mundo em dois pólos, promovendo terror e medo para os países divididos por questões ideológicas e pelo sectarismo de líderes poderosos. Conforme acentua HOBBSAWN (1995, p.122) “o fim da utopia socialista obrigou o mundo capitalista a analisar sua própria crise e a buscar mecanismos garantidores de sua hegemonia”.

É a nova ordem denominada neoliberalismo³ que fará vir à tona o fenômeno da “globalização” que, de acordo com a posição de SARAVIA (2007, p.136), pode ser entendido como: a fase do capitalismo financeiro crítico do Estado de Bem Estar Social no qual se vê comprometida a soberania das nações.

² DREGUER, Ricardo. História. Cotidiano e Mentalidades. São Paulo, Atual, 1995. Guerra Fria foi o conflito ideológico que deu origem à luta armamentista e a uma constante tensão entre Estados Unidos e a ex-União Soviética, por mais de 30 anos.

³ ANDERSON, Perry et alii. Revista Serviço Social e Sociedade. CBCISS, São Paulo. V.3. 1997, p.38/39. Neoliberalismo é um sistema doutrinário de caráter político-econômico-social que coloca o mercado como regulador das relações político-econômicas no plano do capitalismo globalizado.

A visão da globalização⁴ não é, contudo, algo novo no campo da economia e do Direito, uma vez que a historiografia registra que os descobrimentos marítimos tiveram um caráter precursor, na medida em que apoiados nos recursos e meios daquela época, possibilitaram a aproximação dos mercados europeus e asiáticos, ao contrário dos venezianos e genoveses, que dependiam de transportes terrestres e de inúmeros intermediários.

Transportar uma concepção nascida do capitalismo mercantilista do início dos tempos modernos para uma realidade bem mais complexa, que é a do capitalismo neoliberal tecnológico e globalizado, significa compreender que os tempos mudaram, mas as questões que envolvem a acumulação de riquezas pelos grupos detentores dos meios de produção permanecem as mesmas que impulsionaram a burguesia para a consecução de fatos históricos, como as Revoluções Burguesas, a Revolução Francesa e a Revolução Industrial.

Mas, quando se lança mão do conceito de SARAVIA que aborda a questão da soberania das nações, entende-se o “porquê” da relação globalização/Direito, bem como o deslocamento do capital, hoje transnacionalizado e submetido aos mais diferentes sistemas legais.

É, portanto, no contexto deste processo, perplexo e sem encontrar saídas viáveis, que o Brasil se encontra, vivendo uma crise econômico/social que, segundo os especialistas do setor, ameaça não somente a sua imagem externa, como também a credibilidade do Governo.

Este momento difícil coincide com a crise de valores que anula os fundamentos éticos e clássicos da Democracia e o Estado de Direito, como conquista dos cidadãos, gerando uma espécie de egoísmo, de competição, próprios da exacerbação do liberalismo, que acaba por matar o mais importante dos valores universais, a Justiça.

O paradoxo se apresenta como marca do fenômeno histórico que é a globalização, firmado na ruptura entre Estado e Sociedade, bem como no reconhecimento tácito de que o Estado, fundado nos interesses econômicos, fortalece-se diante da impotência dos povos em administrar uma realidade que não tem fronteiras e obriga todos os seus cidadãos a se subjugarem aos efeitos do capital internacional.

⁴ Op. cit, p.41. Globalização é transnacionalização do capital que hoje se beneficia da tecnologia para transferir-se, em segundos, de uma região do mundo para outra.

O “mito da caverna” presente nos “Diálogos de Platão”, quando o filósofo aborda o mundo das sombras que impede que a luz do conhecimento e do saber penetre na caverna, onde os homens acorrentados tentam uma leitura difusa do que se passa no exterior, talvez seja o que melhor represente a situação vivida pelos cidadãos brasileiros e de muitos outros lugares, neste momento de crise dos valores da sociedade contemporânea.

Se, de um lado, existe a inegável presença de um mundo em permanente mudança, um Estado que tenta fugir de suas competências históricas e uma Justiça que necessita de reformulações que a possibilitem caminhar neste movimento que vai além dos limites da soberania dos Antigos Estados-Nação, por outro, existe o impasse que obriga todos a se agarrarem a uma Ética que é universal e que se encontra nas bases da concepção que se tem do Direito.

Quando Karl Marx formulou o seu conceito de alienação que revelava a possibilidade de ser o homem tratado como mercadoria, anulado como sujeito e coisificado por um mundo em que o poder do capital era a única lei, todos os críticos da época se sentiram ameaçados, como se estas idéias tivessem vindo de uma mente doente e obcecada ideologicamente. Quando o comunicólogo McLuhan anunciou a “aldeia global” nos idos dos anos 1960, outros tantos críticos desacreditaram suas teses, não aceitando que a tecnologia transformaria o mundo e eliminaria as barreiras da informação em tão pouco tempo.

Que reação teriam hoje todos aqueles que não conseguiram perceber as evidências históricas que determinaram a revitalização do fenômeno da globalização tecnológica? Talvez tivessem se curvado perplexos diante do inevitável, talvez se conformassem em lamentar as perdas que se deram com a queda do Estado de Bem Estar, ou quem sabe se vissem tentados a refletir uma nova concepção jurídica, capaz de englobar todas estas contradições, em nome de uma sociedade plural, democrática e, por isto mesmo, uma sociedade na qual a globalização se fixe em normas legais, fruto do consenso entre os povos.

A globalização não é apenas palavra da moda, mas a síntese das transformações radicais pelas quais vem passando a economia mundial desde os anos 80. A globalização, que eleva à condição de grandes potências regiões marcadas até bem pouco tempo pelo subdesenvolvimento, como é o caso dos países da Ásia, hoje denominados de Tigres Asiáticos, também faz com que os Estados Unidos

alcancem a posição de primeiro lugar no quadro das nações desenvolvidas, que formam os chamados países centrais. O lado cruel deste processo fica por conta dos países dependentes que se submetem à nova ordem, impulsionados pelo desejo de crescimento e progresso. O ônus cai sobre o social, o político, o jurídico e o cultural, que neste novo contexto obriga todos a abrirem mão da dignidade, da soberania, da ética, da própria justiça, em nome da sobrevivência.

Caminhar na busca de uma Justiça que preserve os princípios básicos do Direito, que lute por um Estado Máximo no plano social e que garanta aos cidadãos a liberdade que se encontra na base dos Direitos Fundamentais é o grande desafio que hoje se coloca no plano jurídico.

Os efeitos do processo de globalização já se encontram no plano jurídico, desafiando aqueles que ainda insistem em interpretar as leis sob critérios já superados e formalizados em princípios rígidos que se mostram ineficazes no mundo das mudanças aceleradas. É tempo de repensar o jurídico sob os olhos das transformações e da formação do profissional do futuro, elemento chave na revisão e atualização das leis às novas exigências e demandas da sociedade globalizada.

2.2- Os paradoxos decorrentes da relação Direito/globalização

Antes de se questionarem os paradoxos legais que surgem com a globalização, é necessário e urgente repensar alguns pontos que fazem do Direito o cenário de múltiplas contradições que estão concretamente visíveis na prática jurídica.

Hoje já é notório que o Direito, como ciência, tem caráter interdisciplinar, não podendo ser compreendido em suas bases e estrutura sem uma visão do político, do social, do cultural. No âmbito da Sociologia do Direito, campo que só se define no período pós-guerra, e que é essencial para uma análise que tem como viés a globalização, as questões se multiplicam. As influências teóricas envolvem pensadores que, em suas teorias, apresentaram uma visão sociológica do Direito e, dentro de uma pesquisa cuidadosa sobre obras de caráter político, como “O Príncipe” de Maquiavel ou mesmo sobre os escritos de Montesquieu, percebe-se uma preocupação básica com o lugar do Direito.

É um sociólogo de formação jurídica quem oferece uma explicação das

condições teóricas deste novo campo do estudo do Direito, Boaventura de Souza Santos (2014, p.161), quando comenta:

Uma das ilustrações mais significativas deste peso dos precursores consiste no privilegiamento, sobretudo no período inicial de uma visão normativista do Direito em detrimento de uma visão institucional e organizacional e, dentro daquela, no privilegiamento do direito substantivo em detrimento do direito processual, uma distinção ela própria vinculada às tradições teóricas importadas acriticamente pela Sociologia do Direito.

Na tradição intelectual, na qual domina a visão normativista e substantivista do Direito, já havia uma preocupação básica com as relações entre o Direito e o desenvolvimento socioeconômico e, mais especificamente, o papel do Direito na transformação modernizadora das sociedades tradicionais. Só a partir dos anos 50 é que surge um enfoque voltado para as questões organizacionais, processuais e institucionais e mais recentemente, os avanços promovidos com base na Ciência Jurídica, bem como no desenvolvimento da Antropologia do Direito e da Etnologia Jurídica.

Com o advento do Estado de Bem-Estar Social, os tribunais passaram a lidar com questões nas quais a simples aplicação técnica dos dispositivos legais já não cabia. O Estado Providência amplia os direitos e, de certa forma democratiza o acesso à Justiça, obrigando profissionais do Direito conhecerem e se aprofundarem nos conceitos sociais.

Assim, ao mesmo tempo em que o Direito vem carregando problemas graves ao longo dos anos, décadas e mesmo do século, ainda se vê obrigado a conviver com as problemáticas nascidas do fenômeno da globalização, algumas complexas, que começam a chegar aos tribunais.

Mas é também importante acentuar que os paradoxos são contradições e, como tal, vivem uma tensão permanente de natureza dialética. A tendência é sempre a de se questionarem os aspectos negativos da globalização, seja no plano jurídico, seja no âmbito das demais ciências.

É preciso que o Estado brasileiro se fortaleça e a Sociedade também consiga participar deste processo, pois enfrentar os efeitos jurídicos da globalização já vem

sendo um enorme desafio para os que atuam no campo do Direito e precisam encontrar a luz que os tire das sombras e permita a construção de um Estado Máximo, ou seja, um Estado Democrático, no qual os cidadãos tenham voz e as instituições e serviços subsidiados pelo Estado se pautem pela qualidade e pela preocupação básica com o bem comum que encontre saídas para os paradoxos que estão aí, instigando juristas, sociólogos e demais profissionais a se portarem com humildade e sem empáfia, na medida em que a justiça, feita por homens, para homens, seja um valor maior e que, na essência da sua abstração, seja matéria positiva na conquista da autonomia deste povo brasileiro que busca sua plena liberdade e cidadania.

2.3. A primazia das leis do mercado na contemporaneidade

O mercado, como cenário das relações de troca e de uso que caracterizaram o capitalismo desde seus primeiros dias, não é um legado da modernidade, mas palco de uma necessidade natural dos homens em expor inicialmente o produto do seu trabalho e, logo depois, de consumir os produtos que outros produziam, mas que o uso os impulsionava a adquirir.

Mas a História ensina que, de início, estes mercados dependiam muito mais do interesse das pessoas, de suas necessidades, do que da intencionalidade dos artífices e artesãos em trocar ou mesmo vender as suas obras. MARX, quando escreve o “Capital”, sua grande obra de análise e aprofundamento crítico do modo de produção capitalista, “resiste a introduzir o chamado “valor de uso”, detendo-se mais tempo no “valor de troca”⁽⁵⁾, que na sua visão é o que representa a origem da própria modernidade” (ARENDDT, p.179).

É Hannah Arendt (2006, p.175) quem analisa o aparecimento do mercado sob o ponto de vista capitalista, quando comenta:

Historicamente, a última esfera pública, o último lugar de

⁵ MARX, Karl in QUINTANEIRO, Tania et alii. Um toque de Clássicos: Durkheim, Marx e Weber. Belo Horizonte, UFMG, 1996, p.85-85; Valor de Uso é o que se realiza para o consumo; Valor de Troca é equivalente à quantidade do tempo de trabalho gasto na sua produção, o qual varia de uma sociedade para outra.

reunião que, de alguma forma, se relaciona com a atividade do “homo faber”, é o mercado de trocas onde seus produtos são exibidos. A sociedade comercial, típica dos primeiros estágios da era moderna ou do capitalismo manufatureiro, resultou dessa “produção ostensiva”, com o seu concomitante apetite de possibilidades universais de barganha e troca; e o seu fim chegou com o enaltecimento do labor e com a sociedade de operários, que substituíram a produção ostensiva e respectivo orgulho pelo “consumo ostensivo” e respectiva vaidade.

É com o surgimento deste mercado que o Direito, como campo da aplicação da Justiça, ganha uma nova feição, na medida em que a garantia da propriedade vai gerar demandas até então desconhecidas no âmbito das leis. O contrato social fundado na ideologia liberal, que tem LOCKE como seu mais importante teórico, tem toda uma essência jurídica que faz com que, a partir do século XVIII, as leis comecem a adquirir um novo perfil que garante o fortalecimento do mercado capitalista nascente e dos atores que nele circulam.

Este projeto de modernidade que teve no capitalismo seu veículo básico e sua representação maior, durante os séculos XIX e XX se consolida, se reatualiza e vive suas crises. Porém, como um modo de vida hegemônico e que tem na desigualdade uma de suas principais características, o capitalismo necessitou, ao longo de sua trajetória de sobrevivência, de muitos pactos, arranjos e, sobretudo, de leis, muitas leis que o sustentassem.

Hoje, quando se chega a um novo milênio, o capitalismo apesar de vencedor, joga mais uma de suas cartas, colocando no mercado todas as suas forças. O neoliberalismo, como nova ordem do capitalismo tecnológico e globalizado, vê diluir, na crise da modernidade, seus sustentáculos originais, tendo como única saída subjugar-se à abstração do mercado voraz e impiedoso na sua regulação da vida contemporânea.

Todos estes comentários servem para ilustrar o fato de que o Direito é dinâmico e voltado para o social, não podendo mais ser visto como um conjunto de regras impostas por grupos representativos, sem o respaldo da realidade e as exigências dos seres sociais. Também não se reduz à simples aplicação técnica de leis codificadas.

Mas é diante do novo mercado que a relação Direito/globalização começa a

ser pensada sob os ângulos das novas realidades do mundo. Já se fala, atualmente, em processos de integração, de unificação do Direito e de harmonização jurídica, discussões oriundas do conflito espacial de leis civis, provenientes dos novos blocos econômicos surgidos, em razão do processo de globalização econômica.

É importante acentuar que o tratado de Assunção, que instituiu o Mercosul, ainda não estabeleceu as condições de integração que ele anuncia, constituindo-se muito mais numa intenção. Contudo é necessário acentuar que um tratado não é suficiente para a integração, já que esta se dá na prática, quando os países envolvidos conseguem possibilitar a livre circulação de bens e serviços, sem esbarrar na heterogeneidade dos direitos privados de cada país, ou mesmo quando as questões ligadas à soberania são resolvidas pelo diálogo e se transformam em leis consensuais.

Já diferentemente da “integração”, como mecanismo legal que respalda a integração dos mercados em blocos, a “harmonização” é bem mais modesta, na medida em que as legislações dos países envolvidos permanecem autônomas e se estabelecem reciprocidades de tratamentos.

Esta relação entre o Direito e o Mercado vai se ampliando e se tornando complexo com o processo de expansão das empresas multinacionais, visto que cada país tem suas leis próprias, às quais a empresa tem de adaptar-se, mesmo diante de um padrão global.

Os mercados mudaram e as leis têm de mudar, apesar das opiniões em contrário, pois, em tempos de globalização, o grande perigo é a omissão da lei que acaba com sua vacância, contribuindo para que o Direito do mais forte prevaleça sobre o dos mais fracos, nesta busca desenfreada por novos mercados, em todo o mundo.

O fundamental é que, na dialética Direito/Mercado, a lei reflita os avanços da sociedade e respalde as inovações que se efetivaram no cotidiano das comunidades e seus atores, sempre na busca de uma sociedade mais justa, equitativa e humanizada.

3. CONCLUSÃO

Compreender o Direito como campo jurídico no âmbito das relações que são

estabelecidas, dentro dos parâmetros globalizados, é reconhecer que as leis não se esgotam em si mesmas e que, por tal razão, devem avançar no sentido de refletirem as mudanças sociais.

Acreditamos que é refletindo a globalização, detectando suas conexões com o Direito, tendo por respaldo os princípios constitucionais que sustentam a soberania do país e, sobretudo, construindo um olhar crítico sobre os efeitos deste fenômeno, é que seremos capazes de avançar sem perder os limites do nosso chão.

Sabemos que as dificuldades enfrentadas pelos cursos jurídicos neste momento de múltiplas transformações em todos os campos do saber humano são muitas, mas é mais do que urgente que busquemos soluções e tentativas que levem à superação dos muitos problemas enfrentados no ensino do Direito. Sabemos que as transformações necessárias nos currículos estão sendo implementadas na maior parte das universidades brasileiras, mas ousamos apresentar algumas sugestões, que consideramos, pela nossa vivência na área acadêmica, essenciais para o redimensionamento dos cursos jurídicos.

A primeira medida seria uma capacitação em serviço, permanente e contínua, que possibilitasse aos profissionais do Direito que atuam como professores, a construção de um olhar pedagógico, ou seja, que possibilitasse o desenvolvimento de estratégias e procedimentos específicos ao ato de ensinar.

Uma melhor adequação da parte prática dos cursos à teoria, de modo que os futuros profissionais tivessem acesso à pesquisa, como uma das linhas da ação universitária, construindo os conceitos jurídicos a partir da aplicação dos mesmos aos casos concretos.

Outra questão que consideramos fundamental é a integração com as demais disciplinas e cursos pela interdisciplinaridade, multidisciplinaridade e transdisciplinaridade, visto que em tempos de tecnologia, os cursos jurídicos não podem estar presos apenas às aulas expositivas e ao ranço positivista presente no dogmatismo.

É a partir desta reflexão que afirmamos a grande utopia que acompanha o discurso dos grandes teóricos, ou seja, a de que os homens, um dia, farão da Justiça uma realidade concreta, uma conquista forjada por uma sociedade verdadeiramente democrática, consensual, na qual os homens serão capazes de discutir suas diferenças, na perspectiva de um mundo efetivamente sem fronteiras,

mais justo e igualitário.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Cardoso. 8.ed. Rio de Janeiro, Forense / Universitária, 1997.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. *La protección de los derechos fundamentales en el orden internacional*. Los nuevos desafíos de la ciudadanía. Universidad de Burgos: 2000, p.32.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. *Hacia una ciudadanía renovada*. En Los nuevos desafíos de la ciudadanía. Burgos: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, 2001.

HOBBSAWN, Eric. *A era dos extremos*. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

MAQUIAVEL. In: ARRUDA, Maria Lúcia. *Coleção Logos*. Moderna, v.4, 2006.

MARX e ENGELS. A ideologia alemã. In: *Coleção Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1989.

MC LUHAN. *Mutações em Educação*. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

PLATÃO. A República. In: *Coleção Os Pensadores*. v.3. São Paulo, Abril Cultural, 1989.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SARAVIA, Margot Soria. *Globalização e cidadania: os desafios para a democracia na Bolívia*. In: *Cidadania e Subjetividade*. São Paulo: Imaginário, 1997.

ARTIGOS



UMA BREVE HISTÓRIA DO SURGIMENTO DO FEMINISMO NO BRASIL

BREVE HISTORIA SOBRE EL SURGIMIENTO DEL FEMINISMO EN BRASIL

A BRIEF HISTORY OF THE RISE OF FEMINISM IN BRAZIL

Sana Gimenes Alvarenga Domingues¹

RESUMO:

O objetivo do presente artigo é fazer uma breve retrospectiva a respeito do surgimento do movimento feminista no Brasil. O movimento feminista, apesar de bastante heterogêneo, uma vez que possui, historicamente, formas de organização muito diversas, pode ser definido como toda ação política que busca a transformação da condição social da mulher e a superação de sua submissão histórica. Retomar a trajetória desse movimento no Brasil é importante para compreender como ele se estrutura e se entrelaça com os acontecimentos políticos do país e do mundo e também quais foram suas principais estratégias e influências de atuação.

¹ É advogada com graduação em Direito pelo Centro Universitário Fluminense (2006) e socióloga com graduação em Ciências Sociais (2007) pela Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro. Possui mestrado (2010) e doutorado (2015) em Sociologia Política pela Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro. Também é especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2018). Atualmente, é professora dos Cursos de Direito da Universidade Candido Mendes (UCAM), do Centro Universitário Fluminense (UNIFLU) e do Centro Universitário Redentor (UNIRENTOR) de Campos dos Goytacazes. Desde abril de 2019 é Presidenta do Conselho Municipal de Proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente. Faz parte do ATEGEN (Atelier de Estudos de Gênero) desde 2008. Tem experiência na área de Sociologia, com ênfase em Sociologia Política, e Direito, com ênfase em Direito Constitucional, trabalhando, principalmente, com as seguintes temáticas: estudos de gênero, direitos humanos e cidadania. E-mail: sanagimenes@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Feminismo. História das mulheres. Brasil.

RESUMEN:

El propósito de este artículo es hacer una breve retrospectiva sobre el surgimiento del movimiento feminista en Brasil. El movimiento feminista, aunque bastante heterogéneo, ya que históricamente tiene formas de organización muy diferentes, puede definirse como cualquier acción política que busca transformar la condición social de las mujeres y superar su sumisión histórica. Reanudar la trayectoria de este movimiento en Brasil es importante para entender cómo está estructurado y entrelazado con los eventos políticos del país del mundo y también cuáles fueron sus principales estrategias e influencias de acción.

PALABRAS CLAVE: Feminismo. Historia de la mujer. Brasil.

ABSTRACT:

This article aims a brief retrospective on the rise of the feminist movement in Brazil. The feminist movement, although quite heterogeneous, since historically it has very different forms of organization, can be defined as any political action that seeks to transform the social condition of women and overcome their historical submission. Resuming the trajectory of this movement in Brazil is important to understand how it is structured and intertwined with the political events of the country of the world and also what were its main strategies and influences of action.

KEYWORDS: Feminism. Women's history. Brazil

1. INTRODUÇÃO

Ao discorrer sobre a abertura da historiografia mais moderna à chamada história das mulheres, Joan Scott explicita que a História, como qualquer outra forma de saber, é um meio pelo qual as relações de dominação são construídas e reproduzidas (SCOTT, 1994, p. 12-13). Por essa razão, as mulheres foram sistematicamente ignoradas pela historiografia, até que um grupo de historiadoras feministas recuperasse seu também importante papel de agentes da história².

Nesse sentido, esclarece Branca Moreira Alves que:

Toda a produção intelectual é uma produção engajada, embora nem sempre a ligação entre ciência e a política se encontre reconhecida e formulada. O cientista, em sua relação com seu objeto de estudo, busca detectar uma forma de ação e de prática social. Estará

forçosamente, quer o explicita ou não, trabalhando para a manutenção ou para a superação do *status quo*. (ALVES, 1980, p. 15).

Sendo assim, é imprescindível que se lance os olhos sobre a história do feminismo, sobretudo no Brasil, país onde, costumeiramente a história dos oprimidos, como mulheres e negros, tem sido contada de forma passiva e apática, o que, porém, não condiz com a realidade.

Recuperar a história do feminismo no Brasil é mostrar, então, que, a despeito de sua condição de submissão, muitas mulheres atuaram de forma pública e engajada e conseguiram, por meio de luta e pressão política intensas, a obtenção de direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito ao voto.

É justamente uma breve retomada dessa história, tantas vezes “esquecida”, que o presente trabalho se propõe a fazer. Para tanto, adotar-se, aqui, o seguinte conceito de feminismo, na linha do que leciona Vera Soares:

O conceito de feminismo aqui utilizado parte do princípio de que o feminismo é a ação política das mulheres. Engloba teoria, prática, ética e toma as mulheres como sujeitos históricos da transformação de sua própria condição social. Propõe que as mulheres partam para transformar a si mesmas e ao mundo. (SOARES, 1998, p. 33.)

Esclarece-se, também, que o movimento feminista, no Brasil e no mundo, não foi e ainda não é, a não ser em momentos pontuais, um movimento unificado. Assim, será traçado aqui apenas um panorama geral que englobe as principais tendências e os principais momentos desse movimento tão fragmentado.

2. PRIMÓDIOS DO FEMINISMO NO BRASIL

O surgimento do movimento feminista no Brasil foi muito influenciado pelos movimentos sufragistas inglês e, especialmente, norte-americano. Cabe, então, assinalar algumas características desses dois movimentos.

2.1. Sufragismo norte-americano

Nos Estados Unidos aconteceram as primeiras manifestações pelos direitos da mulher no século XIX. Isso está atrelado a certas características da própria sociedade americana, como o tipo de colonização familiar lá existente, mais aberta ao trabalho feminino e a própria religião protestante, voltada à reflexão individual.

No início do século XIX, foram os movimentos religiosos, chamados de movimentos revivalistas, que permitiram às norte-americanas uma primeira prova da expressão pública. Esses movimentos pregavam o engajamento social dos fiéis e levaram as mulheres ao trabalho filantrópico fora do confinamento dos lares.

O movimento abolicionista também teve papel fundamental para a luta feminista, uma vez que a libertação da mulher poderia seguir o mesmo caminho da libertação da população negra escravizada. Tida como uma causa nobre, assim como as organizações filantrópicas, esse tema parecia “apropriado” às mulheres, razão pela qual atraiu muitas delas. Além disso, o movimento abolicionista permitiu a muitas mulheres a participação e aprendizado do processo de organização política propriamente dita e não apenas de organização religiosa.

Contudo, mesmo dentro desse movimento de cunho emancipatório, muitos eram contrários à luta feminista, seja por não concordarem com a emancipação feminina pura e simplesmente, seja porque achavam que, primeiro, era preciso focalizar a questão do negro na sociedade. Por essa razão, se fez necessária a formação de organizações específicas que defendessem os direitos das mulheres.

Assim, tem-se o surgimento, no ano de 1868, em Nova York, da *National Woman Suffrage Association* (NWSA), encabeçada por Elizabeth Cady Stanton e Susan B. Anthony, duas abolicionistas combativas. Tal associação, além de ser exclusivamente feminina, se colocava para além da luta pelo direito ao voto, questionando o próprio lugar da mulher na família e no mercado de trabalho norte-americanos. Já em Boston, no ano de 1869, é fundada a *American Woman Suffrage Association* (AWSA). Esta associação já possuía um estilo mais conservador e era composta também por homens.

Ambas as associações, porém, usaram os mesmos meios de atuação, ainda que tenham trabalhado durante vinte anos de forma separada. Suas principais estratégias eram: escrita de artigos em jornais, realização de conferências, campanhas de abaixo-assinados para o Congresso, dentre outras.

Em 1890, a NWSA, já no ostracismo, se funde a AWSA, formando a *National American Woman's Suffrage Association* (NAWSA). Elizabeth C. Stanton ficou na presidência dessa nova associação, mas foram abandonados os temas mais radicais para a época, como o divórcio e o amor livre. Assim, o movimento ganhou em respeitabilidade e em pragmatismo, mas se tornou cada vez mais um movimento restrito e de cunho burguês.

Vale lembrar que muitos outros grupos existiram. Em 1916, a *Congressional Suffrage Union*, por exemplo, organizava passeatas por Washington na luta pelo voto. A repressão violenta a estas passeatas, com a prisão de muitas mulheres, acabou mobilizando, inclusive, a opinião pública, o que levou o Congresso a criar, em 1917, uma Comissão para discutir o sufrágio feminino.

Assim, em 1918, a Câmara dos Deputados norte-americana aprovou o projeto de emenda constitucional relativo ao voto feminino. As sufragistas buscaram, o apoio pessoal de cada deputado. E as investidas continuaram até 1919, quando o Senado finalmente aprova a emenda. Contudo, só em setembro de 1920 foi ratificada a 19ª. emenda constitucional que concedeu o direito de voto a todas as mulheres maiores de 21 anos.

A estrutura agrária do Brasil colonial era muito diferente da norte-americana. Aquela aqui existente, certamente, contribuiu para uma maior opressão da mulher, tendo em vista a maior força das hierarquias e a marca muito mais presente da família patriarcal. Todavia, apesar das características muito distintas desses dois cenários, o sufragismo dos Estados Unidos influenciou em muito o movimento do sufrágio feminino no Brasil por seus meios de atuação³.

2.2. Sufragismo inglês

O movimento feminista inglês foi um dos mais importantes e conhecidos, tendo servido de modelo, sobretudo, para outros movimentos europeus. Tal movimento surgiu na década de 1830, mas ganhou força em 1860 com a publicação de *The Subjection of Women* (A sujeição das mulheres) de John Stuart Mill e eleição do mesmo para o Parlamento.

³ Ressalta-se que muitas feministas brasileiras também estiveram ligadas ao abolicionismo.

O sufragismo inglês foi muito marcado por ações mais radicais e violentas, com passeatas e confrontos diretos com a polícia. As militantes dessa linha, como Emmeline Parkurst, ficaram conhecidas como *suffragettes* e o escândalo que suas ações causavam era justamente o que grandes líderes do movimento brasileiro, como Bertha Lutz, por exemplo, queriam evitar.

Na Inglaterra, apenas a partir de 1918 as mulheres maiores de 30, as mulheres casadas, as chefes de família ou as mulheres com nível universitário puderam votar. O voto sem restrições, no entanto, aquele equiparado ao masculino, para os maiores de 21, só veio em 1928. A razão desse descompasso entre a importância e precocidade do movimento inglês e a obtenção tardia do direito ao voto pode ser explicada pelo medo que, mesmo os prováveis aliados das mulheres, como socialistas, liberais e radicais, tinham de que o voto feminino fosse reacionário, devido à tradicional ligação das mulheres com a Igreja, e contribuísse para o fortalecimento dos partidos conservadores (MORAES, 2003, p. 288).

2.3. Sufragismo brasileiro

Ainda durante o período monárquico, muitas mulheres se lançaram, ainda que individualmente, na luta pelos direitos de seu gênero. Far-se-á, uma pequena retrospectiva dessas figuras:

Nísia Floresta (1809-1885) foi a voz pioneira nesse processo. Provavelmente pelo fato de ter vivido muitos anos nos meios intelectuais da Europa, possuía ideais feministas, abolicionistas e Republicanos. Embora defendesse também uma visão romântica da mulher, como necessariamente dedicada à família, teve papel importante na luta pela educação da mulher.

A jornalista Violante Bivar e Velasco fundou em 1852 o primeiro jornal redigido por mulheres, o “Jornal das Senhoras”, visando também defender a educação feminina⁴.

⁴ É importante lembrar que o Brasil foi o primeiro país da América Latina a ter uma imprensa feita não apenas para, mas também por mulheres.

Em 1873, a professora Francisca Senhorinha da Motta Diniz fundou na cidade de Campanha da Princesa, um jornal feminista, chamado “O Sexo Feminino”, no qual já defendia, inclusive, o voto feminino.

Já a jornalista Josefina Álvares de Azevedo escreveu, em 1878, a peça “O Voto Feminino”, além de também ter escrito muitos artigos e lançado a revista “A Família”, na qual defendia a emancipação feminina

Também em 1878, a Assembléia Legislativa Provincial de Pernambuco concedeu, após caloroso debate, bolsa de estudos para que Josefa Águeda Felisbela Mercedes de Oliveira e Maria Amélia Florentino Cavalcanti cursassem medicina no exterior, já que a legislação brasileira não o permitia.

Em 1881, a Dentista gaúcha Isabel de Mattos Dillon conseguiu exercer o direito de voto em sua cidade, baseada na Lei Saraiva, que dava o direito de voto a quem tivesse título acadêmico. Na década de 1890, ela até mesmo se apresentou como candidata à Constituinte, pela Bahia, mas não conseguiu se alistar.

Todos esses exemplos deixam claro que, apesar das dificuldades, algumas mulheres conseguiram atuar na luta pela emancipação feminina, em pleno auge do poder da família patriarcal, tudo isso antes do século XX e das transformações trazidas pela Revolução Industrial no Brasil.

Em meados da década de 1910, Myrthes de Campos, advogada, foi a primeira mulher a ser aceita pela Ordem dos Advogados do Brasil, em que pese o fato de ter que ter demonstrado capacidade acima da média para consegui-lo. A mesma Myrthes também requereu seu alistamento eleitoral, alegando que não havia impedimento na Constituição legal na Constituição de 1891, o que, porém, foi indeferido. De todo modo, partindo desse mesmo argumento, é preciso lembrar que algumas mulheres vieram a votar, em comarcas específicas, ainda em 1905.

Faz-se mister destacar que por ocasião da Constituinte Republicana de 1891, foi discutida a questão do direito ao voto para as mulheres, direito este defendido por figuras proeminentes como Nilo Peçanha, Epitácio Pessoa e Hermes da Fonseca, mas tal projeto não foi aprovado. Ocorre que, o art. 70 da citada Constituição não estabeleceu, dentre seus impedidos ao voto, a figura da mulher. Esse mesmo artigo dizia que eleitores eram os cidadãos maiores de 21 anos que se alistassem na forma da lei. Ora, se nos demais códigos legais, inclusive no penal, a expressão “cidadão” era usada de forma universal, por que não nesse caso?

Nesse cenário, o papel da professora Leolinda Daltro foi fundamental, já que foi ela a que primeiro organizou o debate pelo voto feminino de forma articulada e o fez, talvez, da forma mais combativa. Em 1910, ela fundou o Partido Republicano Feminino, ainda que as mulheres não tivessem direitos políticos, justamente para chamar a atenção para o problema feminino. Além disso, ela também organizava passeatas e assistia a votações no Congresso, usando a técnica da pressão política tão evidente nos movimentos sufragistas inglês e americano.

Apesar de, como foi dito, não haver vedação constitucional, o voto feminino foi erroneamente considerado matéria de emenda constitucional. Assim, deveria ser discutido em cada uma das duas casas do Congresso por três vezes. Tendo o senador Justo Chermont levado ao Congresso o projeto pelo sufrágio feminino em 1919, este só foi discutido e aprovado pela primeira vez nas duas Casas em 1921. Foi novamente discutido, mas não votado, apenas pelo senado em 1927 e finalmente foi instituído por decreto presidencial em 1932 e confirmado na Constituição de 1934.

Para que se chegasse até essa conquista, porém, é necessário destacar o papel fundamental da feminista Bertha Lutz, inegável força motriz do sufragismo brasileiro no século XX.

2.4. A atuação tática de Bertha Lutz

Céli Regina Pinto identifica diferentes vertentes do feminismo no Brasil nas primeiras décadas do século XX e destaca três delas: a que foi liderada por Bertha Lutz, visando aos direitos políticos da mulher e atuando de forma mais tradicional; o chamado feminismo difuso, presente nas manifestações da imprensa feminista alternativa e com caráter menos ortodoxo e a decorrente do movimento anarquista e, posteriormente, comunista, de atuação mais radical (PINTO, 2003, p. 13-39). O mais importante dessas vertentes foi, contudo, a conduzida por Bertha Lutz.

Bertha Maria Júlia Lutz era filha de uma enfermeira inglesa e de um importante cientista brasileiro, Adolfo Lutz. Filha da Elite não apenas econômica, mas também intelectual, pôde se formar em Biologia pela Sorbonne, estando, então, em contato com as sufragistas européias. Ao voltar ao Brasil em 1918, encontrou aqui uma situação bem deferente. Com uma trajetória peculiar para uma mulher,

prestou concurso e foi aprovada em 1º. Lugar para o Museu Nacional do Rio de Janeiro, em 1919, isso quando o funcionalismo público ainda não era aberto às mulheres. Decidiu se engajar na luta pela emancipação feminina no país, passando a escrever em jornais e vindo a representar o Brasil no Conselho Feminino Internacional da Organização Internacional do Trabalho.

No ano de 1919, também fundou a Liga para a Emancipação Intelectual da Mulher, que defendia o sufrágio feminino. Em 1922, tal liga foi transformada em Federação Brasileira para o Progresso Feminino (FBPF) e manteve-se sob a direção de Bertha.

Em linhas gerais, pode-se dizer que Bertha procurou um caminho conciliatório, não adentrando em campos escorregadios demais e buscando se valer das próprias estruturas de poder existentes para conseguir a emancipação da mulher brasileira. Como mulher da elite e estando à frente de uma FBPF igualmente formada por mulheres burguesas, ela tinha acesso a políticos influentes e buscou convencê-los a encampar as demandas feministas. Como bem demonstra Rachel Soihet, não havia possibilidade de outra atuação no cenário político brasileiro da época e as intenções feministas de Bertha se colocavam muito além da conquista do voto, embora fosse uma questão estratégica ater-se mais fielmente a essa reivindicação.

3. CONCLUSÃO

Diante das mais variadas maneiras de participação política adotadas pelas diferentes frentes femininas, Teresa Marques analisa que elas refletem apenas os custos pessoais de formas de atuação mais conciliatórias e outras mais combativas (MARQUES, 2009, p. 458). Nesse sentido, pode-se discordar da crítica de Branca Moreira Alves (ALVES, op. cit.) e entender, como demonstra Rachel Soihet (2006), que o feminismo de Bertha Lutz adotou uma estratégia política que, em que pese a limitação da participação das massas⁵ e dos temas mais radicais, foi eficaz na persecução de seu interesse maior, qual seja a obtenção dos direitos políticos para as mulheres.

⁵ Cabe até questionar se isso, de fato, seria possível naquele dado momento.

Vê-se, enfim, que desde suas primeiras manifestações mais organizadas, no começo do século XX, até sua segunda fase na década de 1970, o movimento feminista tem sido um movimento muitas vezes encabeçado por mulheres intelectualizadas, não apenas no Brasil, mas no mundo. Por isso mesmo que, muito do que se produziu em termos acadêmicos sobre o movimento, provém de suas próprias fileiras. E embora não tenha sido um movimento que pudesse ser caracterizado como popular em seus primórdios, ele ganhou novos contornos e amplitude com o passar dos anos.

4. REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira. *Ideologia e Feminismo: a luta da mulher pelo voto no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1980.

MARQUES, Teresa Cristina de N. *Elas Também Desejam Participar da Vida Pública: várias formas de participação política entre 1850 e 1932*. PISCITELLI, Adriana et al (orgs.). *Olhares Feministas*. Brasília, Ministério da Educação: UNESCO, 2009.

MORAES, Maria Lygia Quartim de. *Cidadania no Feminino*. In: PINSKY, Jaime e PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

PINTO, Céli Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

SCOTT, Joan Wallach. *Prefácio A Gender and Politics of History*. Cadernos Pagu, n.3, p.11-27, 1994.

SOARES, Vera. "Muitas faces do feminismo no Brasil". In: BORBA, Ângela; FARIA, Nalu. GODINHO; Tatau (orgs.). *Mulher e Política: gênero e feminismo no Partido dos Trabalhadores*. São Paulo. Fundação Perseu Abramo, 1998.

SOIHET, Rachel. *O Feminismo Tático de Bertha Lutz*. Florianópolis: Editora Mulheres, 2006.

RELATOS



**RELATOS DE EXPERIÊNCIA NA COORDENAÇÃO ACADÊMICA DO CURSO DE
PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO DO TRABALHO NO UNIFLU:
MEMÓRIAS...**

**INFORMES DE EXPERIENCIA EN LA COORDINACIÓN ACADÉMICA DEL
CURSO DE GRADUADO LATO SENSU EN LA LEY DE TRABAJO DE UNIFLU:
MEMORIAS...**

**REPORTS ABOUT THE EXPERIENCES IN THE COORDINATION OF
POST-GRADUATION COURSE IN LABOR LAW AT UNIFLU: MEMORIES...**

Christiano Abelardo Fagundes Freitas¹

RESUMO:

O presente artigo foi escrito com o desiderato de registrar a história do Curso de pós-graduação lato sensu em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário do Centro Universitário Fluminense (UNIFLU), do período compreendido entre 2012 e 2020. Será feito o registro, individualizado, de cada

¹ Graduado em Direito com pós-graduação em Direito e em Língua Portuguesa. Advogado militante. Vice-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) RJ 12ª Subseção (2019/2021). Presidente da Comissão Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da OAB RJ 12ª Subseção (2019/2021). Vice-presidente da Academia Campista de Letras (2020-2021). Coordenador acadêmico do Curso de Letras do Centro Universitário Fluminense (UNIFLU), empossado em outubro de 2019. Professor universitário, integrando o corpo docente da Universidade Cândido Mendes, da UNIVERSO, do curso de Direito do UNIFLU e da Escola Superior de Advocacia. Coordenador de cursos de pós-graduação em Direito do Trabalho, Direito Previdenciário e Direito Processual do Trabalho. E-mail: fagundes.3@hotmail.com .

turma, informando-se o início e o término, bem como da relação dos docentes que atuaram no referido curso.

PALAVRAS-CHAVE: Pós-graduação em Direito. UNIFLU. Memórias.

RESUMEN: Este artículo fue escrito con el objetivo de registrar la historia del curso de posgrado *lato sensu* en Derecho Laboral, Derecho Procesal Laboral y Derecho de la Seguridad Social en el Centro Universitario Fluminense (UNIFLU), de 2012 a 2020. Cada clase se registrará individualmente, informando el comienzo y el final, así como la lista de maestros que trabajaron en dicho curso.

PALABRAS CLAVE: Postgrado en Derecho. UNIFLU. Recuerdos.

ABSTRACT:

This paper was written with the goal of recording the history of the *lato sensu* postgraduate course in Labor Law, Procedural Labor Law and Social Security Law at Centro Universitário Fluminense (UNIFLU), from 2012 to 2020. Each class will be registered individually, with information about the beginning and the end, as well as the list of lecturers that work in that Course.

KEYWORDS: Postgraduate in Law. UNIFLU. Memoirs.

1. INTRODUÇÃO

Antes de tecermos relatos acerca da nossa experiência à frente do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, entendemos necessário registrar a base legal que reconheceu o Curso de Direito no qual está inserto o curso de pós-graduação supracitado.

O Curso de Direito do Centro Universitário Fluminense (UNIFLU) foi reconhecido em 12 de fevereiro de 1960 pelo Decreto Federal nº 55.754 de 12/02/1965, sendo publicado no D.O.U de 12/03/1965, e autorizado pelo Decreto Federal nº 47.662 de 19.01.1960 (D.O.U. de 25.01.1960).

No contexto histórico acima, o curso de Direito era oferecido pela Faculdade de Direito de Campos (FDC). O Centro Universitário Fluminense (UNIFLU) é uma instituição de ensino superior, com sede na cidade de Campos dos Goytacazes, por transformação das Faculdades de Direito de Campos (FDC), de Filosofia (FAFIC) e de Odontologia (FOC).

O UNIFLU foi credenciado pela Portaria nº 3.433, de 22 de outubro de 2004, publicada no Diário Oficial da União em 25 de outubro de 2004, sendo uma instituição educacional de ensino superior pluricurricular, mantendo uma perspectiva acadêmica harmônica com o século XXI.

Assentados esses registros, iremos direcionar o foco agora para a nossa experiência, como coordenador do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho do UNIFLU.

2. PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO DO TRABALHO E DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO FLUMINENSE

2.1. O convite

Assumimos a coordenação acadêmica do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito do Trabalho e Direito Processual no mês de janeiro de 2012, a convite da Reitora do Centro Universitário Fluminense, Professora Inês Cabral Ururahy de Souza.

Era um grande desafio, porquanto o referido curso estava sem turmas em andamento há considerável lapso temporal.

Aceito o convite, passamos à elaboração dos módulos e a pensar no corpo docente. Ousamos a lançar a primeira turma, sob nossa coordenação no UNIFLU, para março de 2012. O tempo, para divulgação, era extremamente curto, mas tínhamos a consciência de que havia a carência desse curso em Campos e região, sobretudo na modalidade presencial.

2.2. A primeira turma

No dia 17/03/2012, já acontecia a aula inaugural, ministrada pelo professor Auner Pereira Carneiro, qual seja: “Metodologia da Pesquisa Jurídica”.

A duração de 18 meses (fato comum a todas as turmas). A última aula desta primeira turma ocorreu no dia 17/08/2013, intitulada “Prática Trabalhista: simulação de audiências trabalhistas”, ministrada por mim e pela professora Léa Cristina.

Esta primeira turma já trazia um aspecto que viria marcar todas as demais: a multidisciplinaridade, com aulas, por exemplo, de “Direito Constitucional do Trabalho”, de “Didática do Ensino Superior”, de “Sociologia do Trabalho” e de “Ergonomia e Saúde do Trabalhador”.

2.3. A segunda turma

Como coordenador, desejava lançar a segunda turma, antes mesmo de a primeira terminar, como forma de consolidar o resgate do Curso. O que, de fato, aconteceu.

A segunda turma, sob minha coordenação no UNIFLU, começou no dia 27/04/2013, com aula inaugural ministrada pela professora Léa Cristina (parte da manhã) e por mim, à tarde.

Essa turma teve a última aula no dia 27/09/2014, qual seja: Didática do Ensino Superior, ministrada pela professora Inês Cabral Ururahy de Souza.

Os alunos tiveram aula sobre um tema bastante específico: “Direito Desportivo do Trabalho”.

2.4. A terceira turma

No dia 12/04/2014, isto é, antes de terminar a segunda turma, iniciaram as aulas da terceira turma. Por cinco meses, funcionaram, simultaneamente, duas turmas de especialização em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho no UNIFLU.

A aula inaugural foi ministrada pela professora Léa Cristina (parte da manhã) e por mim, à tarde. Mister consignar que a última aula também foi ministrada pelos professores retrocitados, no dia 26/09/2015.

Além da aula de Direito Desportivo, outras novidades: “Laboratório de cálculo trabalhista”, “Seminário em Direito Previdenciário” e “Seminário em Direito Penal e sua relação com o Direito do Trabalho”.

2.5. A quarta turma

A quarta turma começou no dia 18/10/2014, encerrando no dia 30/04/2016. Mantendo a fórmula de sucesso, a aula inaugural foi ministrada pelos dois docentes citados anteriormente, só que alterando os turnos: ministrei a aula na parte da manhã, e a professora Léa Cristina, à tarde.

Um aspecto bastante positivo: **no ano de 2014, foram iniciadas 2 (duas) turmas de pós-graduação em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.**

2.6. A quinta turma

A quinta turma iniciou-se em 25/04/2015, seis meses após a abertura da turma anterior, e teve a aula de conclusão no dia 8/10/2016.

Mais uma vez, a aula inaugural ocorreu em dueto: professora Léa Cristina e este coordenador, respectivamente, manhã e tarde.

Esta turma trazia, como inovador, um seminário em Direito Processual Civil, haja vista que o Novo Código de Processo Civil estava no período de *vacatio legis*, com vigência prevista para março de 2016. Assim, ante a previsão de aplicação, subsidiária, do CPC ao Processo do Trabalho (art. 15, CPC, c/c art. 769, da CLT), tornava-se imprescindível essa inovação.

2.7. A sexta turma

A sexta turma teve a aula inaugural no dia 11/06/2016, ministrada pela professora Léa Cristina e por mim. Essa turma terminou no dia 11/11/2017.

Foi mantida a disciplina “Direito Processual Civil”, agora por meio de um módulo, composto de 20 horas-aula, ministrado pelo professor Cristiano Miller.

2.8. A sétima turma

Esta turma começou no dia 18/03/2017, com as aulas: “Estabilidade”, ministrada na parte da manhã pela professora Léa Cristina, e “Análise de uma Reclamação Trabalhista”, dada por mim, à tarde.

Durante oito meses, simultaneamente, ocorreram aulas nas duas turmas, quais sejam: na sexta e nesta.

A última aula ocorreu no dia 06/10/2018.

2.9. A oitava turma

A oitava turma começou no dia 11/11/2017, justamente, quando terminava a sexta turma. Assim, no sábado do dia 11/11/2017, ocorria um fato bastante importante: **aulas em três turmas de pós-graduação em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho no UNIFLU**. Aula de conclusão na sexta turma com a professora Léa Cristina (Recentes Julgados do C. TST), aula na sétima turma comigo(Seminário Especial) e a aula inaugural na oitava turma, com o professor Cláudio Victor de Castro Freitas(Danos materiais, morais, estéticos e existenciais no Direito do Trabalho: o que muda com a Reforma Trabalhista ?).

Como coordenador acadêmico, entendíamos que esta oitava turma exigia mudanças substanciais no conteúdo programático, pois, justamente, no dia 11/11/2017,entrava em vigor a Lei nº 13.467/2017, responsável por profundas alterações no Direito do Trabalho e no Direito Processual do Trabalho, tanto que foi “batizada” de Reforma Trabalhista.

A última aula ocorreu no dia 27/07/2019. **O ano de 2017 fora muito promissor**, pois foram abertas duas turmas da Pós em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

2.10. A nona turma

A nona turma teve a aula inaugural no dia 26/05/2018, intitulada “Aspectos gerais da Reforma Trabalhista”, ministrada por mim.

A última aula ocorreu no dia 7/12/2019, sendo ministrada também por mim, com o seguinte tema: “Tópicos especiais em Direito Processual do Trabalho”.

Inovando, esta turma teve aula de “Seminário em Direitos da personalidade”.

Depreende-se, pois, que, durante 14(catorze) meses, tivemos, simultaneamente, duas turmas em plena atividade: a oitava e a nona.

2.11. A décima turma

A 10ª turma da pós-graduação *lato sensu* em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho teve sua gênese em 16/3/2019, estando em andamento. A última aula está prevista para o dia 12/9/2020.

A aula inaugural foi ministrada por mim, qual seja: “Como elaborar uma Reclamação Trabalhista”.

Mais uma vez, **três turmas funcionando simultaneamente**: a oitava (cujo término ocorreu em 27/7/2019), a nona (iniciada em 26/5/2018 e concluída em 7/12/2019) e a 10ª, como informado acima, iniciada em 16/3/2019.

2.12. A décima primeira turma

A décima primeira turma apresenta um traço bastante inovador: **“Pós-graduação lato sensu em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho com ênfase na Reforma Previdenciária”**.

Esta turma também é voltada para o Direito Previdenciário, ramo do Direito que vem crescendo consideravelmente nos últimos anos, mormente, pela, controvertida, “Reforma da Previdência”.

O início deu-se em 26/10/2019, com a aula: “Alguns Aspectos da Reforma Trabalhista”, ministrada por mim. A última aula está prevista para 26/06/2021.

Percebe-se, pois, que, no ano de 2019, foram abertas duas turmas da Pós em tela.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste ano de 2020, em que o Curso de Direito do UNIFLU completará 60(sessenta) anos de existência, temos o regozijo de coordenar academicamente o Curso de Pós-graduação em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho “lato sensu” há 8 (oito), com 11 (onze) turmas abertas. Saldo, deveras, positivo e, certamente, sem precedente na região.

Trata-se de uma experiência bastante enriquecedora e que exige muita sensibilidade, sobretudo, no que tange às (constantes) mudanças que ocorrem na seara do Direito do Trabalho e nas disciplinas afins.

Coordenar este Curso, com a qualidade e com a credibilidade que possui perante a comunidade jurídica, exige muita dedicação, um acompanhamento bem de perto.

O corpo docente é composto por advogados, juízes do trabalho, procuradores, sociólogos e escritores, sendo especialistas, mestres e doutores. Compõem esta história de sucesso os seguintes docentes: Amilar Fernandes, Ana Maria Mendes do Nascimento, Antônio Carlos Ferreira dos Santos Filho, Auner Pereira Carneiro, Carlos Eloiso Bastos Pires, Christiano Abelardo Fagundes Freitas, Cláudio Victor de Castro Freitas, Cristiano Simão Miller, Daiana Ataíde da Silva, Daniel Gualberto Peres Batista, Inês Cabral Ururahy de Souza, Ivone Ornellas, Léa Cristina Barboza da Silva Paiva, Marcelo Paes Menezes, Márcio Caldas Dias Mello, Murilo Pourbaix Morisson Marinho, Rafael Crespo Maciel Machado, Robson Corrêa Toledo, Sandro César Mucci e Serg Lima de Oliveira. Os professores Carlos Eloiso Bastos Pires, Christiano Abelardo Fagundes Freitas, Inês Cabral Ururahy de Souza e Léa Cristina Barboza da Silva Paiva participaram das 11 (onze) edições.

Por derradeiro, consignamos que já estamos em processo de divulgação da próxima turma, a 12ª, com início previsto para 9/05. No ano em que o Curso de Direito do UNIFLU comemora seus 60 anos de profícua existência, mais do merecida uma nova turma, para selar esta parceria de excelência, de tradição e de muito trabalho, aliás, como sentenciam os poetas Beto Guedes e Ronaldo Bastos, “...o fruto do trabalho é mais que sagrado”.

RELATOS



O NÚCLEO DE PRÁTICAS JURÍDICAS E A SUA DIMENSÃO SOCIAL

EL NÚCLEO DE PRÁCTICAS JURÍDICAS Y SU DIMENSIÓN SOCIAL

THE CENTER OF LEGAL PRACTICES AND ITS SOCIAL DIMENSION

Cleita Lilian Corrêa dos Santos¹

RESUMO:

Este artigo apresenta as atividades inerentes à formação dos estudantes de Direito, que ultrapassam o espaço de sala de aula, como ferramenta para a militância no Direito. O estágio é obrigatório a partir do sétimo período, sendo a prática primordial para a aprendizagem se solidificar. O Núcleo de Práticas Jurídicas (NPJ) mostra aos discentes a realidade cotidiana, levando-os a refletir sobre a função social do Direito atendendo as necessidades básicas dos que buscam a tutela jurisdicional personificada como medida de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Prática. Direito. Justiça.

¹ Coordenadora e Professora-Orientadora do Núcleo de Práticas Jurídicas (NPJ) do Centro Universitário Fluminense (UNIFLU). Mestranda em Planejamento Regional e Gestão de Cidades na Universidade Candido Mendes. Pós-graduada em Direito Privado - UNIFLU (conclusão em 2009). Pós-graduada em Direito Material do Trabalho e Previdenciário - UNIFLU (conclusão em 2007). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Fluminense (UNIFLU), em 2005 (antiga Faculdade de Direito de Campos). Professora de Direito Material do Trabalho do UNIFLU. Professora integrante do Conselho Universitário (CONSUN) do UNIFLU. Advogada. Conselheira e membra da Comissão de Direito do Trabalho da 12ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-RJ). E-mail: cleitasantos@gmail.com.

RESUMEN:

Este artículo presenta las actividades inherentes a la formación de los estudiantes de Direct, que van más allá del espacio del aula, como una herramienta para la abogacía en derecho. La pasantía es obligatoria desde el séptimo período, y la práctica principal para aprender a solidificarse. El Núcleo de Prácticas Legales muestra a los estudiantes la realidad cotidiana, llevándolos a reflexionar sobre la función social del Derecho, satisfaciendo las necesidades básicas de aquellos que buscan la protección jurisdiccional personificada como una medida de Justicia.

PALABRAS CLAVE: Práctica. Derecho. Justicia.

ABSTRACT:

This article presents the activities inherent to the training of Direct students, which go beyond the classroom space, as a tool for advocacy in Law. The internship is mandatory from the seventh period, and the primary practice for learning to solidify. The Center of Legal Practices shows students the daily reality, leading them to reflect on the social function of Law, meeting the basic needs of those who seek jurisdictional protection personified as a measure of Justice.

KEYWORDS: Practice. Law. Justice.

1. INTRODUÇÃO

O Centro Universitário Fluminense (UNIFLU), credenciado pela Portaria Ministerial nº 3.433 publicado no Diário Oficial da União em 25/10/2004, surgiu da transformação das três unidades mantidas pela Fundação Cultural de Campos: Faculdade de Direito de Campos, Faculdade de Filosofia de Campos e Faculdade de Odontologia de Campos.

Criada em 1960, a Faculdade de Direito de Campos, conhecida por sua qualidade e tradição, proporciona aos alunos um Núcleo de Práticas Jurídicas onde se desenvolvem e são coordenadas as atividades de práticas jurídicas com serviços gratuitos e de grande relevância para a comunidade hipossuficiente.

O Núcleo de Práticas Jurídicas (NPJ) rege-se pelas normas e diretrizes da Resolução nº 5/2018 que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, da Resolução nº 138/99 do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil no Estado do Rio de Janeiro, da Lei 8.906/94 que dispõe sobre o Estatuto da OAB, da Lei nº 11.788/2008 que dispõe sobre o estágio de estudantes e pelo seu Regulamento Interno.

As atividades de práticas jurídicas podem ser realizadas pelos alunos em departamentos jurídicos de empresas públicas e privadas; nos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, das Procuradorias e demais departamentos jurídicos oficiais; em escritórios de advocacia e consultorias jurídicas, credenciados pela OAB/RJ. No entanto, neste texto, focarei na Prática Jurídica realizada na própria Instituição de Educação Superior.

2. O NÚCLEO DE PRÁTICAS JURÍDICAS

O NPJ da Faculdade de Direito de Campos tem em sua estrutura salas climatizadas com espaço e equipamentos para coordenação e secretaria próprias; prática de atividades jurídicas reais e simuladas, audiências, conciliações e mediações; análise de autos findos; assessoria jurídica e assistência judiciária realizada pelos professores-orientadores e seus estagiários.

No NPJ, o aluno é chamado de estagiário e o professor de professor-orientador. As atividades do NPJ integram o estágio curricular com a finalidade de proporcionar ao aluno formação prática, com desenvolvimento das habilidades necessárias à atuação profissional, trazendo ao discente uma perspectiva integrada da formação teórica e prática.

O Estágio de Prática Jurídica obrigatório é desenvolvido nos quatro últimos períodos, com a duração mínima de 2 (dois) anos, sob controle e orientação do Núcleo de Prática Jurídica do UNIFLU (NPJ), coordenado por um advogado com comprovado exercício de docência profissional na IES e contará com a participação de professores-orientadores com atuação nas áreas Penal, Cível, Família, Previdenciário e Trabalhista, observando-se, para tanto, o número limite de 15 (quinze) estagiários por orientador.

O júri simulado é o grande desafio, o desafio da dedicação à leitura minuciosa de extensos autos, o desafio de se expor para colegas, amigos, professores da casa, o desafio dos estagiários que gostam da área penal e/ou almejam a carreira de advogado criminalista a desenvolverem a oralidade, argumentação, persuasão na acusação e na defesa, o desafio de viver a experiência que envolve toda a dinâmica da sessão de um júri real. No fim do estágio criminal encenam um júri simulado e o vivenciam com total comprometimento.

Imagem 1: Júri simulado no UNIFLU



Fonte: Acervo UNIFLU.

Os estagiários são avaliados por seus professores-orientadores. Essa avaliação é bimestral e considera o desempenho do estagiário em sala de aula através das disciplinas teóricas e nas atividades práticas realizadas no NPJ.

Ao final do período de dois anos, os estagiários são avaliados não só por professores-orientadores da IES, mas também, por representantes da OAB e, se aprovados, farão jus a emissão e registro do Certificado emitido pela OAB/RJ.

3. O NPJE A SUA DIMENSÃO SOCIAL

Desde sua criação, na década de noventa, milhares de estagiários tiveram a oportunidade de aplicar o que aprenderam em sala de aula, atendendo pessoas desprovidas de recursos financeiros suficientes para o acesso à justiça, tornando possível, assim, o exercício da cidadania. Afinal, o acesso à justiça é um dos pilares da ordem democrática.

O contato do estagiário com resolução de problemas reais em diferentes áreas com mediação de conflitos, elaboração de peças, acordos e conciliações são algumas das atividades do núcleo.

Os estagiários do NPJ também participam de eventos externos, em projetos de extensão como o 'UNIFLU NA PRAÇA', com atendimentos jurídicos em CIEP's, Colégios Públicos. É o momento de sair do conforto de uma sala de aula e enfrentar

desafios novos, como a análise de um problema específico e seu significado para o outro, focando não só nos problemas apresentados, mas na pessoa desse problema.

Desde que abriu as portas para a comunidade, o NPJ já atendeu cerca de quinze mil pessoas, ampliando o olhar do estagiário para a função social do direito, com análises de casos concretos a partir do âmbito social para se atingir a justiça real.

Os atendimentos que fazemos à comunidade não tem a intenção de tirar os clientes de nossos atuais e futuros advogados. Assim, é feita uma triagem selecionando-se os atendimentos de acordo com a renda do assistido e o assunto a ser tratado nas salas de atividades práticas.

Quando chego ao NPJ e o encontro com muitos assistidos, vejo a sua importância para a comunidade e a sua dimensão social ao apaziguar com êxito conflitos em relações de consumo, de vizinhança, de família, reclamações trabalhistas, previdenciárias, além de orientações aos familiares de presos e egressos do sistema penitenciário.

Quem já ouviu “a lei é legal, mas nem sempre é justa?” No NPJ oportuniza-se ao estagiário aplicar a teoria ao caso concreto que se lhe apresenta, levando-o a refletir não só o Direito, mas também a justiça real. E, embora o Direito seja o meio para se alcançar a Justiça, destaco a frase do Eduardo Juan Couture Etcheverry: "Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça".

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tenho a alegria de coordenar o NPJ com o apoio e incentivo de professores-orientadores que militam na área há mais de 40 (quarenta) anos e não se esquivam em compartilhar seus conhecimentos e experiências.

É muito bom vivenciar o NPJ, da sexagenária Faculdade de Direito de Campos, na qual me graduei, participando ativamente na missão da UNIFLU de formar e especializar profissionais com competência em suas áreas de atuação e com plena

consciência de sua responsabilidade social. Para mim, o NPJ é um lugar onde se vive o que se ensina e se aprende o que se vive.

Impossível falar sobre o NPJ sem fazer menção a nossa equipe de trabalho que carinhosamente denominamos de 'família NPJ'. E, como família, amamos, brigamos e perdoamos rotineiramente, destruindo cercas e construindo pontes que nos levam a um único objetivo: contribuir para uma formação de qualidade dos nossos futuros advogados.

São vários os motivos pelos quais se escolhe cursar direito, são várias as expectativas que, ao caminhar, acabam esquecidas. Fico feliz ao ver estagiários encontrarem na prática o(s) porquê(s) de terem iniciado este caminho. Quantos já me relataram a alegria de solucionar um 'caso/problema' com seus estudos e pesquisas!

Adentrei esse assunto para afirmar que o NPJ vai além de seu viés pedagógico alcançando um viés humanístico, porque desenvolve as habilidades profissionais do estagiário e concomitantemente atende uma demanda da comunidade carente por justiça.

E, na coordenação dessa família, incentivo a acreditarem no poder de fazer o melhor para juntos enfrentarmos a rotina familiar do dia-a-dia. Por isso, nos esforçamos no acolhimento de novos protagonistas a cada semestre, nossos estagiários, e em prol deles nos empenhamos para o sucesso desse processo de aprendizagem.

Afinal, os valores da responsabilidade social, da ética e do respeito são a base de tudo que somos e fazemos.

DOSSIÊ



A EXPERIÊNCIA ANDRAGÓGICA DE EDUCAÇÃO E PRODUÇÃO TEXTUAL CIENTÍFICA DO GRUPO DE PESQUISA INTERINSTITUCIONAL SOBRE DESENVOLVIMENTO MUNICIPAL REGIONAL (UENF/UNIFLU/CNPq)

LA EXPERIENCIA ANDRAGOGICA DE LA EDUCACIÓN Y LA PRODUCCIÓN TEXTUAL CIENTÍFICA DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN INTERINSTITUCIONAL SOBRE DESARROLLO MUNICIPAL REGIONAL (UENF / UNIFLU / CNPq)

THE ANDRAGOGICAL EXPERIENCE OF EDUCATION AND SCIENTIFIC TEXTUAL PRODUCTION OF THE INTERINSTITUTIONAL RESEARCH GROUP ON REGIONAL MUNICIPAL DEVELOPMENT (UENF / UNIFLU / CNPq)

Auner Pereira Carneiro¹

Mirian Fontenele²

Dylmar Penteado Dias³

RESUMO:

O texto apresenta o GPIDMR como base para estimular e sensibilizar estudantes e professores universitários no sentido se tornarem, além de estudiosos dedicados,

¹ Doutor USP-SP. Coordenação 2008-2016. Pesquisador no Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal Regional. <http://lattes.cnpq.br/3337902004026180>. E-mail: auerix@yahoo.com.br

² In Memoriam. Doutora UERJ-RJ. Coordenadora 2004-2010. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal Regional. <http://lattes.cnpq.br/8296883018581133>.

³ Doutor IME-RJ. Coordenador -20010-2016 -Pesquisador no Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal/Regional. <http://lattes.cnpq.br/9018704912702572>

gestores de informação e tecnologias sócio jurídicas para interagir com o mundo científico, como pesquisadores e desenvolverem seus talentos interdisciplinares como culminância na produção textual a partir de investigação científica. Como leitores assíduos, os participantes foram introduzidos no universo de autores de resumos, resenhas, projetos de pesquisa e extensão, artigos, monografias e livros nos assuntos e temas de seu interesse profissional. O texto também tem como objetivo apresentar o contexto geral do trabalho de uma década se torna extenso e a bibliografia estudada indicada no corpo do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Experiência andragógica de educação; produção textual científica. Grupo de pesquisa e extensão interinstitucional. Cognição e linguagem. Desenvolvimento humano e social.

RESUMEN:

El texto presenta el GPIDMR como una base para estimular y sensibilizar a los estudiantes y profesores universitarios para que se conviertan, además de académicos dedicados, gerentes de información y tecnologías socio-legales para interactuar con el mundo científico, como investigadores y desarrollar sus talentos interdisciplinarios como culminación en producción textual basada en la investigación científica. Como lectores habituales, los participantes fueron introducidos al universo de autores de resúmenes, revisiones, proyectos de investigación y extensión, artículos, monografías y libros sobre los temas y temas de su interés profesional. El texto también pretende presentar el contexto general del trabajo de una década, se hace extenso y la bibliografía estudiada indicada en el cuerpo del trabajo.

PALABRAS CLAVE: Experiencia andragógica de la educación. Producción textual científica. Grupo interinstitucional de investigación y extensión. Cognición y lenguaje. Desarrollo humano y social.

ABSTRACT:

The text presents the GPIDMR. It is a group that encourages and sensitizes students and teachers to become, in addition to dedicated scholars, information and social and legal technologies managers to interact with the scientific world, as researchers and develop their interdisciplinary talents. As regular readers, the participants were introduced to the universe of authors of abstracts, reviews, research and extension projects, articles, monographs and books on the subjects and themes of their professional interest. The text also aims to present the general context of the work of a decade becomes extensive and the bibliography studied indicated in the body of the work.

KEYWORDS: Andragogical experience of education; scientific textual production. Interinstitutional research and extension group. Cognition and language. Human and social development.

1. INTRODUÇÃO

O Grupo de Pesquisa interinstitucional sobre Desenvolvimento Municipal/Regional-UENF-UNIFLU foi formado em 2004, para a realização de eventos, estudos e pesquisas, extensão e ações complementares Regionais, em função do equacionamento da realidade municipal e das condições de vida da população, na Região Norte/Noroeste Fluminense e limítrofes dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo. Sob a coordenação do Prof. Dr. Leonardo Grego, no programa de Mestrado FDC, foram eleitos os Profs. Auner Pereira Carneiro para Coordenar o Grupo de Pesquisa e a Profa. Dra. Mirian Fontenele. Esta nova região multirrelacional possui peculiaridades sócio-econômicas-Institucionais-tecnológicas, culturais e ambientais distintas. Necessitam, portanto, de instâncias científicas, acadêmicas intersubjetivas, qualificadas de com novas tecnologias, para a análise, interpretação e o encaminhamento de propostas interdisciplinares, tais como, tecnologias socioculturais, Institucionais Empresariais, jurídicas e de políticas públicas adequadas. Identificam-se como prioritárias à reflexão com relação as áreas Ensino- aprendizagem, de pesquisa e Programas de Extensão Universitária. O grupo com o encerramento do programa de mestrado da Faculdade de Direito de Campos (2010), passa a ser integrado e a interagir, desde 2010, com a Incubadora Tecnológica de Empreendimentos Populares - ITEP/UENF. As atividades do grupo serão compartilhadas, promovidas por oportunidades democráticas, na reconstrução de relações com grupos socialmente excluídos, das formas dominantes de produção, mas, com potencial para alavancar uns projetos de negócios próprios, desde que encontrem apoio para qualificar suas ações na obtenção de resultados, pela geração de trabalho, renda e investimentos sociais. Essa estratégia permitirá a ampliação de acesso aos direitos de cidadania com foco no desenvolvimento integral, harmônico, solidário e sustentável em função de tecnologias de pesquisa e extensão, com base em tecnologias de inteligências sócio jurídicas e institucionais. Em 2010, foi integrado a liderança do Grupo o Professor Dylmar Penteado Dias da Uenf.

2. OBJETIVOS

Entre os objetivos do grupo estão:

- 1 - Apresentar resultados das pesquisas e atividades realizadas ao longo de um determinado período de tempo nas seguintes linhas de pesquisa: Cientificidade e Incubadora Tecnológica de empreendimentos para o Desenvolvimento harmônico integral, solidário e sustentável. Desenvolvimento Municipal: Relações entre desenvolvimento urbano e meio rural. Gestão do Conhecimento e Tecnologias Sociais em TICs para o Desenvolvimento Regional. Planejamento e estratégias de gestão pública voltada ao desenvolvimento municipal/regional.
- 2 - Elaborar trabalhos de pesquisa possam efetivamente contribuir para o desenvolvimento municipal na região Norte-Noroeste Fluminense. (Contrapartida)
- 3 - Promover a realização de seminários sobre os temas escolhidos, (financiados por projetos em instituições de fomento)
- 4 - Produzir e publicação de artigos e relatórios com os resultados das pesquisas desenvolvidas em instituições.
- 5 - Indicar de forma sucinta os principais objetivos a serem atendidos pelo trabalho.

3. METODOLOGIA:

3.1. Objeto

O objeto principal do Grupo é a realização de estudos e pesquisas em torno do dos problemas da vida municipal na Região NORTE-NOROESTE Fluminense e nas regiões limítrofes dos Estados vizinhos, Minas Gerais e Espírito Santo.

Como já dito, a região possui peculiaridades sócio-políticas-econômicas que a distinguem de outras regiões do País. Estes fatos necessitam de instâncias científicas qualificadas para a análise e o encaminhamento de soluções adequadas, para O DESENVOLVIMENTO, HARMÔNICO, INTEGRAL, SOLIDÁRIO e SUSTENTÁVEL. Identificam-se como prioritárias à reflexão as áreas DE EDUCAÇÃO E DESENVOLVIMENTO SOCIAL POR MEIO DE TECNOLOGIAS SOCIAIS ADEQUADAS.

3.2. Universo temático

O Grupo definiu numa avaliação preliminar o seguinte universo temático:

- a) Serviços à comunidade; Educação Fundamental, Ensino médio, Superior e profissionalizante; questões ambientais, água, solo, ar, recursos diversos, urbanização, demografia, infraestrutura, viário, comunicação, manutenção, Dinâmica financeira, lazer, esportes, cultura e cultura religiosa, níveis tecnológicos, setores primário, secundário e terciário, relações com o exterior, pedagógico, segurança, político, histórico de ocupação, Saúde (SUS); Assistência social a Infância e adolescência, idosos; portadores de necessidades especiais, indigentes, desempregados, hipossuficientes.
- b) Sem-terra, sem-teto; Assistência familiar; Assistência alimentar; Assistência jurídica; Organização político-administrativa municipal/REGIONAL: Constituição Federal, Constituição Estadual, Leis Orgânicas, Leis Administrativas, Regimento Interno da Câmara de Vereadores; Desenvolvimento urbano; Plano Diretor; Plano de Investimentos.
- c) Administração de material, obras e serviços: licitações e contratos; Administração financeira; Orçamento participativo.
- d) Receitas – participações governamentais; Controle externo pelo Tribunal de Contas; Responsabilidade fiscal;
- e) Responsabilidade dos agentes públicos: política, administrativa, civil e criminal;
- f) Responsabilidade dos Prefeitos; Processo legislativo municipal; Relações com as demais esferas de poder político: União, Estados; Atuação do Poder Judiciário; Cumprimento de decisões judiciais; Impacto das decisões judiciais, executivas e legislativas na vida do Município; Atuação do poder Executivo e Legislativo.
- g) Planejamento, planos, programas e projetos municipais /regionais.

Inicialmente, o Grupo conta com os seguintes LINHAS DE PESQUISA:

1. Desenvolvimento Municipal: Relações entre desenvolvimento urbano e meio rural incluir
2. Cientificidade e Incubadora Tecnológica de empreendimentos para o Desenvolvimento harmônico, integral, solidário e sustentável.

3. Gestão do Conhecimento e Tecnologias Sociais em TICs para o Desenvolvimento Regional.

4. Planejamento e estratégias de gestão pública voltada ao desenvolvimento municipal/regional.

3.3. Metodologia

Análise dos temas escolhidos acrescenta uma perspectiva voltada à realidade municipal, por meio de estudos bibliográfico e documental, doutrinários, análise jurisprudencial e pesquisa de campo junto a órgãos e entidades municipais.

Abaixo, reproduzimos as NORMAS DO GRUPO DE PESQUISA:

Título I – Do Grupo de Pesquisa

Art. 1. Constitui Grupo de Pesquisa um conjunto de professores-pesquisadores, pesquisadores, estudantes e técnicos que se organizam, sob a liderança e coordenação acadêmico-científica e intelectual de 1 ou 2 integrantes do quadro docente da FDC, para desenvolverem, de forma estável, linhas comuns de pesquisa.

§ 1º. O Grupo de Pesquisa deverá, obrigatoriamente/preferencialmente, incluir estudantes – de graduação e/ou pós-graduação.

§ 2º - O Grupo de Pesquisa poderá ter apenas um pesquisador, que é o seu coordenador, caso em que é integrado pelo professor-pesquisador e por estudantes que ele orienta.

§ 3º - Os docentes da UENF- UNIFLU - FDC e de outras Instituições poderão participar e exercer a coordenação-liderança de até 3 Grupos de Pesquisa.

Art. 2º - Além de atividade estritamente voltada para a pesquisa, os Grupos de Pesquisa poderão desenvolver atividades de difusão do conhecimento produzido (eventos, publicações), de assessoria ou consultoria a organizações governamentais ou não governamentais e outras atividades de extensão universitária compatíveis com seus objetivos e campo de atuação.

Art. 2º - Os Grupos de Pesquisa poderão integrar professores-pesquisadores, pesquisadores, estudantes e técnicos de outras instituições de ensino e/ou pesquisa, nacionais ou estrangeiras.

Art. 3º - Professores-pesquisadores são os integrantes do quadro docente da FDC.

Art. 4º - Pesquisadores são os membros graduados ou pós-graduados da equipe de pesquisa, inclusive em estágio pós-doutoral, envolvidos de forma permanente, direta e criativa de uma ou mais linhas de pesquisa, com a realização de projetos e com a produção científica e técnica do Grupo de Pesquisa.

§ Único - Os Pesquisadores podem ser:

- a) Pesquisadores Associados, quando portadores do título de Doutor;
- b) Pesquisadores Assistentes, quando portadores do título de Mestre;
- c) Pesquisadores Auxiliares, quando graduados.

Art. 5º - Estudantes são os graduandos ou pós-graduandos, bolsistas ou não, que participam ativamente de uma ou mais linhas de pesquisa desenvolvidas pelo Grupo, como parte de suas atividades discentes, sob a orientação de pesquisadores do Grupo.

§ 1º - Preferencialmente, mas não obrigatoriamente, os Estudantes desenvolvem sua monografia, dissertação ou tese sob a orientação de um professor-pesquisador do Grupo de Pesquisa.

§ 2º - Discentes regularmente matriculados na FDC são classificados obrigatoriamente como Estudantes, não podendo ser reconhecidos como Pesquisadores de um Grupo de Pesquisa.

§ 3º - Caberá ao Coordenador-Líder estabelecer se integrantes do Grupo que estejam desenvolvendo estudos de pós-graduação fora da FDC deverão ser considerados Estudantes ou Pesquisadores.

§ 4º - Os Estudantes podem ser:

- a) Doutorandos;
- b) Mestrandos; ou
- c) Estagiários, quando graduandos.

Art. 6º - São Técnicos aqueles que, bolsistas ou não, têm vínculo permanente com uma ou mais linhas de pesquisa e desempenham atividades de natureza estritamente de apoio técnico.

§ 1º - Caberá ao Coordenador-Líder estabelecer se integrantes do Grupo que estejam desenvolvendo estudos de graduação ou pós-graduação, dentro ou fora da FDC, deverão ser considerados Estudantes ou Técnicos.

Art 7º - Os Grupos de Pesquisa devem estar inscritos no Cadastro de Grupos de Pesquisa do CNPQ.

Art. 8º - Todos os integrantes das equipes dos Grupos – professores–pesquisadores, pesquisadores, estudantes, técnicos – deverão ter seu currículo disponibilizado na Plataforma Lattes do CNPQ.

Título II – Das Linhas e Projetos de Pesquisa

Art. 8º - Um Grupo organiza sua atividade através da estruturação de Linhas de Pesquisa.

Art. 9º - Linhas de pesquisa configuram sub-áreas temáticas e problemáticas, definidas teórico-conceitual e/ou empiricamente, que, de maneira relativamente estável, aglutinam um conjunto de estudos científicos e Projetos de Pesquisa que guardam afinidades entre si.

§ 1º – Um Grupo pode desenvolver apenas 1 e não mais de 10 Linhas de Pesquisa.

§ 2º - As Linhas de Pesquisa poderão incluir Projetos de Extensão Universitária, voltados para a difusão do conhecimento adquirido, mediante assessoria e consultoria a organizações governamentais e não-governamentais, cursos de extensão, outras atividades de extensão universitária compatíveis com a temática e problemática definidas.

Art. 10 - Projetos de Pesquisa são investigação com início e final definidos, fundamentados em objetivos específicos, visando a obtenção de conhecimentos e resultados determinados.

Título III – Da Autorização e das Informações sobre os Grupos de Pesquisa

Art. 11 – Os Coordenadores – Líderes dos Grupos de Pesquisa da FDC deverão prestar semestralmente informações acerca de: composição da equipe; projetos concluídos, em andamento e previstos; produção científica e técnica; eventos promovidos; participação de integrantes da equipe em eventos nacionais ou estrangeiros. Intercâmbio nacional e internacional e outras que lhes forem requeridas pela Coordenação de Pesquisa em formulário próprio.

Art. 12 – A aprovação de um Grupo de Pesquisa se fará mediante solicitação encaminhada à Coordenação de Pesquisa, que, após a elaboração de parecer circunstanciado, a submeterá ao Conselho Deliberativo.

Art. 13 – Cada Coordenador-Líder de Grupo de Pesquisa deverá, no mês de novembro, encaminhar sintético Relatório Anual de Atividades à Coordenação de

Pesquisa que, após elaboração de parecer circunstanciado, o submeterá ao Conselho Deliberativo.

§ 1º - A ausência do Relatório Anual de Atividades e/ou a insuficiência das atividades acadêmico-científicas por dois anos consecutivos poderão, a juízo do Conselho Deliberativo, justificar a suspensão temporária ou definitiva do Grupo de Pesquisa.

Título IV – Disposições Transitórias

Art. 14 – Os Grupos de Pesquisa em atividade na FDC em junho de 2007 não deverão solicitar aprovação do Conselho Deliberativo.

4. COMPOSIÇÃO

O GPIDMR - Grupo será constituído sob as lideranças de Estudantes e professores mestres e doutores da FDC (UNIFLU), UENF, ESTÁCIO, FAMESC, UNIG, IFF, UFF, entre outras, com pesquisas integradas ao universo temático definido. Como pesquisadores poderão participar integrantes do corpo docente e discente da graduação e pós-graduação stricto sensu e lato sensu da instituição, desde que tenham seus projetos aceitos e sejam orientados por professores habilitados com pesquisas já cadastradas no grupo. O número máximo de projetos admitidos para cada uma das pesquisas coordenadas pelos professores será de 4 (quatro) projetos, pessoais ou em grupo.

5. INSCRIÇÃO DOS PESQUISADORES

Os pesquisadores que desejarem se inscrever deverão apresentar projetos de pesquisa vinculados ao universo temático e às linhas de pesquisa desenvolvidas, estando condicionada a formalização de sua participação à aprovação do projeto apresentado e aceitação por um orientador qualificado, .

Os participantes deverão comparecer às reuniões agendadas, participar dos seminários e palestras promovidas pelo grupo, seguir as instruções do orientador, apresentar relatório semestral das atividades e publicar ao menos um artigo em seis meses sobre o tema desenvolvido. Os interessados poderão participar de eventos

científicos com ensaios, projetos, resumos e livros, além de outras formas de apresentação de trabalhos.

6. AÇÕES INICIAIS

Em 10 de outubro de 2010, inicia-se a nova integração com a coordenação da ITEP/UENF, a Profa. Nilza Gabby, momento em que se identificam como prioritárias à reflexão com relação as áreas Ensino- aprendizagem, de pesquisa e Programas de Extensão Universitária e ações complementares, interagir com a Incubadora Tecnológica de Empreendimentos Populares - ITEP/UENF, conforme a Resolução CONSUNI 001- Programa de Extensão. Nessa primeira reunião, com a participação de funcionários, estagiários e professores, ficou acordado um cronograma de implantação do GPIDMR- Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento municipal –Regional.ITEP-UENF-RJ./UNIFLU-RJ.CNPq, especificamente uma reunião formal por semestre e reuniões de trabalho a cada bimestre, desde que seja definida em reunião.

Como metas foram estabelecidas as seguintes:

1. Registro do grupo no Cadastro Lattes.
2. Convite aos interessados para o vínculo com o Grupo.
3. Apresentação de projetos de pesquisa e/ou extensão.
4. Planejamento de eventos Regionais com a participação dos projetos do Grupo.
5. Relatórios individuais de pesquisa
6. Relatório semestral do grupo.
7. Registro dos projetos individuais
8. Promoção de eventos Universitários Regionais.
9. Participação em eventos que sejam de interesse do grupo.
10. O grupo de pesquisa é o ambiente de incentivo e promoção de novas ideias para novos projetos. Conforme a resolução CONSUNI 001, no artigo 1º, as atividades do grupo serão compartilhadas, promovidas por oportunidades democráticas, na reconstrução de relações com grupos socialmente excluídos, das formas dominantes de produção, mas, com potencial para alavancar um projeto de negócios próprios, desde que encontrem apoio para qualificar suas ações na obtenção de

resultados, pela geração de trabalho, renda e investimentos sociais. Essa estratégia permitirá a ampliação de acesso aos direitos de cidadania com foco no desenvolvimento integral, harmônico, solidário e sustentável.

Nas páginas seguintes, apresentaremos textos que são frutos desse produtivo grupo. Os trabalhos têm como co-autor o Prof. Dr. Auner Carneiro, docente do curso de Direito do UNIFLU, que foi orientador e colaborador nas pesquisas realizadas.

DOSSIÊ



**O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO DIREITO PÚBLICO: A PROTEÇÃO DA
CONFIANÇA NAS RELAÇÕES ESTADO E CIDADÃO**

**EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL DERECHO PÚBLICO: LA PROTECCIÓN DE
LA CONFIANZA EN LAS RELACIONES ENTRE ESTADO Y CIUDADANO**

**THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH IN PUBLIC LAW: THE PROTECTION OF
TRUST IN RELATIONS BETWEEN STATE AND CITIZEN**

Auner Pereira Carneiro¹
João Emilio de Assis Reis²

RESUMO:

O trabalho é um ensaio teórico de base em pesquisa bibliográfica e documental. Analisa o princípio da Boa-fé no Direito Público, como um instrumento de proteção da confiança nas relações entre Estado e cidadãos.

¹ Doutor USP-SP. Coordenação 2008-2016. Pesquisador no Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal Regional. <http://lattes.cnpq.br/3337902004026180>. E-mail: aunerix@yahoo.com.br

² Professor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro. Pós-doutorando em Derecho Empresarial pela Universidad de Salamanca (Espanha). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Fluminense (UNIFLU). Graduado em Direito pela Universidade Vale do Rio Doce (UNIVALE-MG). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Interinstitucional em Desenvolvimento Regional/Municipal. ITEP- UENF-UNIFLU CNPQ.

PALAVRAS-CHAVE: Boa fé. Direito Público. Estado. Cidadania.

RESUMEN:

El trabajo es un ensayo teórico básico en investigación bibliográfica y documental. Analiza el principio de buena fe en el derecho público, como un instrumento para proteger la confianza en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: Buena fe. Derecho publico. Estado. Ciudadania.

ABSTRACT:

The work is a basic theoretical essay in bibliographic and documentary research. It analyzes the principle of Good Faith in Public Law, as an instrument to protect trust in relations between the State and citizens.

KEYWORDS: Good faith. Public right. State. Citizenship.

1. INTRODUÇÃO

O Estado, nas suas feições contemporâneas, não tem outra razão de ser na sua atuação que não realizar os anseios dos cidadãos, seja coletiva ou individualmente. E para fazê-lo, sujeita a ordem social a regras jurídicas, controlando a vida social e também se autolimitando. O princípio da Boa-fé surge nesse ínterim, como uma dessas regras de limitação da atuação da atividade estatal ou dos seus impactos, baseando na ideia de confiança. Confiança essa que surge da necessidade de segurança jurídica em face da própria função estatal inerente, ou da sua atuação em concreto.

O objetivo do presente trabalho é apresentar contornos do princípio da Boa-fé no Direito Público, apresentando seus fundamentos legais e constitucionais, um breve histórico, e sem tentar delimitar um conceito, apresenta uma visão geral do princípio, seus requisitos e como vem sendo aplicado atualmente. Embora seja bastante consolidado no âmbito do direito privado, sua projeção no direito público é bastante recente, causando mesmo incertezas na comunidade jurídica.

2. APONTAMENTOS INICIAIS E BREVE HISTÓRICO

A proteção da confiança legítima tem por base a tutela das legítimas expectativas que as pessoas criam em sua teia de relações sociais. É a confiabilidade nas pessoas que permite construir relações de interdependência com os diversos atores sociais, com base na previsibilidade e calculabilidade do comportamento de cada um. É a confiança que proporciona segurança.

Para Luhmann (1996), a confiança é uma forma de redução da complexidade social na tomada de decisões baseando-se numa expectativa confiável levando em conta que a decisão tomada no momento atual considera que elementos que a embasaram também se mantenham no futuro. Para o citado autor “mostrar confianza es anticipar el futuro. Es comportarse como si el futuro fiera cierto. Uno podría decir que a través de la confianza, el tiempo se invalida o ao menos se invalidan las diferencias de tiempo” (LUHMANN, 1996, p. 15). O papel da confiança consiste, pois, em reduzir o futuro, antecipando-o, conforme uma análise realizada do presente. Explicita noutro ponto o autor:

El problema de la confianza consiste en el hecho de que el futuro contiene muchas más posibilidades de las que podrían actualizarse en el presente, y de presente transferirse al pasado. La incertidumbre que tende a existir es simplemente una consecuencia de un hecho muy elemental, que no todos los futuros pueden convertirse en presente y de aquí convertirse em pasado. El futuro coloca una carga excesiva em la habilidad del hombre para representarse las cosas para sí mismo. El hombre tiene que vivir en el presente junto com este futuro, de sobremanera complejo, eternamente. Por lo tanto debe podar el futuro de mod que se iguale con el presente, esto es, reducir la complejidad (LUHMANN, 1996, 20-21).

A proteção da Confiança no Direito Público moderno funda-se no princípio democrático constitucional, previsto no art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal, segundo o qual todo poder emana do povo e em seu nome é e exercido nos termos da Constituição. Assim os indivíduos não são meros destinatários do poder, mas, considerados em conjunto, são os próprios titulares deste poder. Nos dizeres de Sundfeeld (2010), as relações de direito público se caracterizam por vínculos entre um sujeito que exerce o poder político, mas não o titulariza, e um sujeito que o titulariza, mas não o exerce, mas ao contrário, suporta (SUNDFEELD 2010, p. 111).

Isso posto, deve ser reconhecido que o Estado tem uma função instrumental, de realização dos anseios de seus cidadãos enquanto coletividade e de cada um

deles individualmente considerados, não comportando um fim em si mesmo. Se a República é constituída, nos termos da Constituição, sob o signo da primazia da dignidade da pessoa humana, significa que essa dignidade é um valor máximo da nação enquanto sociedade política e todo o aparato estatal tem como fim o reconhecimento da dignidade das pessoas e sua promoção, enquanto indivíduos e enquanto coletividade.

Assim sendo, o Estado é mero custódio do interesse coletivo, única razão pelo qual detém o poder político. Em razão disso tem o dever de atender as expectativas dos seus cidadãos, correspondendo à confiança legítima em si depositada pelo titular deste poder. A proteção da confiança nas relações Estado versus cidadão é decorrência lógica do próprio exercício do poder político em nome da coletividade.

A segurança jurídica é também um dos pilares centrais do Estado de Direito. Isto porque, para que as pessoas possam viver em paz e buscar a felicidade, é necessário que tenham estabilidade nas relações jurídicas das quais participam. É isso inclusive que leva a criação de mecanismos jurídicos que confirmam previsibilidade à atuação do Estado e à aplicação do direito.

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conxionada como elementos objetivos da ordem pública – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos. (CANOTILHO, 1998, p. 256)

A necessidade de confiança dos indivíduos no Estado é um dos próprios motivos do surgimento do Direito Público. A substituição do arbítrio e dos caprichos dos soberanos do Estado Absolutista pela limitação do poder pela lei no Estado de Direito, entre outros anseios reflete a necessidade de confiabilidade no comportamento do poder político.

Daí inclusive a confusão que, ordinariamente, acontece entre segurança jurídica e legalidade, já que aquela é por esta realizada, pois é o conhecimento prévio da lei que permite aos particulares tomarem conhecimento do direito e preverem as consequências de suas condutas e das dos demais membros da coletividade e do Estado. É essa previsibilidade que delimita verdadeiramente a liberdade dos cidadãos. Sem a possibilidade juridicamente garantida de prever e calcular a atuação do Estado, o ser humano deixaria de ser o protagonista de sua própria história, numa flagrante violação da dignidade que lhe é própria.

O Estado deve pautar seus atos pela legalidade. Como visto anteriormente, essa é uma das premissas sobre a qual a própria gênese do direito público foi assentada. Um dos efeitos colaterais dessa vinculação positiva da conduta do Estado à lei é justamente a aparência e também a presunção da legalidade do direito administrativo, elaborado para permitir a operatividade da função administrativa. Essa situação tem justificado a conservação da conduta administrativa, mesmo quando viciado de forma a proteger os interesses dos cidadãos.

COUTO E SILVA relata como exemplo mais antigo e conhecido de proteção da confiança um fragmento de Ulpiano contido no digesto, sob o título de *De ordo praetorum* (D.1.14.1), no qual o célebre jurista narra o caso do escravo Barbarius Philippus, que foi nomeado pretor em Roma ocultando sua condição de escravo. Indaga Ulpiano: “Que diremos ao escravo que, conquanto ocultando essa condição exerceu a dignidade pretória? O que editou, o que decretou, terá sido talvez nulo? Ou será válido por utilidade daqueles que demandaram perante ele, em virtude da lei ou do direito?”

O que precisa ficar claro é que o direito nesses casos protege não é a aparência de legitimidade dos atos praticados, mas a confiança gerada nas pessoas, em virtude da presunção da legalidade e da aparência de legitimidade que tem os atos Praticados pelo Poder Público.

Etimologicamente, o termo boa-fé tem como origem a expressão *bona fides* que quer dizer: fidelidade, crença, confiança, sinceridade, posicionando antagonicamente a má-fé que quer dizer engano, malícia, dolo. O princípio da Boa-Fé tem raízes no Direito Romano, uma vez que já na antiguidade se preocupavam os romanos com o estabelecimento de princípios na aplicação do direito. Apesar de

nunca terem construído uma teoria geral do negócio jurídico, pode-se perceber que entre a vontade declarada e a vontade interna, inclinaram-se para esta última em detrimento da vontade externa, pois “na maioria de suas instituições buscaram sempre o *animus*, *affectus*, ou *consensus*, ou seja, a verdadeira *voluntas*” (PETIT, 2003, P. 251).

MENEZES CORDEIRO relata a origem da boa-fé na *fides* romana. A *fides* romana se concretizava nas relações entre a clientela e os patrícios (2001, P. 59). A clientela era um tipo de estratificação social, um grupo de pessoas que se situavam entre o cidadão livre e o escravo, que em troca da promessa de proteção e favores (*fides promessa*), se submetiam a certos deveres de lealdade e obediência (*fides poder*). Progressivamente desaparecem os elementos de sujeição e da ideia de *fides promessa* evolui o elemento que vai importar para o Direito Civil, a ideia de garantia, ligada à palavra dada (CORDEIRO, 2001, P. 62). No campo contratual, MARTINS-COSTA noticia a existência de documento antigo ligando a expressão *fides* aos contratos internacionais. Trata-se do tratado entre Roma e Cartago, que cria regras, segundo a qual, cada uma das partes contraentes prometia sobre a própria fé – *publica fides*, ou seja, sobre a fé que liga a coletividade ao respeito das convenções livremente pactuadas – a assistência ao cidadão da outra cidade para a proteção dos interesses advindos dos negócios privados (MARTINS-COSTA, 2000, P. 113)

Na cultura germânica, a fórmula do *treu und glauben* demarca o sentido de boa-fé. *Treu* (lealdade) e *glauben* (crença), analisadas no contexto medieval dos juramentos de honra e das tradições cavaleirescas, traduzem um significado completamente diferente da boa-fé romana. A garantia de manutenção e cumprimento da palavra dada não se vincula mais a uma ótica subjetiva (do garante ou cliente), mas a uma perspectiva ética, objetiva, ligada à confiança geral estabelecida em nível de comportamento coletivo. “ ‘Fiadores e defensores’, como Lancelot, os *chevaliers* não agem por interesse próprio, mas tendo em vista os interesses do *alter* – da sua dama, do seu soberano, da sua coletividade” (MARTINS-COSTA, 2000, P. 126).

No Direito canônico, a concepção de boa-fé estava completamente atrelada à ideia de pecado. À palavra dada e à promessa era atribuído valor moral, porque na cultura cristã a mentira é considerada pecado. Assim, a boa-fé passa a ter um

significado unificado, cuja substância se encontra na “ausência de pecado”. Enfraquece-se o seu significado ético do direito obrigacional e é fortalecida a dimensão subjetivista. Esta última é fortalecida com a vinculação a ideia do pecado porque não basta mais a mera ignorância do vício é necessária a consciência íntima da ausência do pecado, de se estar agindo corretamente. (MARTINS-COSTA, 2000, P. 131)

No âmbito do Direito Público, COUTO E SILVA (2005, P. 6) relaciona o surgimento da Proteção à confiança ao Estado Social ou Estado-Providência, em razão das situações de dependência que surgiram do cidadão para com o Estado, especialmente em razão dos serviços e prestações por ele realizados, diferentemente do que ocorria com o Estado Liberal burguês.

Relata o autor que o princípio da proteção da confiança é de origem jurisprudencial e tem como ponto de partida uma série de decisões prolatadas que visavam impor limites à retratabilidade de atos administrativos cuja ocorrência poderia causar prejuízos aos administrados. Começa a se firmar a partir de uma emblemática decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlim de 1956, que posteriormente foi confirmada por acórdão do Tribunal Administrativo Federal em 1957.

Refere-se ao caso da anulação da concessão de pensão a uma viúva de um funcionário público que vivia em Berlin Oriental (então parte da antiga República Democrática da Alemanha) e que obteve a promessa do pagamento do benefício mediante a mudança para Berlin Ocidental (parte da antiga República Federal Alemã). Após ter mudado e tendo passado um ano recebendo o benefício, o mesmo foi anulado sob o argumento de que sua concessão foi ilegal, o que de fato ocorreu, e ainda lhe foi determinada a devolução dos valores recebidos ilegalmente. Levado à apreciação do judiciário, os tribunais alemães ponderando o princípio da legalidade com relação ao da proteção da confiança – ambos de estatura constitucional - entenderam que, ainda que houvesse ilegalidade, a proteção à confiança tinha mais peso, determinando que o ato não fosse desconstituído (BINENBORJM, 2008, P. 182). A partir de tal decisão, o princípio da proteção da confiança se desenvolveu no direito alemão, influenciou o direito inglês e foi reconhecido como princípio fundamental do direito comunitário, com o nome de princípio da confiança legítima, sendo reconhecido pela jurisprudência da Corte de

Justiça das Comunidades Europeias, como “regra superior de direito” e como “princípio fundamental do direito comunitário”.

Tomando-se a boa-fé objetiva como um padrão de conduta ético e responsável, em que se espera que os envolvidos em uma relação jurídica guardem lealdade, é inegável a identidade do princípio da boa-fé em seu sentido objetivo com a tutela da confiança, visto que essa, em última instância se destina a estabelecer tutela jurídica das legítimas expectativas depositadas pelo cidadão em razão de condutas, atos e procedimentos praticados pelo Estado no exercício da função administrativa.

A exigência da aplicação do princípio da boa-fé nas relações Estado e Cidadão decorre primeiramente da necessidade da proteção da confiança nas relações jurídicas em geral. É uma necessidade do tráfego jurídico e de todos os vínculos jurídicos que se criam. Destaque-se aqui a profunda relação do princípio em referência com o valor Ética, bem como a reaproximação entre o Direito e esta última, especialmente havida a partir do movimento pós-positivista surgido no contexto pós segunda guerra mundial e de como esse movimento tem se dedicado à construção de relações entre valores, princípios e regras, buscando justamente dar normatividade a elementos da Ética.

A despeito da necessidade de boa-fé nas relações em geral, por outro lado, destaque-se a necessidade específica de proteção da confiança nas relações entre Estado e Cidadão, onde valores como lealdade, honestidade e moralidade se tornam especialmente relevantes. Considerando o Estado como fiduciário do poder político e como prestador de serviços públicos à comunidade, a colaboração da Administração pública com os administrados e destes com aquela se torna essencial para a melhor prestação dos serviços.

Ensina GONZÁLEZ PÉREZ:

Vivimos en una sociedad en la que el hombre encuentra limitada su libertad real en proporciones jamás soñadas, en la que la satisfacción de las más elementares necesidades depende de las prestaciones de la Administración pública, en la que el Estado ha invadido las esferas más íntimas. La situación ha sido descrita hasta la saciedad en la literatura especializada y no especializada.(...) En este mundo, la humanización de las relaciones entre la Administración y el administrado constituye el único remedio para que la desesperación del administrado no le conduzca a un final trágico (2004, P. 55).

Assim, para além do papel de depositário do poder emanado do povo, o espaço que a atividade estatal passou a ocupar ao longo do tempo permite que o Estado adentre nos mais diversos aspectos da vida do cidadão, de coisas simples do cotidiano a funções mais essenciais, tornando aquele uma figura poderosa diante do cidadão, razão pela qual se faz elementar a proteção da confiança nas relações entre ambos.

3. DIFERENCIAÇÃO ENTRE BOA-FÉ E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

É comum a referência no Direito Administrativo, inclusive na jurisprudência, à Segurança Jurídica, Proteção da confiança e boa-fé como sinônimos. Por vezes se observa na doutrina também referências ao princípio da boa-fé como instrumento de proteção à confiança, bem como também o é encontrar-se referências a confiança no âmbito de um princípio autônomo, que parece em princípio se diferenciar do princípio da boa-fé.

De fato, se não são expressões sinônimas, guardam íntima relação, já que estão na mesma “constelação de valores”. A compreensão da relação que guardam entre si é importante, não só para compreender qual a influência que uma lança sobre a outra, e como cada uma atua no ordenamento jurídico.

SCHREIBER, não visualiza dos princípios distintos. Na esteira do direito alemão, ele fundamenta o princípio da confiança como o principal conteúdo da boa-fé objetiva e como forte expressão da solidariedade social (2007, P. 95). ASCENSÃO, por seu turno compreende Boa-fé e Confiança como princípios independentes que coexistem (2006, P. 87).

MARTINS-COSTA, por sua vez, entende a boa-fé como uma confiança qualificada como boa, virtuosa, justa (2004, P. 29-30).

Para GONZÁLEZ PÉREZ, o princípio da boa-fé, incorpora a confiança. Escreve o autor que:

La buena fe incorpora el valor ético de la confianza. Confianza en la forma de actuación que cabe esperar de la persona con que nos relacionamos. En el ámbito de las relaciones jurídico-administrativas la actuación que cabe esperar de una Administración pública respecto de otra o respecto del administrado, o el administrado de la Administración pública (2004, 67).

A discussão se situa em verificar se os princípios se separam apenas por uma questão semântica ou se existem diferenças funcionais entre eles, um atingindo esferas que o outro não alcança.

Realmente, o que se percebe é que não há uma diferença entre confiança enquanto referida como princípio autônomo e o princípio da boa-fé. Tanto na jurisprudência ou na doutrina, observam-se referências tanto a um quanto a outro, com funcionalidade idêntica e no mesmo âmbito de aplicação.

O que se verifica é que são conceitos construídos em grande parte pela jurisprudência, e talvez a confusão se deva ao fato dos tribunais se referirem tanto à boa-fé como a confiança como princípios, sem traçar uma delimitação clara necessária de um e de outro e aplicando os dois em situações idênticas e buscando os mesmos efeitos.

Talvez, depois de muito esforço, alguém extremamente apegado a conceitos pudesse chegar a esferas de ação a que chega o princípio da confiança e não chega o princípio da boa-fé ou que chega este último princípio e não chega aquele.

Mesmo que isso ocorra, não parece ser suficiente para tratar confiança e boa-fé como princípios distintos. Boa-fé ou Confiança (aqui referidos como um único princípio) é norma de caráter principiológico que por sua própria natureza comportam uma vagueza de significado ou múltiplos significados a ser completada por um juízo de valor na solução do caso concreto, e por isso fogem da forma tradicional de construção da norma jurídica, as regras de direito descritivas. Assim, mesmo que alguém encontrasse âmbitos de aplicações diferentes, não significaria ainda assim tratarem-se de princípios distintos.

Isso posto, quando se refere a princípio da Boa-fé e da Legítima Confiança, entende-se como referência a um mesmo princípio jurídico, sem forma estática, que tem por objetivo a proteção de situações jurídicas criadas ou alcançadas em razão de legítimas expectativas criadas por outrem, capazes de gerar danos ou riscos de danos.

4. PRESSUPOSTOS PARA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

A grande dificuldade de proteção da confiança reside justamente em se definir confiança em termos jurídicos. Definir ou pelo menos dar uma conformação, dada a

maleabilidade que é própria dos princípios e suas múltiplas aplicações, e o risco de uma definição rígida lhe empobrecer o sentido. A confiança é um estado subjetivo o que torna difícil a sua investigação e identificação. Por outro lado, para se tratar de uma proteção jurídica à confiança, são necessários elementos que permitam sua identificação em cada caso concreto, como também os efeitos jurídicos decorrentes de sua quebra. Assim, tenta o direito “objetivar” a confiança, para que possa ser protegida.

Vários são os doutrinadores que se debruçam sobre a tarefa. SCHREIBER identifica como as situações que fazem incidir o princípio como os seguintes elementos: a) A ocorrência de um fato próprio, entendida como uma conduta inicial; b) A legítima confiança de outrem no sentido objetivo dessa conduta; c) Um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e por isso mesmo, violador da confiança); d) um dano, ou um potencial de dano a partir da contradição (P. 2007, 132).

O fato próprio é uma conduta inicial, que pode ou não ser um fato jurídico. Sequer precisa ser vinculante de alguma conduta jurídica. De fato, se o for, é a própria lei que o vincula (e atribui responsabilidade por sua quebra), haverá proteção jurídica independentemente da existência de contradição irrelevante, dispensado por isso a aplicação do princípio da confiança. O fato na verdade não precisa ter relevância nenhuma para o direito, desde que do ponto de vista fático seja capaz de repercutir na esfera de outrem lhe gerando legítima expectativa. O que tornará a conduta vinculante é sua capacidade de repercussão na tomada de decisões alheias com base em justa expectativa e sua contrariedade posterior.

Essa repercussão é justamente a confiança criada. É o elemento “confiança criada” que torna o fato inicial relevante para o direito e elemento vinculador do agente. Tal confiança que deve ser “legítima”. A atribuição da adjetivação “legítima” à confiança retira desta o sentido de mero estado psicológico do sujeito. A confiança deve ser consequência direta e razoável da conduta inicial, o chamado fato próprio. Por exemplo, a ressalva expressa de possível contradição por quem pratica o fato inicial, excluiria a legitimidade da confiança. Da mesma forma, não é legítima a confiança daquele que aposta em elementos sabidamente arriscados. Por outro lado, a conduta que não seja clara – diferenciando-se aqui conduta clara de conduta

manifesta -, não é capaz de inculcar legítima confiança em ninguém, nem mesmo a percepção errônea da realidade por parte daquele que confia.

A contradição ao fato inicial é o elemento que deflagrará a proteção da confiança. É um simples comportamento, ato jurídico ou não, que se apresenta como contraditório ao comportamento inicial, independentemente da existência ou não da intenção de contrariar. Basta que seja um ato qualquer, mesmo que lícito, capaz de frustrar as expectativas razoáveis criadas na esfera alheia. É importante ressaltar o aspecto aparentemente lícito do comportamento contraditório, ou um comportamento que se considerado isoladamente é lícito. Isso porque se a contradição se dá por meio de um comportamento ilícito, existiram disposições sancionatórias e corretivas, independentemente da vinculação a um elemento de contradição.

E finalmente, o objetivo de proteção da confiança, que é a salvaguarda de dano efetivo ou potencial, idôneo a atingir o patrimônio daquele que confiou em alguém em razão de um comportamento, e que rompeu essa confiança através da contradição. O dano de fato não é necessariamente efetivo. É preciso que seja identificado como dano em potencial, capaz de gerar efeitos lesivos ao patrimônio daquele que confiou se a conduta contraditória for mantida. Até porque, se a contradição lesiva for identificada sem que tenha se efetivado ou produzido o prejuízo, o efeito primordial e desejável da proteção da confiança será a prevenção, desfazendo-se a conduta, ou evitando-a.

ASCENSÃO (2006, P. 87), por seu turno, identifica como pressupostos para a proteção da confiança violada quatro elementos concomitantes: a) A confiança deve se fundar na conduta de outrem; b) Deve ser uma confiança justificada; c) o agente deve ter feito o chamado “investimento de confiança; d) O comportamento que frustra a confiança criada e as providências nela fundadas.

Os elementos apontados coincidem com os elementos apontados por SCHREIBER. Destaca-se que o elemento denominado por ASCENSÃO de investimento de confiança, que guarda relação com o dano efetivo ou potencial, mas que com este não se confunde. Refere-se aos investimentos em bens materiais que aquele que confia faz, confiando na manutenção da conduta alheia. Enquanto o dano apontado por SCHREIBER não é propriamente um elemento de formação da quebra da confiança, mas uma consequência desta capaz de ensejar a proteção

jurídica, o investimento de confiança, na forma vista por ASCENSÃO é mesmo um elemento identificador da conduta contraditória.

MARTINS-COSTA acrescenta que ao critério da conduta vinculante não importa a pluralidade de sujeitos (2008, P. 13). O que importa é que a conduta inicial esteja em uma mesma situação jurídica da conduta frustradora da confiança. Faltaria por exemplo relação de causa e efeito, à situação da pessoa que comprasse ou deixasse de comprar ações de uma determinada empresa, confiando no movimento sobre o preço que outra pessoa fosse capaz de produzir no mercado de ações, ou a confiança da pessoa em promessa feita a terceiro.

5. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E SUA APLICAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como visto retro, o instituto da boa-fé tem origem no direito privado, tendo recebido há muito atenção da doutrina e jurisprudência que lhe deram desenvolvimento notável. O mesmo não se pode dizer sobre o campo do Direito Público, onde muito pouco se produziu e ainda hoje se produz a respeito do tema.

Conforme MENEZES CORDEIRO, que realizou estudo exaustivo do instituto no campo do Direito Civil, nas obras gerais de Direito Administrativo, encontram-se apenas referências escassas e desalinhadas à boa-fé, embora faltem aprofundamentos sobre o tema, sua natureza, as suas aplicações e suas formas de concretização (2001, P. 391). Assim, embora a boa-fé não seja ignorada, não é aprofundado. O autor ainda aponta a existência de vários institutos dependentes da boa-fé – abuso de direito, *supressio*, alteração das circunstâncias, certos deveres de comportamento, proteção da confiança – que são tratados sem conexão entre si.

Neste contexto, duas questões se colocam como fundamentais para o Estudo da boa-fé no Direito Administrativo. A primeira é a compatibilidade do princípio com o regime jurídico administrativo e a segunda é a possibilidade ou não de se aproveitar os estudos desenvolvidos na área do Direito Privado para o seu desenvolvimento no campo do Direito Público.

Quanto a possibilidade de aplicação da teoria da boa-fé no âmbito do direito público, vários são as teses que assumem resistência à sua aplicação. GIACOMUZZI, observa vários argumentos contrários apontados pela doutrina (260, P. 213). Em razão do estudo específico que aqui se pretende, sem pretensões de

exaustividade, limita-se a reunir em duas diretrizes gerais os argumentos contrários a sua aplicação do Direito Administrativo que seriam:

- a) A diferença qualitativa existente entre o particular e a Administração nas relações jurídico-administrativas e a supremacia do interesse público;
- b) A circunstância de que toda a relação jurídico-administrativa está submetida ao princípio da legalidade;

As raízes da supremacia do interesse público sobre o privado estão no organicismo e no utilitarismo. O organicismo considera o Estado como um grande corpo com partes individuais interdependentes que concorrem de acordo com suas finalidades para a vida do todo e em razão disso não atribui nenhuma autonomia aos indivíduos considerados em suas singularidades (BOBBIO, 2000, P. 45). Para a visão utilitarista, a melhor solução para cada problema é aquela que, promova na maior escalada, os interesses dos membros da sociedade política individualmente considerados (BINEMBOJM, 2008, P. 84). Sob essa ótica, o interesse público se traduz em uma fórmula de maximização dos interesses do maior número possível de pessoas. Como os interesses individuais são por vezes conflitantes, a utilitarismo opta pelo sacrifício do interesse de um membro ou de certos membros de uma coletividade, e nome de um benefício superior em termos comparativos, que atenderá a outros membros da comunidade. A noção utilitarista do interesse público remete a uma solução de maioria, ou de maiores benefícios.

Essa regra, da supremacia do público sobre o privado, é incompatível com o atual estágio do Estado Democrático de Direito, justamente porque este tem como ponto de partida uma compatibilização entre Direitos Fundamentais e Democracia. Ambos são elementos caros à ordem constitucional pelos valores que encerram, como a dignidade humana e o autogoverno coletivo, e a Constituição Federal não fez a opção por nenhum deles.

Do ponto de vista da legalidade como legitimação, é necessário se inferir que há muito tempo não se tem admitido apenas a lei como fonte de legitimação da conduta do administrador público. A lei é apenas mais uma das fontes legitimadoras da conduta do administrador público, que deverá ter por base a própria Constituição.

Esse segundo óbice apontado a partir da legalidade como limite é voltado para um conceito utilitarista. Se a legalidade é o limite de atuação da Administração,

a boa-fé não representaria nenhum papel, posto que os atos seriam válidos ou inválidos conforme esse limite da lei.

Nesse caso, exclui-se a análise da conduta do campo da moralidade, o que não é mais passível de aceitação, principalmente em face da própria prescrição de moralidade à Administração Pública feita pela Constituição em seu art. 37. A inserção constitucional tanto de um princípio de legalidade quanto de um princípio de moralidade implica que ambos cobrem dois campos distintos e que para além do cumprimento das exigências legais, a conduta administrativa também deve ser ética.

FERRAZ JÚNIOR, tratando da implicação do preceito moral sobre a validade jurídica ensina que:

A justiça, enquanto doador de sentido ao direito é um princípio regulativo do direito, mas não constitutivo. Ou seja, embora o direito imoral seja destituído de sentido, isso quer dizer que não exista concretamente. A imoralidade faz com que a obrigação jurídica perca sentido, mas não torna a obrigação jurídica juridicamente inválida (2008, P. 334).

A instituição de um princípio de moralidade ao lado da legalidade implica que o direito não é um fim em si mesmo, deve estar provido de um sentido. Em se tratando da Administração Pública, o sentido se encontra no interesse público que implicará em necessidade de trato ético, pois aquele que exerce a função pública o faz em nome da coletividade e não por si mesmo.

Dizer que a legalidade em si mesma é bastante, significa ignorar a própria finalidade social do direito e que de fato esses fins podem ser subvertidos na mera aplicação da legalidade. Vide por exemplo as noções de abuso de direito e os desvios de poder, também desenvolvidas no Direito Administrativo, onde se tem formalmente o exercício de um direito reconhecido, para atingir fins diversos dos seus propósitos.

Ainda sob o prisma da utilidade da boa-fé perante o princípio da legalidade, é preciso pensar ainda nos desdobramentos deste princípio como o da presunção da legalidade dos atos administrativos, do qual por vezes a Administração faz uso, em detrimento de direitos subjetivos dos particulares ou mesmo em contraposição a legítimas expectativas dos particulares que confiaram na legalidade desses mesmos atos.

No que tange a migração dos estudos e conceitos da Boa-fé no Direito Privado para o campo do Direito Público, os argumentos inicialmente que se colocam são favoráveis. Em primeiro lugar, como já mencionado, é perceptível a aplicação de vários institutos ligados à boa-fé pelo direito administrativo, institutos esses que guardam aplicação similar no direito privado. A possibilidade de aproveitamento dos estudos da boa-fé no Direito Privado para o Direito Administrativo permitiria consideráveis avanços metodológicos e inclusive o tratamento sistemático desses institutos.

Em segundo lugar, a inexistência de barreiras que configurem óbice a aplicação da boa-fé ao regime de direito público. Como visto anteriormente, tradicionais dogmas do Direito Administrativo estão sendo desconstruídos sob a perspectiva da constitucionalização do direito, processo similar ao que ocorre no direito privado, que vive um processo de releitura da autonomia privada pelo sistema de direitos fundamentais, contribuindo assim para uma diluição da dicotomia direito público versus direito privado. Vale dizer que esses dogmas do Direito Administrativo, era o que tornava o regime de Direito Administrativo tão singular em relação ao Direito Privado, centrado na autonomia da vontade e basicamente analisado a partir de uma compreensão sinalagmática da relação jurídica.

De fato, a Supremacia do Interesse Público sobre o interesse privado, não é mais um princípio que se aplica sem reflexão e ponderação sobre quais são os interesses reais existentes na relação jurídica sob análise. Pelos mesmos motivos a diferença qualitativa existente entre a Administração Pública e o administrado não pode configurar óbice em razão da própria função-finalidade da Administração. Não há interesse público a ser perseguido pela Administração que não redunde em interesse dos próprios administrados. Talvez por isso, tenha-se muito mais um motivo para a aplicação da Boa-fé às relações Estado-cidadão. Se no Estado Democrático de Direito o interesse a ser realizado é o primário, o da coletividade, é de se entender que o Estado, ao invés de mais liberdade, tem limites ainda mais rígidos para a sua atuação, e nesse sentido, o princípio da Boa-fé se apresenta como ferramenta importante, como elemento de contornos éticos a exigir da atuação pública, ponderação e responsabilidade em sua atuação.

Para vários autores princípio da boa-fé no direito administrativo encontra receptividade no art. 37, *caput* da Constituição Federal ao informar expressamente a

Moralidade como princípio regente da Administração Pública, conforme informa boa parte da doutrina administrativista. BANDEIRA DE MELLO, ao tratar da Moralidade Administrativa, informa que

compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e da boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesus Gonzáles Péres em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos (2011, P. 119).

GIACOMUZZI, por seu turno defende o princípio da moralidade como equivalente juspublicístico da boa-fé do direito privado, em razão do pouco desenvolvimento desta no campo do direito público e por enxergar a necessidade de um princípio que lhe faça às vezes, além de apontar similaridades na origem histórica.

Nada mais natural que se vincule a origem da boa-fé à origem da moralidade, portanto, em atitude interpretativa que, com olhos atentos ao passado, aproveita os ensinamentos do direito privado e lança a proposta dogmática ao direito público. Assim, se o direito público não desenvolveu o instituto capaz de abarcar as consequências jurídicas advindas do desenvolvimento da boa-fé jusprivatista, nada impede que com ela – e suas consequências – se preencha o conteúdo do princípio da moralidade, mormente se não há sério obstáculo metodológico ao seu progresso (2013, P. 241).

Como visto anteriormente, alguns autores, embora sem tratar expressamente da boa-fé no direito administrativo, também se referem como fundamento da boa-fé o princípio constitucional da solidariedade social, por considerarem a boa-fé uma regra de conduta de alto teor solidarizante. Se assim o é, pelos mesmos motivos também pode-se indicar o princípio da solidariedade como da boa-fé no direito público. Como tratado anteriormente, conjugando a proteção da pessoa humana e a construção de uma sociedade de base solidarista, onde todas as relações jurídicas se constroem com base em valores éticos, certo é também que o Estado participe desta construção e dessa interação comunitária.

Percorrendo o mesmo caminho do direito comparado, o princípio da Boa-fé no Direito Administrativo brasileiro também tem seu impulso inicial por meio de

construções jurisprudenciais, por onde tem caminho mais firme, embora também possa ser encontrado na legislação ordinária, de forma insipiente.

Passa-se agora a uma breve análise da abordagem do princípio da Proteção da Confiança e da Boa-fé no judiciário brasileiro, especialmente no STF e no STJ, salientando que o princípio da confiança e da boa-fé, vem sendo aplicado nos julgamentos como fundamento de decisão e resta consolidado muito embora as decisões judiciais nem sempre se referiram a ele de forma clara, por vezes deixando de referir-se a ele de maneira expressa ou, por vezes, o fazendo referindo-se à “segurança jurídica” e “boa-fé”, “boa-fé” e “confiança” de forma estanque ou como um único princípio. Tratam-se de variações que não têm importância prática, visto que a própria jurisprudência não faz diferenciações e atribui-lhes a mesma função. Para o presente trabalho, que parte do princípio da identidade entre boa-fé e confiança, e em certo sentido até da segurança jurídica, as expressões referem-se a uma mesma figura, como dito retro. A ressalva é feita em razão das referências serem feitas de forma desorganizada o que pode induzir a equívocos.

A partir da análise jurisprudencial será possível uma melhor identificação dos contornos jurídicos do princípio de tutela da confiança e a compreensão da sua aplicação – ou possibilidades de aplicação - no direito brasileiro.

No STF, merece menção os julgados referentes à Medida Cautelar No. 2.900-3/RS e aos Mandados de Segurança No. 24.268/MG e 22.357/DF todos de relatoria do Min. Gilmar Mendes, que tem como mérito o reconhecimento do princípio da “segurança jurídica” com princípios constitucionais como subprincípios do Estado de Direito.

No primeiro caso, a Medida Cautelar de No. 2.900-3/RS trata de medida jurídica de aluna da Universidade Federal de Pelotas, que foi aprovada em concurso público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafo, sendo lotada em Porto Alegre. Diante da necessidade de alteração de domicílio, pleiteou a transferência administrativa para a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com fulcro na Lei No. 9.536/97, que foi negada, por considerarem inaplicável à aluna o conceito de servidor público, já que ela concursou para ingresso em uma Empresa Pública. Impetrando Mandado de Segurança contra a decisão, a aluna viu seu pleito atendido no sentido de se garantir sua transferência para a UFRGS. Quando em segunda instância o Tribunal Regional Federal da 4ª Região apreciou a questão, reformou a

decisão concedente da segurança, o que motivou Recurso Extraordinário ao STF e a Medida Cautelar, como forma de assegurar efeito suspensivo ao recurso.

O Min. Gilmar Mendes ao relatar o caso tratou com precisão do princípio proteção da confiança, valendo-se dele para conceder a liminar e preservar a situação jurídica da aluna que já se encontrava em fase final de conclusão do curso na UFRGS, salientando ainda que a “segurança jurídica” no Estado de Direito, tem valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria justiça material. A decisão foi referendada pela 2ª turma do STF por unanimidade.

Trata-se de uma decisão judicial que aplicou o princípio da proteção da confiança com fito de preservar os efeitos jurídicos de outra decisão judicial, que havia criado expectativa legítima em favor da aluna transferida, que já estava na iminência de concluir o curso perante a universidade e assim gozar plenamente os efeitos da tutela pretendida.

O segundo caso é o Mandado de Segurança No. 24.268/MG. Nesse caso a impetrante é pensionista na condição de beneficiária adotada por seu bisavô, uma semana antes que esse viesse a falecer. O Tribunal de Contas da União cancelou a pensão, recebida por dezoito anos, por entender que não havia sido realizada por instrumento jurídico adequado. A relatora original, Min. Ellen Gracie, afastou os argumentos iniciais por entender que as circunstâncias evidenciavam simulação de ato jurídico com propósito de manutenção do benefício previdenciário. O Min. Gilmar Mendes, abriu voto de divergência, fundamentando a invalidade do cancelamento por inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. No entanto, embora houvesse levantado divergência por questão formal, o Ministro fez referência expressa ao princípio da “segurança jurídica”, por conta de ter a impetrante permanecido recebendo o benefício por quase vinte anos.

O terceiro caso, referente ao MS No. 22.357, refere-se a admissão de funcionários da INFRAERO que foram admitidos sem concurso público, contrariando assim o disposto na Constituição no art. 37, I e II. Ocorre que no passado, em razão da redação originária do art. 173, § 1º da Constituição, que prescrevia que “a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias” havia séria controvérsia sobre a

necessidade ou não de concurso público para o ingresso em empresa pública, como o caso da INFRAERO. A controvérsia restou pacificada posteriormente, no Mandado de Segurança No. 21.322 de relatoria do Min. Paulo Brossard, publicada no Diário Oficial em 23-04-1993, que submeteu os empregados públicos também à exigência constitucional de concurso público.

No entanto, o TCU já havia entendido em decisão de 06-06-1990 que só deveriam ser anulados os atos de admissão posteriores àquela data, e não os anteriores, mesmo que realizados após a vigência da Constituição de 1988. Tal posicionamento se consolidou na jurisprudência daquela corte de contas. Com a decisão do STF, o TCU terminou por rever sua posição, determinando a regularização de admissões sem concurso público, o que implicaria na demissão dos impetrantes do Mandado de Segurança. Nesse caso, o Min. Gilmar Mendes, novamente na condição de relator votou pela estabilização da situação jurídica dos impetrantes e fundamentou sua decisão na proteção da confiança (novamente sob a designação de “segurança jurídica), ao verificar que passados mais de 10 anos das admissões, aquelas se constituíram como situações jurídicas mercedoras de amparo, mencionando expressamente “o longo tempo transcorrido das contratações e a necessidade de garantir segurança jurídica a pessoas que agiram de boa-fé”.

Da mesma forma que o STF, o STJ vem aplicando o princípio da confiança, inclusive com mais frequência e alcance que o pretório excelso. Para o STJ vale a mesma ressalva feita anteriormente, a respeito da confusão da terminologia usada para designar a proteção da confiança.

Um caso que merece destaque é Recurso Ordinário em Mandado de Segurança No. 407, julgado em 07-08-1991. Tratando-se mais uma vez de servidores públicos, tem-se a nomeação de servidores aprovados em concurso público que foram nomeados e entraram em exercício de suas funções junto à Secretaria de Fazenda do Estado do Maranhão. O governo estadual, sob o argumento de invalidade do próprio concurso, anulou as investiduras por meio de um Decreto de efeitos concretos. Os servidores ingressaram com Mandado de Segurança junto ao Tribunal de Justiça do Maranhão que denegou a segurança. Ingressando então com o recurso em comento, a 1ª turma do STJ entendeu que a anulação não poderia ter se dado de forma unilateral, sem observância do contraditório e da ampla defesa. No entanto, referiu-se também à necessidade de

que o princípio da legalidade fosse confrontado com outros princípios, tais como o da segurança jurídica e o da boa-fé. O relator, Min. Gomes de Barros, consignou ainda que o princípio da supremacia do interesse público deixou a muito de ser considerado um princípio absoluto, tendo inclusive se prestado a deformações, sendo necessário inclusive “temperá-lo com velhas regras de Direito Privado, que homenageiam a boa-fé e a segurança jurídica”. Percebe-se aqui mais uma vez de forma clara a ponderação dos tradicionais princípios do Direito Administrativo com a segurança jurídica, como forma de proteção de legítimas expectativas daqueles que confiaram nos atos estatais que lhes redundou em benefícios.

Outro julgado interessante do STJ a dar guarida expressa aos princípios da boa-fé e da confiança no direito público foi o Recurso Especial No. 184.487-SP, relatado pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar. Nesse caso, o município de Limeira (SP) celebrara com particulares contrato de promessa de compra e venda de lote situado em loteamento inexistente, já que embora houvesse a divisão da gleba de terras, a mesma não se encontrava registrada no Serviço Registral de Imóveis e nem sequer chegou a ser urbanizada por estar próxima ao Aeroporto Municipal. Na gestão municipal posterior, o Município promoveu a anulação dos contratos promissórios, sob a alegação justamente da falta de regularização e registro. Chegando o caso ao STJ, este entendeu pela impossibilidade da anulação dos contratos promissórios, entendendo que na vigência da Lei No. 6.766 de 19 de dezembro 79 – Lei Federal de Parcelamento do Solo Urbano – a qual incumbe ao município tratar de regularizar loteamentos irregulares promovidos por terceiros para fins de defesa do direitos dos adquirentes dos lotes, mais razão existia para a tomada de providências pelo município quando a promessa foi feita por ele próprio.

O voto do relator menciona expressamente a boa-fé e a necessidade de proteção da confiança dos cidadãos:

Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela Administração Pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos, depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram. “A salvaguarda da boa-fé e a manutenção da confiança formam a base de todo o tráfego jurídico e em particular de toda a vinculação jurídica individual. Por isso, não se pode limitá-lo às relações obrigacionais, mas ampliá-lo sempre que exista qualquer vinculação jurídica, ou seja, tanto no direito privado, como no direito público”. (Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones*, vol. I, p. 144).

Insistindo nesse ponto de vista, Jesús Gonzáles Pérez, no seu *El principio General de la Buena Fe em el Derecho Administrativo*, observa que todas as pessoas, inclusive as de direito público, devem pautar sua conduta de acordo com o princípio da lealdade, sendo improcedente a pretensão dirigida à anulação por efeitos formais do ato praticado por quem aceitar o cumprimento da outra parte.

Seguindo os passos do que ocorreu em vários outros países, como o caso já citado da Alemanha, o desenvolvimento da teoria da proteção da confiança e da boa-fé no Brasil primeiro se desenvolveu na jurisprudência, para a seguir abrir caminho na legislação. É preciso salientar que, mesmo que se fale em um desenvolvimento pioneiro na jurisprudência, as teorias a respeito da proteção da confiança não foram tão estudadas no Direito Público como o foram e são no Direito Privado. Mais do que isso, o estudo da proteção da confiança no Brasil tem como marco significativo a jurisprudência construída a partir da promulgação da Constituição de 1988. Mesmo no campo doutrinário, não existem muitos estudos relativos à proteção da confiança no Direito Administrativo, como ocorre em outros campos.

No âmbito do direito positivado, o pioneirismo cabe à Lei No. 8.666 de 21 de junho 1993 (Lei de Licitações) que dispõe em seu art. 59, parágrafo único, que “a nulidade (do contrato administrativo) não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”. O mérito do dispositivo está justamente na quebra do velho paradigma da extirpação de todo e qualquer efeito do ato nulo e nesse sentido promove, ao menos parcialmente a proteção da expectativa daquele que contrata com a administração pública, em razão da aparente validade do ato administrativo, que inclusive começou a executar e que posteriormente é invalidado.

Merecem ainda referência as leis 9.868 de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade por omissão e 9.882 de 3 de dezembro de 1999 que dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Embora seja da tradição constitucional brasileira a concessão de efeitos retroativos à inconstitucionalidade da lei, eficácia *ex tunc*, as referidas leis, a primeira em seu art. 27 e a segunda em seu art. 11 reconheceram a possibilidade

de modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade de lei, fixando como limite o trânsito em julgado da decisão ou outra data a ser fixada - adotando efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* -, levando em consideração razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social mediante aprovação de dois terços dos ministros.

E finalmente, merece menção a Lei Federal No. 9.784 de 29 de janeiro de 1999, que trata do Processo Administrativo no âmbito da Administração Federal. Tal norma - cuja aplicação não vem se restringindo ao Processo Administrativo, mas a toda e qualquer atividade administrativa de natureza decisória - estabelece em seu art. 54 o prazo decadencial de cinco anos, contados da data em que foram praticados os atos administrativos eivados de vícios de legalidade, quando concederem efeitos favoráveis aos seus destinatários, para que a Administração possa anulá-los, salvo se comprovada má-fé. Tal cláusula configura verdadeira proteção à confiança na medida em que impõe uma limitação temporal ao poder de anular os atos da administração pública que, mesmo acometidos pelo vício da ilegalidade, poderão se preservados ocorrendo as circunstâncias previstas (efeitos benéficos advindos ao administrado, boa-fé e lapso temporal considerável).

Além disso merece menção ainda o art. 2º, *caput* e parágrafo único, IV e XIII, da Lei que remetem à proteção da boa-fé³.

O dispositivo legal, além de mencionar claramente o princípio da boa-fé, pretende ainda a tutela da segurança jurídica na medida em que veda a aplicação retroativa da norma administrativa. A aplicação da boa-fé, nos termos do dispositivo citado inclusive figura como forma de proteger a legítima expectativa do Administrado no Processo Administrativo, surgidas inclusive das práticas passadas e precedentes abertos pela Administração Pública em casos similares anteriores, de

³ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

que a Máquina pública se comportará de forma coerente com os posicionamentos passados, guardando inclusive coerência lógica com eles. O objetivo é resguardar a confiança dos cidadãos na atuação da Administração Pública, evitando a quebra da confiança por interpretações desencontradas no exercício da função administrativa.

6. BOA-FÉ NO DIREITO PÚBLICO COMO PRINCÍPIO GERAL DO DIREITO, PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E REGRA DE EQUIDADE

A boa-fé se apresenta como um princípio geral do direito, sendo a sua aplicação conhecida nos mais diversos ramos da ciência jurídica, tanto no campo público quanto no campo privado, sendo que especialmente nesse último enraizou-se profundamente. No direito civil entrelaça-se com institutos como contratos, posse, casamento e responsabilidade civil. É fator determinante para a aquisição e restrição de direitos e obrigações. No direito comercial também encontrou terreno fértil, especialmente em razão das raízes consuetudinárias e pragmáticas deste ramo do direito, que necessitava de flexibilidade em contraposição ao formalismo jurídico herdado pelo *jus commune*, do direito romano. Por outro lado, através da noção de segurança jurídica, alcançou também o direito público especialmente sob o paradigma do Estado Social, no qual a figura estatal se fortaleceu e se tornou mais atuante, atingindo o direito tributário, administrativo e previdenciário, entre outros.

Como princípio do geral do direito, surge da chamada *analogia juris*, o procedimento de integração do ordenamento jurídico por meio da extração de normas jurídicas gerais do sistema. Nesse sentido BOBBIO diz que “os princípios gerais, são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais” (1999, P. 158). No entanto, cabe aqui a afirmação de que a aplicação de princípios gerais do direito, não são cabíveis apenas no processo de integração das lacunas do ordenamento jurídico, como faz crer o texto da LINDB (Decreto Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942). Nos dizeres de REALE, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática (2002, 306). Isso parece inclusive ficar muito claro pelo próprio status conferidos pela dicção do Código Civil (arts. 113 e 421) ao princípio da boa-fé, bem como pela Lei Federal de

Processo Administrativo (Lei No. 9.784 de 29 de janeiro de 1999, arts. 2, IV e art. 4, II).

Cabe-se ressaltar, no entanto, que a figura dos princípios gerais do direito não se confunde com a figura dos princípios constitucionais. Embora não espelhem categoria diversa, os princípios constitucionais são aqueles que estão atrelados à Lei maior, e como tal, diferem dos princípios gerais do direito, em razão da sua superioridade hierárquica decorrente da supremacia da constituição, e em razão de externarem os valores políticos fundamentais da nação. Claro que, em última instância, como qualquer norma jurídica os princípios gerais do direito encontram a Constituição como fundamento de sua validade.

Trata-se de um tema interessante, mas ainda muito polêmico e que não foi exaurido pela doutrina jurídica, sempre envolvendo discussões apaixonadas entre jusnaturalista e positivas, e agora com o acréscimo de posições neoconstitucionalistas, mas que em razão da proposta do presente trabalho não cabe aqui. Ademais a discussão se torna inócua no campo do princípio da boa-fé, principalmente no caso da Boa-fé no Direito Público, posto que a doutrina majoritariamente reconhece fundo constitucional ao princípio, vinculando-o como princípio decorrente ao princípio da moralidade constitucional, ou, à segurança jurídica, ao qual se reconhece valor constitucional, e em razão do caráter aberto de nossa Constituição.

Como Princípio Geral do Direito e Princípio Constitucional, a Boa-fé pode ser considerada como uma regra de equidade incorporada ao ordenamento jurídico. Embora haja uma profusão de doutrinas que busquem conceituar a equidade e analisar sua natureza, pode-se extrair de todos eles que se trata de uma fórmula particular de atenuação da rigidez das normas. RAO conceitua equidade por

Uma particular aplicação do princípio da igualdade às funções do legislador e do juiz, a fim de que, na elaboração das normas jurídicas e em suas adaptações aos casos concretos, todos os casos iguais, explícitos ou implícitos, sem exclusão sejam tratados igualmente e com humanidade, ou benignidade, corrigindo-se, para este fim, a rigidez das fórmulas gerais usadas pelas normas jurídicas, ou seus erros, ou omissões (2004, P. 100).

Para ele, equidade não é direito, mas um atributo do direito. De fato, considerando-se que o princípio da boa-fé opera entre outras situações para além da lei, seja criando obrigações *ultra legem*, seja atenuando ou mesmo excluindo do

mundo jurídico certas imposições legais, é certo tratar-se a boa-fé como uma regra de equidade, muito embora a equidade funcione no âmbito da interpretação e aplicação da norma jurídica em razão das circunstâncias objetivas gerais do caso concreto e a boa-fé especificamente em razão de atos jurídicos que são ou devem ser praticadas por alguém. A boa-fé enquanto princípio jurídico pode ser considerada uma regra de equidade positivada no âmbito do ordenamento jurídico, uma vez que como visto, encontra base em diversos dispositivos constitucionais e o próprio Supremo Tribunal Federal admite sua base constitucional.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante ser um princípio muito antigo no direito privado, o princípio da Boa-fé é de projeção bastante recente no direito público e por isso muitas vezes encontra resistências e há dificuldade por parte da doutrina em lhe dar uma conformação. Além disso, como princípio que é, é natural que não tenha contornos exatamente definidos, variando os mesmos conforme o caso concreto, de acordo com o objetivo finalístico diante do caso concreto.

A Tutela da Confiança através do Princípio da Boa-fé aplicado nas relações entre Estado e cidadãos, tem como base o próprio Estado Democrático de Direito, já que este nada mais é do que um instrumento de realização dos anseios dos cidadãos, nas dimensões coletivas e individual.

A proteção das relações de confiança torna-se ainda mais importantes com a ideia de Estado provedor, de forma que este se arvora de ainda mais atividades e funções, interferindo ainda mais na vida do cidadão. No entanto, verifica-se que o princípio, se devidamente aplicado nas relações de Direito Público é capaz de proteger o cidadão ante a postura do Estado, exigindo deste último tanto posturas negativas quanto posturas positivas, tendo por preceito um comportamento ético fundado na confiança, da qual o Estado é fiduciário natural, em razão de suas funções inerentes, e em razão das condutas praticadas titularizadas pelo Estado, capazes de gerar situações que demandem proteção.

A Tutela da Confiança tem fundamento na própria reformulação do Estado Constitucional para Estado Democrático de Direito, em que a pessoa humana em sua dignidade passa a condição de figura central do ordenamento jurídico, e passa a

exigir-se do Poder Público uma atuação ética reflexiva, preocupada com o interesse público – não considerado interesse da Administração Pública, mas sopesado em cada caso concreto, de acordo com os verdadeiros anseios sociais e com as exigências de proteção dos direitos fundamentais – e com os impactos de sua atuação sobre a vida e os projetos de vida dos cidadãos. Essa preocupação, reflete a própria proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que retirando-se do cidadão a segurança conferida pela confiança, corre-se o risco da pessoa humana perder sua condição de centralidade do ordenamento jurídico, convertendo-se num mero instrumento de atuação Estatal.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004

ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no código civil de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*. V. 7, N. 28, out/dez. 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Liberalismo e democracia*. 6. Ed., São Paulo: Brasiliense, 2000.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. Ed., Brasília: UnB, 1999.

BRASIL. *Lei No. 8.666 de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm Acesso em 18 fev. 2019.

_____. *Lei No. 9.784 de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm] Acesso em 18 fev. 2019.

_____. *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 18 fev. 2019.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. No. 407/MA 1990/0004091-4. Relator Humberto Ministro Gomes de Barros. Brasília-DF, 07 de agosto de 1991.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial No. 184.487/SP. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília-DF, 24 de novembro de 1998.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar No. 2.900-3/RS. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 27 de maio de 2003.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Segurança No. 24.608-0/MG. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 05 de fevereiro de 2004.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Segurança No. 2.357/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 27 de maio de 2004.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 27 out. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. Ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e Menezes. *A boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001

COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e do direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei de processo administrativo da união. (Lei No. 8.794/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, No. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br> Acesso em: 15 nov. 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. Ed., São Paulo: Atlas, 2008.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. 2. Ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. *Revista CEJ*. No. 7, Brasília Out./Dez, 2004.

_____. O princípio da confiança legítima e o enunciado No. 362 da IV jornada de direito civil. *Revista CEJ*. N. 40, Brasília, jan./mar. 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 28. Ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

PETIT, Eugène Henri Joseph. *Tratado elementar de direito romano*. Trad. Jorge Luis Custódio Porto. Campinas: Russell, 2003.

PÉREZ, Jesus González. *El principio general de la buena fe em el derecho administrativo*. 4. Ed., Madrid: Civitas, 2004.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. Ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SUNDFEELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. Ed. São Paulo, Malheiros, 2010.

DOSSIÊ



O NÚCLEO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICAÇÃO OU NÃO

FUNDAMENTAL RIGHTS NUCLEUS AND ITS REAL APPLICATION OR NOT

NÚCLEO DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU APLICACIÓN O NO

Auner Pereira Carneiro¹

Conceição de Maria Silva dos Santos²

RESUMO:

O presente trabalho diz respeito a uma abordagem da gênese dos direitos fundamentais, sua evolução, fundamentos e núcleo dos direitos fundamentais consignados na Constituição da República e dos mecanismos constitucionais destinados a garantir a eficácia desses direitos, analisados tanto sob o prisma do Estado quanto dos particulares, trazendo à colação o pensamento de doutrina de pensadores nacionais e estrangeiros acerca do próprio conceito de constituição, e dos direitos fundamentais e núcleo, passando então ao questionamento sobre eficácia que se pode atribuir aos direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito ao seu núcleo, considerando o mínimo existencial da pessoa humana, seja nacional ou estrangeiro residente em terras brasileira, analisada, ainda, a questão dos princípios e regras. Isto posto, analisar-se-á os mecanismos constitucionais para assegurar efetivamente a aplicação dos direitos fundamentais, em especial a

¹ Doutor USP-SP. Coordenação 2008-2016. Pesquisador no Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal Regional. <http://lattes.cnpq.br/3337902004026180>. E-mail: aunerix@yahoo.com.br

².Advogada. Mestre em Direito. Pesquisadora GPIDMR ITEP- UENF-RJ/UNIFLU-RJ

consideração ao mínimo existencial, a fim de identificar a aplicação e efetividade desses direitos pelo poder pelo estado e pelos particulares.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Direitos Fundamentais. Núcleo e mínimo existencial. Dignidade da pessoa humana.

RESUMEN:

Este trabajo se refiere a un enfoque de la génesis de los derechos fundamentales, su evolución, fundamentos y núcleo de derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República y los mecanismos constitucionales destinados a garantizar la efectividad de estos derechos, analizados tanto desde la perspectiva del Estado como de las personas. , trayendo a la mesa el pensamiento de la doctrina de los pensadores nacionales y extranjeros sobre el concepto mismo de constitución y de los derechos fundamentales y fundamentales, y luego pasando a la cuestión de la efectividad que puede atribuirse a los derechos fundamentales, especialmente con respecto a su núcleo, considerando el mínimo existencial de la persona humana, ya sea residente nacional o extranjero en tierras brasileñas, también analizó la cuestión de principios y reglas. Dicho esto, los mecanismos constitucionales serán analizados para asegurar efectivamente la aplicación de los derechos fundamentales, en particular la consideración del mínimo existencial, con el fin de identificar la aplicación y efectividad de estos derechos por el poder por parte del estado y de los individuos.

PALABRAS CLAVE: Constitución federal. Derechos fundamentales. Núcleo y mínimo existencial. Dignidad humana.

ABSTRACT:

The present work concerns an approach to the genesis of fundamental rights, their evolution, foundations and core of fundamental rights enshrined in the Constitution of the Republic and the constitutional mechanisms aimed at guaranteeing the effectiveness of these rights, analyzed both from the perspective of the State and of individuals , bringing to the table the thought of the doctrine of national and foreign thinkers about the very concept of constitution, and of fundamental and core rights, then moving on to the question of effectiveness that can be attributed to fundamental rights, especially with regard to its core, considering the minimum existential of the human person, whether national or foreign resident in Brazilian lands, also analyzed the question of principles and rules. That said, the constitutional mechanisms will be analyzed to effectively ensure the application of fundamental rights, in particular the consideration of the existential minimum, in order to identify the application and effectiveness of these rights by power by the state and by individuals.

KEYWORD: Federal Constitution. Fundamental Rights. Nucleus and existential minimum. Human dignity.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais têm sua origem enraizada na existência humana, como representativo de um direito por assim dizer superior e anterior ao direito positivado nos Tratados e nas próprias Constituições, que se manifestavam mais intuitivamente no sentido da proteção recíproca entre os semelhantes, encontra diferentes fundamentos quer na escola jusnaturalista, positivista ou mesmo moralista.

Dada a importância dos direitos fundamentais desde a origem humana, e pelo perpassar dos séculos, tema sempre em evidência, e assim, no presente texto, o dado histórico referência volta-se para a modernidade, com a primeira declaração de direitos fundamentais da pós-modernidade foi a *Virgínia Bill of Rights* ou a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12-11-1776.

Para positivação e proteção dos direitos fundamentais das treze colônias Inglesas que formaram os Estados Unidos da América do Norte é apontada pela doutrina jurídica como um marco na positivação dos direitos fundamentais, acompanhada de outras que se seguem

Não é possível deixar de mencionar pensadores pátrios e alienígenas, abordando seus pensamentos sobre os direitos fundamentais, em especial o que abordado no presente trabalho, sobre o núcleo dos direitos fundamentais, origem, evolução e efetiva sedimentação na civilização, através dos documentos editados pelas nações, sejam em tratados, constituições e outros pactos.

O pensamento direcionado no texto, centra análise no respeito, aplicabilidade e efetividade, *ou não*, do núcleo dos direitos fundamentais, como garantia do mínimo existencial da pessoa humana, nacional ou não nacional, como assentado na carta política pátria como alicerce do próprio estado democrático de direito da República Federativa do Brasil, no Inciso 3º do art. 1º. Da Constituição.

O questionamento abordado no texto, demonstra a preocupação com a efetividade ou não da aplicabilidade dos direitos fundamentais, no seu núcleo, na versão do mínimo existencial, em face da assimetria das camadas sociais do Brasil, revelando distâncias relevantes e preocupantes, devendo constituir para o Estado e também para os particulares ações rotineiras e eficazes de modo a extinguir tais diferença e alavancar uma adequada qualidade de vida a pessoa humana em suas

fronteiras, ao elevar ao patamar pretendido na Constituição da República a dignidade da pessoa humana.

2. ANTECEDENTES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os antecedentes históricos dos direitos fundamentais remontam à própria existência da civilização humana, e têm origem num direito superior ou anterior ao direito positivado nos Tratados e nas próprias Constituições, encontrando diferentes fundamentos quer na escola jusnaturalista, positivista ou mesmo moralista.

Não obstante, a primeira declaração de direitos fundamentais da modernidade foi a *Virgínia Bill of Rights* ou a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12-11-1776, que era uma das treze colônias Inglesas no então atual país dos Estados Unidos. É considerada pela Doutrina como a primeira Declaração de Direitos propriamente dita, porque estruturava o regime democrático e a limitação do poder estatal. (MORAES, 1997, p. 3).

Contudo, na França, em 26-8-1789, a Assembléia Nacional promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 17 artigos entre eles os da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência a opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, presunção de inocência, liberdade religiosa, livre manifestação do pensamento, resultando consagrada a França no trato com os direitos humanos fundamentais. (MORAES, 1998, p. 34).

O item 1.1 da Declaração e Programa de Ação de Viena, no país da Áustria, adotada na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 25 de junho de 1993, assenta a Teoria Jusnaturalista, concebendo esta em que “*os direitos humanos e liberdades fundamentais são direitos naturais de todos os seres humanos: a sua proteção e promoção são responsabilidade dos Governos.*”³

Entretanto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 10-12-1948, diz da necessidade dos direitos da pessoa humana serem protegidos pelo império da lei.⁴

Alexandre de Moraes, por sua vez, leciona que ambas as teorias devem

³Ibidem, p. 28.

⁴Ibidem, p. 34.

coexistir, asseverando a importância da formação de uma consciência social fixada em uma ordem ao mesmo tempo superior, universal e imutável (vertente da teoria jusnaturalista) a embasar e dar substrato para o legislador reconhecer a existência dos direitos fundamentais de modo a torná-los positivados (teoria positivista) e portanto parte do Ordenamento Jurídico.⁵

Norberto Bobbio, sobre o assunto, discorre que são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou aquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano, (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura). (BOBBIO, 1992, p. 20).

Para Cançado Trindade, a idéia de direitos humanos e sua manifestação é tão antiga quanto as civilizações, tendo ocorrido em diferentes culturas e em movimentos históricos sucessivos na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra as formas de dominação, exclusão, despotismo e arbitrariedade. (TRINDADE, 1997, p.485).

A respeito do que fala Cançado Trindade, vale lembrar que Sócrates, já em priscas eras (427 a.C.), desenvolvia uma filosofia cujo ponto alto era justamente a dignidade humana, tendo Platão, em apologia a Sócrates, revelado que o seu mestre lutava não por um regime político, mas por um princípio mais alto, o da dignidade humana. (PLATÃO, 2005, p.35).

Na verdade, Sócrates lutava para que o próprio povo pudesse reconhecer em si mesmo o próprio núcleo desses direitos fundamentais, uma vez que, naquela época, face ao império do autoritarismo, da pressão vertical do poder dominante, o próprio povo se apequenava, submetido e sem o ânimo necessário para a promoção do seu autodesenvolvimento pessoal, familiar e mesmo coletivo dentro de seus grupos.

O Direito Fundamental, como um direito supranacional, revelando-se pelo reconhecimento internacional e pelo postulado de sua efetivação por garantias de proteção encontra eco em muitos documentos internacionais, como o Tratado de Roma, que fala do Tribunal Penal Internacional, por exemplo. Pode-se falar, também, do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, sediado em Luxemburgo, além do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, na cidade de

⁵ Ibidem, p. 35.

Estrasburgo (estes últimos fazem parte do processo de Internacionalização do sistema constitucional), sendo um fenômeno a constitucionalização do continente europeu, como bem salienta o José Vieira Ribas que “*a consolidação do processo da União Européia, através do Tratado de Maastricht, exemplifica uma internacionalização do sistema constitucional em detrimento dos próprios textos de Constituição nacionais*”. (RIBAS, 199, p. 100).

2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

O caráter analítico, pluralista e pragmático dirigente, regulamentista da Constituição Federal de 1988, refletiu no Título II- Dos Direitos e Garantias Fundamentais-, O desdobramento analítico imprimido na Constituição de 1988, mormente no que diz respeito aos direitos fundamentais, revela uma certa desconfiança do legislador infraconstitucional e uma vontade de salvaguardar reivindicação e interesses contra possível desconstituição dos Poderes.⁶

Na mesma linha do legislador Francês, quando da edição de sua Constituição de 1791, pós revolução de 1789, e assim incorporando a Declaração dos Direitos do Homem, de modo a proteger o povo e impor limites ao poder real.

O documento francês teve forte inspiração na Constituição dos Estados Unidos, ficando suas premissas especialmente na liberdade, e quanto aos direitos fundamentais tratou em título assim especificado: "*do homem e do cidadão*"; de modo disso decorre tais direitos à todas as pessoas (independente de sexo, naturalidade, religião, etc.) sendo titulares de direitos fixados na lei, ideia esta decorrente da linha de pensamento naturalista, ressaltando quanto aos direitos políticos a reserva apenas aos cidadãos franceses ou nacionais.

Seja na Ordem Nacional, ou Internacional, pois que os direitos fundamentais da pessoa humana estão estabelecidos nas Constituições da maior parte das nações, a preocupação não é tanto mais com o reconhecimento desses direitos,

⁶ Em decorrência de ter sido a Constituição Federal de 1988 elaborada logo após um período de forte autoritarismo do governo militar que vigorou no país por 21 anos, e ainda sob a lembrança das restrições as liberdades, o legislador constituinte deu relevância e reforço ao aspecto dos direitos fundamentais, como igualmente acontece nas demais Constituições pós período de opressão, ditadura, na superação de regimes autoritários, como aconteceu com a Constituição italiana de 1947, a Lei Fundamental da Alemanha, 1949 e, mais recentemente com Constituição da República Portuguesa de 1976 e a Espanhola de 1978, que, em verdade, exerceram grande influência no Constituinte Nacional na elaboração da Carta em vigor. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 75.

mas sim com a sua proteção, como salienta Norberto Bobbio, em que *o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-los.*⁷

Os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão são direitos civis e políticos traduzidos pelo direito de liberdade, a não interferência do Estado nas ações do cidadão, e o direito a vida. Os de segunda geração, devendo o Estado promover os direitos sociais, culturais, educação e econômicos relacionados ao trabalho, produção e previdência.

Os de terceira geração, o direito ao desenvolvimento, a comunicação e ao meio ambiente, são os direitos difusos e coletivos, que transcendem os direitos individuais. Já os de quarta ou quinta geração ou dimensão, aqui, são os direitos que vão ao sentido da globalização política, tais quais os direitos à democracia, à informação/comunicação à genética e ao pluralismo e a paz.⁸

Importante ressaltar que os direitos fundamentais não nasceram todos ao mesmo tempo, foram sendo estabelecidos com a transformação histórica da humanidade na luta dos povos em prol da garantia dos mesmos em cada época.

Alexy considera que a teoria dos direitos fundamentais é estrutural, primariamente analítica, pois investiga as estruturas como conceitos de direitos fundamentais, influência destes no sistema jurídico e a sua fundamentação. Seu material mais importante é a jurisprudência do Tribunal Constitucional.⁹

Cabe lembrar, validada na Constituição da República pátria de 1988, que na estrutura dos direitos fundamentais, segundo Alexy, é importante a distinção entre regras e princípios.

Essa diferença é a base, o alicerce, a pedra angular e a chave para solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, como expressa *verbis*:

ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es unass clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales em el

⁷ BOBBIO, *op. cit*, p. 24.

⁸ MORAES, *op. cit*, p. 45.

⁹ *Ibidem*, p. 39.

*sistema jurídico.*¹⁰

Sim, para entender a aplicação real dos direitos fundamentais no Brasil na atualidade, é preciso considerar os princípios basilares ou seja: que a distinção entre regras e princípios constitui-se em verdadeiro pilar da teoria dos direitos fundamentais. Regras e princípios devem ser visualizados sob o conceito de norma, porque ambas dizem o que deve ser, ambas podem expressar mandato, permissão ou proibição.

As regras são aplicáveis ao modo tudo ou nada. A partir do momento em que os pressupostos de fato referidos na regra estejam presente na circunstância concreta e sendo válidos deve ser aplicada e pronto. (DWORKIN, 1999, p. 24).

A propósito, a norma, significa um preceito de direito, norma de conduta e forma abstrata do que deve ser (DINIZ, 1998, p. 366.) Deve conter todos os elementos que regulam a conduta, que tutelem situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, submetendo a realizar a prestação, ação ou mesmo a abstenção em favor de outrem.¹¹

Os Princípios já são proposições com maior grau de abstração, diretivas ou características que permeiam o desenvolvimento de uma ciência, é o fundamento que contém em si mesmo a razão de alguma coisa, ainda, norma de conduta, alicerce, base.¹² *Normas de otimização, para que algo seja feito da melhor forma possível, sem a obrigatoriedade do tudo ou nada, dentro da reserva do possível, assim entendido dentro da realidade fática e possibilidades jurídicas.*¹³

Para Alexy, por sua vez, os princípios implicam em conexão com a máxima da proporcionalidade, em seus três desdobramentos, a adequação, a necessidade, considerada esta como a aplicação de um meio mais benigno, e a proporcionalidade em sentido estrito¹⁴

É o Princípio da Proporcionalidade que permite o sopesamento dos demais princípios e dos direitos fundamentais, compatibilizando os interesses envolvidos.¹⁵

Alexy assevera que não pode haver uma adequada dogmática de direitos

¹⁰ Tradução: (...) ela constitui a base da fundamentação jurídica e é uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela, não pode existir uma teoria adequada de limites, nem uma teoria satisfatória da colisão, tampouco uma teoria suficiente acerca do papel dos que julgam os direitos fundamentais no sistema jurídico (ibidem, p. 81-82).

¹¹SILVA, José Afonso da, Op.. Cit. P.42.

¹² DINIZ, Maria Helena. Op. Cit. p. 717.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes, Op. cit., p.42.

¹⁴ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 111.

¹⁵Ibidem, p.97.

fundamentais, sem a teoria dos princípios.¹⁶

Dessa forma, pode-se perceber que os princípios devem revelar os valores básicos de uma sociedade.

Noberto Bobbio, aprofundando a análise dentro do importante prisma da concretização dos direitos fundamentais, sob o prisma dos princípios, capaz de expandir-se, em maior alcance, ensina que *ao lado dos princípios gerais expressos há os não expressos, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas* ou pelo menos não muito gerais.¹⁷

Nesse sentido, também se manifesta a doutrina nacional e alienígena, entendendo os princípios como mecanismo/mandamento capaz de se irradiar por todo o sistema jurídico, de modo a ampliar sobretudo as possibilidades de concretização dos direitos fundamentais.

Celso Antonio Bandeira de Mello assim define princípio, *verbis*:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.¹⁸

Canotilho considera os princípios como a alma da Constituição, e os classifica em: 1) Fundamentais; 2) Politicamente Conformadores; 3) Os Impositivos; 4) Garantistas. Os fundamentais são aqueles que são introduzidos na consciência jurídica e exercem importante função de fundamentar a Ordem Jurídica em que se insere. Os Politicamente Conformadores são aqueles que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte.

Os Impositivos são os que determinam aos órgãos do Estado a realização de fins e tarefas e, finalmente os de Garantia, que estabelecem a forma direta e

¹⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p.25.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo : RT, 1980, p. 230.

imediate de uma garantia para fazer prevalecer o direito para o cidadão.¹⁹

Os quatro primeiros artigos da Constituição Brasileira vêm tratando dos princípios fundamentais.

Os princípios exercem pelo menos três funções no Direito: função fundamentadora da Ordem Jurídica, função orientadora do intérprete, função de fonte subsidiária.²⁰

A função fundamentadora, enquanto valor, fundamenta a Ordem Jurídica na qual está inserido o princípio.²¹ São idéias básicas para o direito positivo e para a operação de interpretação, ainda elemento integrador de lacunas.²²

Paulo Bonavides considera como a *viga mestra* do sistema²³

O Supremo Tribunal Federal vem absorvendo a dimensão de funcionalidade dos princípios e, bem de ver, o voto do Ministro Celso de Mello, proferido na PET-458/CE, cujo julgamento deu-se em 26-02-1988, *verbis*:

O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do poder público. A ofensa do Estado a esses valores- que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos- introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações, sempre tão estruturalmente desiguais entre indivíduos e o poder. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1998).

Função orientadora do intérprete é o ponto de partida e guia na perquirição do sentido das normas.²⁴

Quando a regra admitir mais de uma interpretação, deve ter prevalência aquela que mais se afinar com os princípios. Mas, se restringir ou estender seu significado, admite-se que possa proceder a interpretação extensiva ou restritiva, a calibrar o alcance da regra com o princípio. Entretanto, na ausência de regra específica, caracterizando-se, pois, a lacuna, e na busca da solução, eis que Ordenamento inadmite um *non liquet*, deve pautar-se a interpretação pelos princípios. (SUNDFELD, 1992, p. 183).

O conflito entre regras denomina-se de antinomia, que significa dizer a

¹⁹ CANOTILHO, J.J.G. *Op. Cit.*, p.170-174.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Passim*.

²² BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p.118.

²³ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* P. 265.

²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *loc. cit.*, p. 04.

existência de uma incompatibilidade entre ambas dentro de um mesmo ordenamento jurídico e validade que conduzirá a eliminação de uma delas desse mesmo sistema, por uma escolha do intérprete²⁵

A colisão entre princípios levará a análise e ponderação do peso e importância de cada um dentro da situação concreta, eis que um não se sobrepõe ao outro uma vez que tem a mesma dignidade hierárquica, não implicando na eliminação do mesmo da ordem jurídica, como acontece com as regras, mas tão somente o afastamento pelo intérprete de um para aplicação de outro que se encontre em testilha, vetorizado na real intenção do sistema jurídico, numa opção teleológica de critérios políticos e sociais. (GRAU, 2005, p. 194).

A atribuição de peso e importância, no entanto, não é faculdade discricionária do intérprete e aplicador eis que esse está vinculado ao sistema geral que emerge da Ordem Jurídica, notadamente da Constituição, com a observação dos aspectos linguísticos sistemático e funcionais.²⁶

Como se percebe então, os princípios servem para dar atualidade à norma, colaborando com sua interpretação, pois a maneira de interpretá-los evolui com o tempo, atualizando os valores.

Diante de tais premissas básicas e elementares dentro dos contextos da concretização do núcleo dos direitos fundamentais, tais direitos estão distribuídos nos mais diversos contextos da pessoa, como o direito à vida plena, como a assistência à saúde, nela incluindo o fornecimento de medicamentos e exames, direito a educação, com vaga garantida na escola desde a pré-escola até ao acesso à universidade pública.

O direito à moradia digna, direito ao trabalho como mecanismos de subsistência, o direito ao meio ambiente saudável, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, com banimento de preconceito que o iniba, o direito a globalização e a internet, inclusive como mecanismo de acesso ao direito ao conhecimento e a comunicação, o direito a bioética e a genética.

²⁵BOBBIO, Norberto. *Op. Cit*, p.93-94.

²⁶Ibidem, p. 196.

3. O NÚCLEO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ingo Wolfgang Sarlet diz que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor-fonte (princípio normativo) atrai o conteúdo dos Direitos Fundamentais e pressupõe o reconhecimento, garantia e a proteção dos direitos em todas as dimensões. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os Direitos Fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando a própria dignidade, que é um pressuposto do Estado Democrático de Direito Brasileiro. (SARLET, 2001, p. 87).

Afirma ainda esse Autor que a dignidade da pessoa humana deve ser considerada na pessoa em sua individualidade, que a faz merecedora de respeito e consideração por parte do Estado e da Comunidade, no que implica exatamente em um complexo de direitos e deveres fundamentais contra todo ato aviltante, degradante, desumano e a garantia de uma existência dentro de condições mínimas para uma vida saudável e a compartilhar a própria existência com os outros seres humanos.²⁷

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seguindo a orientação mundial, pela primeira vez, estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) que, segundo Alexandre de Moraes, consagra uma dupla concepção: a) um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos e (b) um dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes, expresso pela exigência do indivíduo em respeitar a dignidade de seu semelhante, da mesma forma que a Constituição exige que a respeite. (MORAES, 2002, p. 129).

A dignidade resguarda o mínimo existencial, levando-se em conta a circunstância do ser humano, *impedindo o seu ultraje*, ainda que se trate de um criminoso, de modo que a Constituição Pátria veda, expressamente, a pena de morte, prisão perpétua, banimento, tortura e penas cruéis (Art. 5º, Incisos XLVII e XLVIII).

As chamadas garantias constitucionais a conferir-lhe a efetividade, eis que, a simples afirmação desses direitos não significa, contudo, a sua intangibilidade, eis

²⁷ Ibidem, p. 62.

que podem ser violados, sendo indispensáveis medidas que os tornem plenamente exequíveis.

Desse modo, a própria Constituição Federal dispõe de mecanismos de garantia de direitos, como por exemplo, se alguém tem por ameaçado, o direito constitucionalmente assegurado de ir e vir, o instituto do *habeas corpus* é o remédio que se utiliza quando esse direito é ilegalmente violado, ou ainda, da mesma forma quando subtraído o direito ao devido processo legal e imposta determinada decisão judicial ou administrativa, de constrição de determinado bem sem que tenha a pessoa feito parte da relação processual, podendo ser aplicado o remédio do mandado de segurança, por atingir direito líquido, certo e exigível reconhecido e positivado na Constituição Federal, ao processo justo, com paridade de partes, com o direito ao devido processo legal e seus desdobramentos, ampla defesa e os recursos a mesma inerentes.

Trata-se de proteção subjetiva das liberdades.

Entretanto, é preciso também considerar que os direitos e garantias fundamentais positivados na Constituição não são ilimitados.

Não é porque detêm o status de fundamentais que podem ser contrapostos de forma irrestrita nem absoluta contra quaisquer outros interesses.

Afinal, pode acontecer um choque de interesses entre pessoas que detenham todos os direitos fundamentais frente ao caso concreto.

Tanto ao legislador quando ao titular são impostos limites, de um lado o correto uso das liberdades e do outro não conceber o abuso que viesse a comprometer o exercício dos direitos fundamentais.²⁸

Assim, se ocorresse tal choque entre detentores de direitos comuns, ainda que constitucionalmente assegurados, a solução seria simples dar-se-ia precedência aos detentores dos direitos fundamentais. Mas como resolver a questão quando o choque se dá entre detentores de direitos fundamentais?

A solução reside na via interpretativa, por meio da qual será necessário reduzir o âmbito de alcance de um dos direitos fundamentais à vista do outro, que possa ser considerado ainda mais fundamental.

²⁸ Ibidem, p. 27.

Por exemplo, o direito à vida e à liberdade são ambos direitos fundamentais, mas não resta dúvida de que aquele é mais fundamental que este. Assim, o direito à liberdade terá que ser mitigado se entrar em choque com o direito à vida.

Mas nem mesmo o direito à vida é ilimitado, em caso de guerra externa, por exemplo, é cabível, no sistema brasileiro, a pena de morte, o que configura uma clara restrição a esse direito, assim como há o permissivo legal de se tirar a vida de outrem se em legítima defesa.²⁹

Há distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos.

Os direitos fundamentais são aqueles positivados no direito constitucional positivo de um Estado, e os direitos humanos relacionam-se com os documentos de direito internacional.³⁰

Vale trazer a superfície e à consideração de que há distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos. Os direitos fundamentais são aqueles positivados no direito constitucional positivo de um Estado, e os direitos humanos relacionam-se com os documentos de direito internacional.³¹

Os direitos fundamentais estão assegurados na Constituição pátria e os instrumentos para assegurar sua efetividade e respeito também estão assegurados na própria Carta.

O direito a tutela jurisdicional é uma garantia processual e ao mesmo tempo um direito fundamental. A garantia da tutela pelo Poder Judiciário enseja oportunidade de interposição de medidas judiciais para fazer valer os direitos fundamentais. O art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 consigna que *“Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada... não tem Constituição.”* (GRECO, 1995. P. 14).

A tutela jurisdicional se desenvolve a partir da provocação ao judiciário pela via do acesso ao judiciário para receber a resposta sobre o pedido formulado tanto envolva uma relação entre os particulares quanto esses e o Estado.

A garantia de acesso à justiça está prevista no art. 5º. Inciso XXXV da Constituição da República de 1988.³²

²⁹MORAES, Op. Cit, p.27.

³⁰Ibidem.

³¹Ibidem.

³² Ibidem, p.14.

O instrumento para o exercício dessa tutela é o processo, que é legitimado por *linhas-mestras* estabelecidas pela própria Constituição mediante a imposição de sanção em decorrência da não observância dos preceitos fundamentais, consistindo em verdadeira garantia para a efetivação e eficácia dos direitos. (DINAMARCO, 2005, p. 214).

Assim é que, a própria Constituição estabelece alguns princípios direcionados ao desenvolvimento do processo seja na matéria constitucional ou qualquer outro tipo de conteúdo, seja cível, penal, trabalhista, que são os seguintes princípios: o *devido processo legal, a inafastabilidade do controle jurisdicional, o da igualdade, da liberdade, do contraditório e ampla defesa, juiz natural, publicidade e o duplo grau de jurisdição*, além da exigência técnica da motivação das decisões, como projeção do princípio do *due process of law*.³³

As garantias dos direitos fundamentais são objeto do Direito Processual Constitucional, que trata dos institutos processuais de tutela constitucional dos direitos fundamentais, dos conflitos entre órgãos do Estado e de tutela dos princípios e normas da própria Constituição. Destacam-se entre elas o Hábeas Corpus, o Mandado de Segurança, o Mandado de Injunção, o Hábeas Data chamadas ações constitucionais típicas apropriadas para assegurar o gozo dos direitos violados ou que estejam na iminência de serem violados, ao lado das ações de controle judiciário de constitucionalidade das leis.³⁴

O § 1º. Do art. 5º. Da Constituição da República, de cunho principiológico, *impõe que os órgãos estatais e os particulares outorguem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais*, enquanto considerados como mandados de otimização ordenadores de que sejam concretizados na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e reais, na reserva do possível. (SARLET, 2004, p. 373).

A outorga dos *direitos fundamentais de aplicação imediata no Brasil*, que vincula direta tanto ao Estado quanto aos particulares, a teor do § 1º. do art. 5º. da Constituição, guarda relação com a assimetria social que constitui o tecido populacional numa desigualdade real que exige do legislador, do aplicador e intérprete do direito um especial esforço para equilibrar as relações, atento a princípios como o da solidariedade social e a dignidade da pessoa humana e da

³³Ibidem, p. 216.

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini.Op. cit.,p.7-8.

função social da propriedade e nessas condições implementar a aplicação imediata. (TEPEDINO, 2000).

No Brasil, constituído por uma sociedade muito injusta e assimétrica, onde ainda vivem abaixo da linha da pobreza milhões de habitantes, e tantos outros milhões abaixo da linha da miséria, segundo estatísticas, e o que se verifica diretamente a patente a desigualdade social que nem mesmo precisa ser averiguada, com instituições e pessoas que preservam o ranço escravocrata, apresenta-se um cenário onde se justifica a tutela dos direitos fundamentais nas relações privadas para banir a opressão, a exploração e a violência, elementos da realidade social que serviram para que direitos fundamentais na esfera jurídico privada no ordenamento pátrio fosse estabelecido de forma direta e imediata, numa escolha feita pelo próprio Constituinte. (SARMENTO, 2003, p. 247).

Gustavo Tepedino também comunga com a ideia da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, na vertente da humanização e solidarização do Direito Civil, tendo como pilar a dignidade da pessoa humana.³⁵

A expressão dignidade da pessoa humana encontra-se colocada na Constituição de uma forma semântica, aberta à interpretação para que possa ser preenchido o seu real significado no momento da concretização. (BARCELOS, 2002, p. 198).

O legislador constituinte imprimiu na Constituição da Federal tal forma de proteção à dignidade da pessoa humana, para que o intérprete e aplicador da garantia tenha um amplo meio de aplicar tal princípio nas mais diversas situações onde esteja sendo violado o corra o risco de ser o direito da dignidade da pessoa humana.

Daí porque os direitos implícitos, aparelhados aos direitos individuais explícitos, podem ser compreendidos como aqueles que estão subentendidos e não enumerados nas garantias fundamentais dos direitos individuais decorrentes do regime e dos tratados internacionais.³⁶

Sem sombra de dúvida porque a Constituição Pátria ao referir-se a direitos decorrentes do regime e dos princípios, estabelecem a abertura para reconhecimento de direitos fundamentais não-escritos, abrangendo, portanto, os não positivados, estando aí entendidos os direitos implícitos, em face da abertura do art.

³⁵TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil. Op. Cit.*, 49.

³⁶ SILVA, José Afonso, *Op. Cit.* p..

5º. § 2º. Da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conferindo função hermenêutica a atribuição da noção de direitos implícitos.³⁷

Assim é porque nem a Constituição nem outro texto pode especificar todos direitos, ou mencionar todas as liberdades. As leis ordinárias, a própria doutrina e a jurisprudência, os tratados internacionais vão completando o sistema. Entretanto, nenhuma inovação se admite que seja antagônica ao regime, nem aos princípios firmados pela Constituição.

Do que pode-se inferir que é constitucional não somente o que está escrito na Constituição mas assim também tudo o que pode ser deduzido do sistema, e de forma universal aqueles expressos nos tratados internacionais do qual o Brasil faça parte.”³⁸

Para identificação desses direitos implícitos, decorrentes das garantias e direitos individuais e dos princípios, há que ser considerado que a Constituição pátria, no Título I, art. 1º. A 4º., que trata dos princípios fundamentais e assenta seu alicerce básico do Estado Social e democracia de Direito da República Federativa, serve de bússola norteadora para o alcance das expressões “*regime*” e “*princípios*”, uma vez que compatibilizados com o sentido dos direitos do catálogo de direitos fundamentais, eis que os direitos integrantes do catálogo e os que não são, sejam escritos ou não, guardam relação com os princípios fundamentais da Constituição.

Por exemplo, o direito à vida relaciona-se diretamente com a dignidade da pessoa humana, os direitos políticos relacionam-se com o princípio democrático.³⁹

O art. 1º, Inciso III da Constituição que abriga a dignidade de pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, é o valor unificador de todos os direitos fundamentais, e, serve também para legitimar o reconhecimento dos direitos fundamentais implícitos.⁴⁰

Vale destacar *que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca que existe enquanto ser humano, sendo irrenunciável, inalienável, não pode ser retirada pois lhe é inerente*, ensejando a faculdade de autodeterminação de cada um. É a capacidade de tornar-se consciente de si mesmo e de autodeterminar-se.⁴¹

Então, e nesse diapasão, os direitos fundamentais podem ser organizados em três grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Constitucional e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. (HARBELE, 1997, p. 55)

³⁷ SARLET, *op. cit.* p.99.

I

³⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários a Constituição Brasileira*. Volume, III, São Paulo: p. 175.

³⁹ *Ibidem*, p 106.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 107.

⁴¹ *Ibidem*, p.115.

A Constituição Federal cita expressamente os brasileiros e estrangeiros residentes no país (art. 5º, caput) *como destinatários desses direitos*.

Quanto aos estrangeiros em trânsito e não residentes no país, a luz da interpretação sistemática e da unidade da Constituição, esses também são dignos dessa proteção, desde que estejam em território nacional, assim estendida a proteção as pessoas jurídica, que estejam desenvolvendo atividades de negocio no país.

O dever de garantir, nas mais diversas relações, a dignidade da pessoa humana, é do Estado e também dos particulares, como linhas acima mencionado.

O Brasil é um país que ainda não conseguiu modificar minimiza a assimetria que torna as camadas sociais bem distantes, ainda existindo deficiência e por vezes ausência do poder público, por exemplo, na saúde, onde faltam médicos, remédios, pessoal paramédicos, postos de saúde, vacinas, entre outros, chegando mesmo a não haver possibilidade real de acesso das pessoas a uma assistência médica, por ausência total dessa assistência em determinados locais do território brasileiro.

Por outro lado, embora em outros locais possa haver hospital, médico, as condições de atendimento é precária, sem ambiente adequado para internação, ausência de controle de infecções, falta de remédio e de aparelhagem para exames necessários, *o que provoca agravamento das patologias e mesmo a precipitação do óbito*, como de comum ocorrência na maior parte dos hospitais do país, falhando, assim, o Estado assim considerado nas suas três dimensões: Federal/Estadual/Municipal, (eis que todos responsáveis pelo implemento da saúde).

Por outro lado, o direito a moradia não encontra melhor situação, havendo imenso déficit imenso, não havendo um planejamento real e seguro para oportunizar o acesso, muitos brasileiros e brasileiras residindo em palafitas, abrigos em locais de difícil acesso e risco real de desabamento, sem a mínima fiscalização e solução pelo poder público.

O direito a educação também não encontra melhor situação. Faltando desde as creches para os bebês até universidades que possam acolher os jovens que terminam o segundo grau e não têm condições financeiras de arcar com os valores das universidades particulares.

Não se pode considerar que a Constituição seja apenas um pedaço de papel, como argumentou Ferdinand Lassalle (1985), mas sim é algo de real e dotado de

força normativa como afirmou Konrad Hesse (1991), e que deve ser concretizada, pelo menos quanto ao mínimo existencial é aí compreendido pelo menos o direito a moradia, a saúde, ao trabalho e a educação, sem o que é aviltar e apequenar a pessoa humana, em patente contradição e desrespeito com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, núcleo dos direitos fundamentais que é a dignidade da pessoa humana.

O Estado é representado por seus governantes, e a tais cabe a responsabilidade de cumprir o juramento que fazem quando assumir o poder, de cumprir a Constituição, contudo, a implementação de políticas públicas reais que espelhem o comando constitucional, de modo a gerar condições para que seja garantido o mínimo existencial, observado e concretizado o direito a saúde/saneamento básico, ao trabalho, a educação, e moradia e por consequência a alimentação digna e ao meio ambiente saudável, a proporcionar, assim, ao povo brasileiro condições de promover o seu autodesenvolvimento de modo a contribuir para o próprio crescimento do país, retirando o país das nebulosas estatísticas de pessoas abaixo da linha da pobreza, formando uma nação de pessoas que tenham acesso ao conhecimento, a formação intelectual mais profícua através de acesso a cursos e formação profissional, dignificando, desse modo, os próprios governantes e o país.

O governo é formado através do processo democrático, e os eleitos defendem em suas campanhas plataformas de trabalho, quem muitas vezes não cumprem ao serem eleitos, rompendo o compromisso assumido com o povo e maculando a Constituição Federal, ao não cumprir suas diretrizes e fundamentos.

Dentro desse viés, a poder público, através do judiciário, tem sido acionado reiteradamente, para garantir o mínimo existencial aos seus cidadãos jurisdicionados, como é o caso de garantir a internação de pessoas doentes graves, o fornecimento de medicamentos através de sequestros de verbas dos poderes públicos, do fornecimento de alimentação através das secretarias de assistência e da família dos poderes, à pessoas que passam por privações de alimentos, entre outros, constituindo-se o poder judiciário garantidor do cumprimento de alguns desses direitos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada por uma assembleia constituinte eleita para tal, elaborou uma constituição que conta com dispositivos importantes no sentido de garantir o implemento das dimensões dos direitos, especialmente com mecanismos direcionados a promoção do núcleo dos direitos fundamentais, assim considerado o mínimo existencial.

Eles devem ter aplicação imediata, *mas que não produz eco na realidade do momento, seja quanto aos direitos de primeira geração alusivo a vida e as liberdades.*

Seja quanto aos direitos sociais como a saúde, educação, trabalho e as garantias trabalhistas.

Os de terceira geração como o direito ao meio ambiente saudável, a comunicação, direito de propriedade.

Na quarta geração estão o direito a democracia, a engenharia genética, a informação e ao pluralismo, e os de quinta geração que, segundo Paulo Bonavides seriam aqueles relacionados ao efetivo exercício da democracia participativa e a paz.

É necessário, então, que realmente o processo democrático participativo seja melhor implementado e concluído por todo o povo brasileiro, em profunda reflexão sobre os governantes que elege.

Porquanto são os mesmos que dirigem a nação de que, a rigor, deveriam cumprir os comandos constitucionais, e no caso aqui analisado, quanto ao implemento da garantia do núcleo dos direitos fundamentais que é a dignidade da pessoa humana, pelo menos no que diz respeito ao mínimo existencial.

Esse, o foco do tema ora desenvolvido, *não se mostra real no momento convivido no país, como efetivar tal implemento no seio da sociedade brasileira, assimétrica e angustiada pelas dificuldades de acesso a saúde, educação, trabalho, meio ambiente saudável enquanto mínimo existencial como alicerce ao seu livre desenvolvimento da personalidade?*

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria De Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, primera reimpressão.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Camus, 1992
- BARCELOS, Ana Paula. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*_ Volume III, São Paulo: Saraiva, 1998,
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 214.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo*. In *Novos Estudos Jurídicos – Revista Trimestral do Curso de Pós-Graduação Strictu Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*. Santa Catarina: UNIVALI, 1995.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários a Constituição Brasileira*. Volume, III, São Paulo: Forense.
- MORAES, Guilherme Braga Pena de. *Dos Direitos Fundamentais- Contribuição para uma Teoria*. São Paulo: LTR, 1997.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais- Teoria Geral – comentários aos arts. 1º. A 5º. Da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência*. 2ª. Edição. São Paulo: Atlas, 1998.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo.
- PLATÃO. *Apologia a Sócrates*. In *Coleção Mestres Pensadores*. São Paulo: Escala Editores, 2005.

RIBAS, José Vieira, *A Constituição Federal de 1988 e um Modelo de Direitos Fundamentais incompleto*.in CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.) 1988-1998 *Uma Década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional Positivo*. 23ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição 458-CE. Relator Ministro Celso de Mello. Brasil: Diário Oficial, publicação em 26 de fevereiro de 1988. Disponível em www.stf.gov.br, acesso em 05.07.2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os Chamados Microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In *TEPEDINO, Gustavo, (Organizador), Problemas de Direito Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DOSSIÊ



O RESPEITO AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA APÓS DISPENSA DE PROCESSO LICITATÓRIO MOTIVADO POR SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA

RESPECTO POR EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DESPUÉS DE LA EXENCIÓN DE UN PROCEDIMIENTO LICITARIO MOTIVADO POR EMERGENCIA

RESPECT FOR THE PRINCIPLE OF PERSONALITY IN PUBLIC CONTRACTING AFTER EXEMPTION OF A LICITORY PROCEDURE MOTIVATED BY EMERGENCY

Valdeci Ataíde Capua¹

Margareth Brandina Barbosa²

Auner Pereira Carneiro³

¹Prof. Pesquisador no GPIDMR–Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal-Regional.Itop-UENF/UNIFLU/CNPq. M.Sc. Relações Privadas e Constituição. FDC-RJ. Servidor do Tribunal de Justiça do ES. FAMESCBI-RJ.

²Profa. Pesquisadora no GPIDMR – Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal-Regional.Itop- UENF/UNIFLU/CNPq. Farmacêutica. Especialista em atenção primária à saúde. Centro Universitário São Camilo-ES. FAMESCBI-RJ.

RESUMO:

O artigo em comento estuda o fenômeno sobre o respeito ao princípio da impessoalidade na contratação pública após dispensa de processo licitatório motivado por situação de emergência. Nesse sentido, foram realizados estudos por meio de leituras e fichamentos no procedimento de pesquisa bibliográfica e a coleta de dados em sites oficiais. Como resultado, depreende-se que a contratação direta realizada pela administração pública, mediante dispensa de licitação, em situações de emergência decorrente da falta de planejamento, apesar de indesejada, não configura ilicitude alguma, desde que revestida das cautelas necessárias para garantia do atendimento aos princípios administrativos e apuração das causas e responsáveis. Conclui-se que, no momento da contratação direta motivado por dispensa do processo licitatório, é preciso uma observância total ao princípio da impessoalidade para que, ao contratar sem licitar o administrador não o faça de forma pessoal, mas sempre ao interesse maior público.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Impessoalidade. Contratação Pública. Processo licitatório.

RESUMEN:

El artículo revisado estudia el fenómeno del respeto al principio de impersonalidad en la contratación pública después de prescindir de un proceso de licitación motivado por una situación de emergencia. En este sentido, los estudios se llevaron a cabo a través de lecturas y registros en el procedimiento de investigación bibliográfica y la recopilación de datos en sitios web oficiales. Como resultado, parece que la contratación directa llevada a cabo por la administración pública, por exención de licitación, en situaciones de emergencia resultantes de la falta de planificación, a pesar de no ser deseada, no constituye ninguna ilegalidad, siempre que esté cubierta con las precauciones necesarias para garantizar el servicio a los clientes. principios administrativos e investigación de causas y responsables. Se concluye que, en el momento de la contratación directa motivada por la renuncia al proceso de licitación, es necesario observar plenamente el principio de impersonalidad para que, al contratar sin licitar, el administrador no lo haga de manera personal, sino siempre en el mayor interés público.

PALABRAS CLAVE: Principio de personificación. Contratación pública. Proceso de licitación

³ Doutor USP-SP. Coordenação 2008-2016. Pesquisador no Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal Regional. <http://lattes.cnpq.br/3337902004026180> . E-mail: aunerix@yahoo.com.br

ABSTRACT:

The article under study studies the phenomenon about the respect of the principle of impersonality in public procurement after exemption from bidding process motivated by emergency situation. In this sense, the studies were performed through readings and records in the procedure of bibliographic research and data collection on official websites. As a result, it appears that the direct hiring performed by the public administration, through exemption from bidding, in emergency situations arising from the lack of planning, although unwanted, does not constitute any illegality, provided it has the necessary precautions to ensure compliance with administrative principles and determination of causes and those responsible. It is concluded that, therefore, that in the moment of direct hiring motivated by the dismissal of the bidding process, it is necessary to observe the principle of impersonality so that, when hiring without bidding the administrator does not do it personally, but always in the interest largest audience.

KEYWORDS: Principle of Impersonality. Public procurement. Bidding process.

1. INTRODUÇÃO

Em um dos tópicos mais relevantes no que concerne à Administração Pública, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, elenca em seu art. 37 inciso XXI o conteúdo que versa sobre as obras, serviços, compras e alienações sejam contratados mediante processo de licitação pública de forma a assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes - obviamente com exceções à regra da licitação, que devem ser previstas em lei - como é o caso da contratação direta, mediante dispensa, no caso de emergência.

Está claro que o legislador entendeu que a contratação direta emergencial deve se pautar em situações excepcionais - momento em que um fato extraordinário, que por sua vez foge à previsibilidade ordinária do administrador - traz a necessidade irresistível de a Administração contratar, em curto espaço de tempo, fator este que se mostra incompatível com a tramitação de uma licitação.

Observa-se que não há cometimento de improbidade administrativa – sequer crime de dispensa indevida de licitação – nas ações da administração que, motivado por algum problema administrativo, se vê na necessidade de efetuar contratação direta para

satisfazer o interesse público e assim evitar um mal maior, num juízo de proporcionalidade, a ponto de deixar a população desprovida do resultado da contratação.

A Orientação Normativa da Advocacia Geral da União nº 11 de 1º de abril de 2009 destaca que “A contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei”.

Dessa forma então a contratação direta realizada pela administração pública, mediante dispensa de licitação, em situações de emergência decorrente da falta de planejamento, apesar de indesejada, não configura ilicitude alguma, desde que revestida das cautelas necessárias para garantia do atendimento aos princípios administrativos e apuração das causas e responsáveis.

Assim, este estudo vem discutir as contratações diretas realizadas pela Administração Pública nos casos mais usuais da dispensa de licitação, uma vez que sabe-se ser indispensável, no Direito Público Brasileiro, a obrigatoriedade de licitação, embora, como toda regra tem exceção, a carta constitucional, em seu artigo 37, inciso XXI, bem como, o Estatuto das Licitações, e dar vazão às situações que sejam necessárias a contratação direta, o que torna a licitação dispensável, dispensada ou inexigível, desde que preenchidos os requisitos previstos na lei conforme seguem as reflexões neste artigo.

2. COMO CONCRETIZAR AS ASPIRAÇÕES DE FECHAMENTO DE QUALQUER ESPÉCIE DE CONTRATO OU ACORDO COM TERCEIROS

No intento de se realizar um bom negócio, em qualquer sociedade, o indivíduo busca, antes de qualquer coisa, a melhor oferta que lhe possa ser oferecida para concretizar suas aspirações de fechamento de qualquer espécie de contrato ou acordo com terceiros. Porém, como pessoa particular, essa é uma opção facultativa, benefício contrário à obrigatoriedade que se registra nas normas que regem as pessoas de direito público como a União, o Estado-Membro, Distrito Federal e Municípios.

Assim, tais entidades públicas, diante da obrigatoriedade de abrir um processo para contratação de produtos ou serviços diversos, ao levar em conta, sempre, o estabelecimento de critérios que devem estar devidamente calcados sob os princípios

constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência - de forma que se dê clareza ao processo de licitação e se passe a devida impressão de estar de acordo com todos os pontos que concorrem para o real interesse da entidade.

A seleção dessa melhor proposta, feita segundo os critérios objetivos previamente estabelecidos, ocorre entre as apresentadas por interessados que pretendem contratar com a entidade obrigada a licitar e que atenderam ao seu chamamento, promovido mediante instrumento convocatório disciplinador de todo o procedimento, denominado, por alguns, lei interna da licitação e do contrato. (GASPARINI, 2006).

Dessa forma, é possível enveredar pelas duas primordiais finalidades da licitação: proporcionar, as pessoas a ela submetidas, a obtenção da proposta mais vantajosa e que melhor atenda, inclusive, em termos financeiros aos interesses da entidade licitante. E, conseqüentemente, dar igual oportunidade aos que desejam contratar com essas pessoas.

É possível entender que essa obrigatoriedade decorre de forma genérica (elencada no art. 37, XXI da Constituição Federal) ou específica (pelas normas do art. 175), caso contrário, a exigência decorreria do princípio da igualdade. De sorte que a licitação seria exigida, como, aliás, sempre foi, ainda que a própria Constituição Federal não mencionasse essa palavra.

De outro lado, a necessidade de sua realização pode estar ligada a um contrato (alienação, aquisição e locação de bens ou a execução de serviço e obras) ou a um ato (permissão de uso de bem público) que quer celebrar. Em suma, a promoção desse procedimento pode estar vinculada a qualquer negócio desejado pela entidade obrigada a buscar a melhor proposta, desde que possa ser atendida por mais de um interessado.

Por tudo isso, o conceito de licitação pode ser definido como o procedimento administrativo através do qual a pessoa ou ente a isso juridicamente obrigado seleciona, em razão de critérios previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido a sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse. A pessoa obrigada a licitar é denominada licitante e a que participa do procedimento da licitação, com a expectativa de vencê-la e ser contratada, é chamada de proponente ou licitante particular.

Some-se a esses conceitos destacados o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, onde se encontra explícito que no momento em que houver uma relação jurídica que envolva um particular e a Administração Pública, a

mesma gozará de prerrogativas materiais e processuais, as quais não podem ser conferidas ao cidadão comum. (OLIVEIRA, 2006).

Tal prerrogativa se dá devido ao fato de que os eventuais e temporários administradores e gestores públicos buscam defender, pelo menos teoricamente, não um interesse próprio, mas sim coletivo e de toda a sociedade – o que acaba por lhe incumbir o favoritismo sobre o interesse particular de qualquer indivíduo.

O processo é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. (MEIRELLES, 2001).

Trata-se de um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzidos por um órgão dotado de competência específica. (JUSTEN FILHO, 2005).

A licitação pública pode ser entendida como um procedimento de direito administrativo a que, em geral, os entes públicos estão sujeitos como medida prévia à escolha dos seus contratos, que podem ser públicos ou privados. Trata-se de um precedente necessário de todo os contratos administrativos, com o fim de proporcionar à Administração a proposta mais vantajosa e dar oportunidade a todos de oferecerem seus serviços ou mercadorias ao Estado. (BASTOS, 2001).

Quanto às finalidades da licitação, duas são as encontradas no seu âmbito e procedimento: as pessoas a ela submetidas, a obtenção da proposta mais vantajosa (que melhor atende, especialmente em termos financeiros aos interesses da entidade licitante), e para dar igual oportunidade aos que desejam contratar com essas pessoas, consoante o art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93, com as alterações introduzidas posteriormente pelas Leis federais nº 8.883/94 e 9.648/98 e 9.854/99. Essa lei, chamada de Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública ou simplesmente de Estatuto federal licitatório, regulamentou o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1993).

Ressalve-se que a primeira dessas finalidades pode ser frustrada, conforme Mello (2004) por vício jurídico ou insatisfação das propostas. É o que a doutrina denomina licitação fracassada, momento em que a Administração Pública opta por promover nova

licitação, exceto no caso do fracasso restar caracterizada uma situação de emergência em que a contratação será celebrada sem licitação, com base no inciso IV do art. 24 do citado Estatuto.

É mister mencionar o fato de o primeiro objetivo estar sujeito ao fracasso no momento em que, quando do chamamento, não ocorra qualquer proponente. É o que a doutrina chama de licitação deserta. Nesse caso, se o procedimento não puder ser repetido sem prejuízo para a Administração Pública licitante, obedecidas as condições da licitação tida por deserta, pode essa entidade contratar com quem por isso se interesse segundo art. 24 do Estatuto federal licitatório.

Dessa forma, numa situação contrária, no caso de não se causar prejuízo à entidade licitante, o procedimento deve ser renovado, contrário ao que é estabelecido pelo inciso V do artigo 24 da Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, já que licitar é a regra.

3. DA CONTRATAÇÃO DIRETA

Na posição que ocupa de ter o dever de assistir às necessidades públicas para atender as suas demandas e posteriores necessidades, o Estado inevitavelmente deve realizar despesas públicas que, devido a princípios gerais do Direito Administrativo como o da impessoalidade e da moralidade administrativa, pressupõem o processo da licitação nesses casos. Logo, a licitação nada mais é do que um instituto fundamental para que o Estado não possa escolher a quem contratar e proporcione da forma mais ampla e isonômica possível, a participação de todos os interessados.

Entretanto, prevendo alguns casos excepcionais que o próprio Estado possa enfrentar, o constituinte previu uma ressalva para os casos especificados na legislação, estabelecendo uma regra e conferindo ao legislador a competência para, por intermédio de lei ordinária, definir situações fatídicas o suficiente para excluir o dever de licitar – momento em que surge o instituto da contratação direta.

Assim sendo, nas hipóteses de contratação direta destaque-se a dispensa de licitação nos casos de **emergência**, prevista no art. 24, IV da Lei 8.666/93 que é largamente utilizada no âmbito da Administração Pública. (BRASIL, 1993):

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos. (BRASIL, 1993).

Some-se a essa hipótese o parágrafo único do Art. 26 da mesma Lei que destaca que o processo de dispensa, de inexigibilidade ou retardamento previsto aqui será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; Entretanto, para evitar abusos decorrentes de ações de improbidade administrativa a legislação prevê que alguns pressupostos da contratação de emergência estejam presentes para a efetivação dos procedimentos previstos em lei.

Em face do exposto, vale dizer, portanto, para que a contratação direta fundamentada nos casos de emergência seja realizada de forma lícita, necessário se faz a presença dos seguintes requisitos: a urgência concreta e efetiva de atendimento; a plena demonstração da potencialidade do dano; a eficácia da contratação para elidir tal risco, bem como a imprevisibilidade do evento. (BRASIL, 1993).

A explanação acima, indica o entendimento do Tribunal de Contas da União, vem também dissertar sobre um caso emergencial, no momento em que se posiciona sobre o assunto para afirmar que [...] para a regularidade da contratação por emergência é necessário que o fato não decorra da falta de planejamento, deve existir urgência concreta e efetiva de atendimento, exista risco concreto e provável e a contratação seja o meio adequado de afastar o risco. (TCU. PROCESSO N° 014.243/93-8. DECISÃO N° 374/1994 – PLENÁRIO).

O que fica claro nestes casos, destaca Justen Filho (2005), é explicitar o fato de que não se trata, pois de urgência teórica, mas da evidência concreta da situação emergencial presente, apontando-se dados que a evidenciam nas providências a serem tomadas para minorar ou evitar as consequências lesivas à sociedade.

4. O INSTITUTO DA INEXIGIBILIDADE NA LICITAÇÃO E SUA DISPENSA

Há que se considerar quando uma licitação é inexigível no momento em que houver inviabilidade de competição, sendo caracterizadas as situações no conteúdo do art. 25 caput da Lei de Licitações que versa ser inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição.

Ao se comparar estes dois conceitos presentes no universo da licitação, obviamente fica clara a diferença entre ambos, pois, no que concerne a inexigibilidade, se está diante de uma competição inviável, como, por exemplo, na hipótese do artigo 25, inciso I da Lei nº 8.666/93 destinado aos casos de aquisição de materiais, equipamentos e gêneros que tenha apenas um produtor, empresa ou representante comercial, impossibilitando, deste modo, a competição. (BRASIL, 1993).

Entretanto, há que se mencionar o fato de que, na presença de condições de competição para os produtos, em observância fiel ao próprio princípio constitucional da obrigatoriedade da licitação, a inexigibilidade da licitação passa a ser suspensa. Quanto a dispensa, a mesma se torna viável no que diz respeito a realização do procedimento licitatório, embora ele não seja realizado devido a algumas, previstas em lei, que rezam pela não instauração do certame.

[...] além de garantir a fiel observância do princípio da isonomia, a licitação visa à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração que irá, futuramente, contratar com o particular, e isso somente é possível com a competição que se instaura a partir do procedimento licitatório. Todavia, há situações práticas, reconhecidas pela lei, em que a competição não pode ser estabelecida. Nesses casos, a lei reconhece a licitação como inexigível. (NETO, 2002; p.38).

Para enfatizar a diferença entre tais institutos, vale ressaltar as palavras de Furtado (2001) quando afirma que a diferença básica entre as situações de dispensa e inexigibilidade reside no fato de que na primeira, haveria a possibilidade de competição, de modo que seria possível a realização de licitação, ao passo que na segunda, inexigibilidade, não haveria competição, pois só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.

Parte da compreensão do instituto da dispensa de licitação pode se dar no momento em que enuncia sobre a existência desse procedimento ao par das normas estabelecidas por lei:

[...] o procedimento licitatório é revestido de relativa complexidade, o que compromete, em alguns casos, a satisfação do interesse público. Nesses casos, sacrificam-se alguns valores, como a licitação, em prol da sociedade. A criação desse instituto, pois, foi justificada pelo legislador pátrio como uma tentativa de amparar os casos em que a licitação formalista seria muito dispendiosa e causaria prejuízos ao Poder Público e/ou à sociedade. No entanto, a contratação direta não significa inaplicação dos princípios básicos que orientam a função administrativa, nem se caracteriza como uma livre atuação administrativa. Assim, o administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo, onde as formalidades são suprimidas ou substituídas por outras, além de obedecer aos princípios constitucionais explícitos e implícitos constantes do art. 37, caput. (NEVES, 2011; p.08).

E é dentro desse instituto da contratação direta que se destaca a anteriormente citada dispensa de licitação nos casos de emergência (art. 24, IV da Lei 8.666/93), largamente usada na Administração Pública desse país, assim como as hipóteses de licitação dispensada e que configuram enumeração exaustiva por muitos autores, previstas no art. 17, I e II da Lei nº 8.666/93.

5. DISPENSA DE LICITAÇÃO MOTIVADA POR SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA E O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

A dispensa de licitação motivada por situação de emergência figura como uma das formas de contratação direta, prevista no art. 24, IV da 8.666/93 e vem sendo largamente utilizada no âmbito da Administração Pública em situações que, apesar do uso adequado pela urgência no atendimento de forma a se evitar algum dano à sociedade ou à própria Administração, tal dispositivo, não raro, desviado de sua função por gestores públicos que ignoram sua real finalidade para cometerem atos de improbidade administrativa para alcance de fins particulares ao direcionar a real intenção do agente para outros fins que não o social.

Daí ser imprescindível a fiscalização e controle do Ministério Público e Tribunais de Contas coibindo junto aos três poderes para cessar condutas imorais e juridicamente reprovadas. Logo, defende Alexandrino & Paulo (2014), vem-se analisar o instituto da

dispensa de licitação movida por situação de emergência, à luz do princípio da impessoalidade ao destacar alguns de seus principais pontos, pressupostos e limitações à contratação, assim como abuso de poder por administradores públicos. Seguem as situações em que não haverá, ou poderá não haver, licitação prévia:

Há inexigibilidade quando a licitação é juridicamente impossível. A impossibilidade jurídica de licitar decorre da impossibilidade de competição, em razão da inexistência de pluralidade de potenciais proponentes. Há dispensa de licitação quando esta é impossível, ou seja, há possibilidade de competição, mas a lei dispensa ou permite que seja dispensada a licitação. Quando a lei, diretamente, dispensa a licitação, temos a chamada licitação dispensada. Na licitação dispensada, não haverá licitação, porque a própria lei dispensou. As hipóteses de licitação dispensada dizem respeito a alienações, pela administração, de bens ou de direitos sobre bens e estão arroladas no art. 17 da lei 8.666/93 nas alíneas dos incisos I e II do caput e nos seus §§ 2º e 4º. (ALEXANDRINO & PAULO, 2014; p.669).

É importante, no entanto, que se mencione o destaque dados pelos autores em relação à autorização de licitação dispensável e as responsabilidades que lhe são inerentes (ALEXANDRINO & PAULO, 2014).

Quando a lei autoriza a administração a, discricionariamente, deixar de realizar a licitação, temos a denominada licitação dispensável. Portanto, na licitação dispensável, a competição é possível, mas a administração poderá, ou não, realizara licitação conforme seus critérios de conveniência e oportunidade. Em qualquer caso, é obrigatória a motivação no ato administrativo que decida sobre a dispensa ou a inexigibilidade de licitação. No entanto, é mister ainda anotar que, sempre que a administração deixar de licitar, alegando estar configurada situação de inexigibilidade ou de dispensa, se for comprovado superfaturamento, responderão solidariamente pelo dano causado a fazenda pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis segundo art. 25, § 2º. (ALEXANDRINO & PAULO, 2014, p.669).

Quanto ao respeito ao princípio da impessoalidade na contratação pública após dispensa de processo licitatório motivado por situação de emergência, Carvalho Filho, reza que além dos casos de dispensa, o Estatuto contempla, ainda, os de inexigibilidade, onde o autor destaca a diferença entre ambos pelo fato de “*na dispensa, a licitação se faz materialmente possível, mas em regra inconveniente*”; enquanto, por outro lado, na inexigibilidade, defende, *é inviável a própria competição, uma vez que o conteúdo do art.*

25 deixa claro que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade. Carvalho Filho. (2014).

O legislador, após afirmar o sentido da inexigibilidade acrescenta ao dispositivo a locução “em especial” cuja interpretação, que parece correta, é a de, firmada a regra onde a inexigibilidade é inviável a competição, a lei enumera situações especiais nos incisos I a III de caráter meramente exemplificativo, não deve se excluir, pois, outras situações se encaixam no conceito básico. (CARVALHO FILHO, 2014).

Assim temos que há dois grupos nos quais se manifestam casos de inexigibilidade de licitação: de um lado os declarados nas discriminações enunciativas dos preceitos indicados; de outro, os albergados pelo enunciado *quando houver inviabilidade de competição*, inscrito no *caput* desses mesmos preceitos normativos. (GRAU, 1991, p. 32).

A diferença básica entre as hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação se dá pelo fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique o processo licitatório, pois a lei faculta a dispensa que fica inserida na competência discricionária da Administração. E, nos casos de inexigibilidade não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda as necessidades da Administração. Logo, a licitação é, portanto, inviável. (CARVALHO FILHO, 2014).

Existem, contudo, casos de dispensa que escapam a discricionariedade administrativa, por estarem já determinados por lei; como no artigo 17, I e II da Lei nº 8.666/93 (com redação dada pelas Leis nº 8.883/94, 11.196/05, 11.481/07 e 11.952/09), que dispensa a licitação quando se tratar de alienação de imóveis, nas seguintes hipóteses previstas no inciso I: a) dação em pagamento; b) doação; c) permuta; d) investidura; e) venda; f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso; g) legitimação de posse; h) alienação. (CARVALHO FILHO, 2014; p.82).

Para Carvalho Filho (2014), quanto aos casos emergenciais, a legislação prevê dispensa (situação, natural ou não, que destrói ou põe em risco a vida, a saúde ou os bens de certos agrupamentos sociais).

[...] a emergência há de ser reconhecida e declarada em cada caso, a fim de justificar a dispensa da licitação para obra, serviços, compras ou alienações relacionadas com a anormalidade que a Administração visa corrigir, ou com o prejuízo a ser evitado. Nisto se distingue dos casos de *guerra, grave perturbação da ordem* ou *calamidade pública* em que a anormalidade ou risco é *generalizado*, autorizando a dispensa de licitação em toda a área atingida pelo evento. (CARVALHO FILHO, 2014; p. 97).

Nos primórdios da República o Governo baixou um Decreto em 23 de outubro de 1890 que conceituava que a calamidade pública só pode ser considerada, em tese, além das secas prolongadas e devastadoras, dos grandes incêndios e inundações, e de outros flagelos semelhantes à invasão súbita de território de um Estado por moléstia contagiosa ou pestilencial, suscetível de grande expansão epidêmica, de disseminação rápida e de alta letalidade, diversa daquelas que só se desenvolvem ao favor da ausência de providências adequadas e do descuido no emprego dos meios conhecidos de profilaxia usual. (DECRETO Nº 914-A, DE 23 DE OUTUBRO DE 1890).

Atualizado e enquadrado nos moldes da sociedade em 2019, assim como nas suas mudanças populacionais e climáticas, o Decreto federal 67.347 de 05 de outubro de 1970, em seu art. 1º, ao estabelecer diretrizes e normas de ação para a defesa permanente contra as calamidades públicas, vem conceituá-las como “*a situação de emergência, provocada por fatores anormais e adversos que afetam gravemente a comunidade, privando-a, total ou parcialmente, do atendimento de suas necessidades ou ameaçando a existência ou integridade de seus elementos componentes*”. É a definição legal vigente de calamidade pública. (BRASIL, 1970).

Sobre calamidade pública pode-se ainda afirmar:

Partindo-se da ideia de que as calamidades públicas são males notórios que atingem o país, uma região ou um grupo numeroso de pessoas, causando perturbações profundas na coletividade e criando situações em que as necessidades humanas alcançam, inesperadamente, um elevado grau, está-se a ver que elas sempre exigem providências enérgicas, eficientes e imediatas dos Poderes Públicos. Note-se, entretanto, que para que se aceite um acontecimento como verdadeiramente calamitoso devem, antes, ser examinados os seguintes elementos: sua natureza; suas proporções; suas consequências; suas tendências para o desenvolvimento ou suas possibilidades de derivação no caso de não ser pronta e eficientemente debelado o mal. Esses aspectos não de ser ponderados de forma rápida, porém cuidadosamente, antes da prestação de socorro, a fim de se evitarem decisões precipitadas, liberalidades ou abusos. (PINHEIRO, 2007; p.114).

Segundo o Decreto do Estado de São Paulo nº 40.320/95 - que dispõe sobre as contratações emergenciais, com dispensa de licitação, no âmbito da Administração Estadual – encontra-se diferente definição de calamidade pública como *a situação de perigo grave, generalizada ou particularizada a uma região, decorrente de eventos da natureza, inundações, vendavais, secas, epidemias*.

No entanto, como fator indispensável à prestação dos serviços necessários pela entidade competente, fixa o inciso IV do art. 24 do Estatuto federal licitatório que, nas situações de emergência, como hipótese de dispensabilidade de licitação, deve prestar um atendimento imediato, sob pena inclusive de a procrastinação causar prejuízo ou comprometer a segurança dos administrados, de obras, de bens ou de equipamentos. As situações que assim se enquadram, e termos de atendimento e solução, são caracterizadas como emergenciais. (BRASIL, 1993).

Quanto à legalidade, é indispensável que, em ambos os casos, as situações devem caracterizar-se pela urgência no atendimento, de modo que não causem prejuízo ou comprometam a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares. Os contratos aqui não podem ser prorrogados e somente podem abranger os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e, assim mesmo, deve-se concluir as obras e serviços no prazo máximo de 180 dias, segundo art. 24, IV da Lei 8.663/93.

Nesse caso, o prazo, a princípio, deve ser considerado peremptório, para impedir o cometimento de desvios de finalidade, mas, ao atender ao espírito da norma, tem-se admitido a sua flexibilidade quando inviável a sua observância sem culpa da Administração. (PEREIRA FILHO, 2003).

Para Di Pietro (2001) o estado de calamidade pública se encontra definido pela Lei nº 5.376/05 (que dispõe sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil) como o *“reconhecimento pelo poder público de situação anormal, provocada por desastres, causando sérios danos à comunidade afetada, inclusive a incolumidade ou a vida de seus integrantes (art. 3º, IV)”*. O mesmo dispositivo, no inciso III, define a situação de emergência como o *reconhecimento pelo poder público de situação anormal, provocada por desastres, causando danos à comunidade afetada*.

6. CONCLUSÃO

Esse trabalho abordou aspectos o universo da contratação direta movido pela observância e respeito ao princípio da impessoalidade na contratação pública após dispensa de processo licitatório motivado por situação de emergência, de forma que sejam mantidas não apenas as regras defendidas por este princípio em questão, mas também que se observem outros princípios constitucionais, não menos importantes, como o da legalidade e moralidade dentro das ações da Administração Pública.

Embora decorra de obrigação constitucional, acabou sendo deixado por conta de legislação ordinária, a previsão de casos excepcional onde a licitação não seja uma obrigação e também onde as suas regras sejam aplicáveis.

Essa legislação deve ser aplicada nas três esferas de poder, federal, estadual e municipal e no Distrito Federal, seja pelos órgãos da administração direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades controladas direta ou indiretamente por uma das três esferas de poder, motivo mais do que suficiente para que se observe o princípio da impessoalidade nas contratações diretas e assim se cumpra a finalidade maior que é atender ao interesse público, mesmo que não se realizem os procedimentos licitatórios como nos casos das situações de emergência.

Dessa forma, no momento da contratação direta motivado por dispensa do processo licitatório, é preciso uma observância total ao princípio da impessoalidade para que, podendo contratar sem licitar o administrador não o faça de forma pessoal, mas sempre visando ao interesse maior público. Assim, no momento da contratação sem licitação devem ser evitadas oportunidades de não se ferir outros princípios, como o da moralidade, por exemplo, através de fraudes e atos diversos de improbidade administrativa que irão se unir as centenas de outros que formam um quadro de referência promovido por corrupção que deles deriva e que pode assolar o país.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M; PAULO, V. *Direito Administrativo Descomplicado*. São Paulo: Método, 2014.

BASTOS, C. R. *Curso de Direito Administrativo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Distrito Federal. Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislação/const/con1988/CON1988> . Acesso em 20.03.2019.

_____. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Seção 1.

_____. *Decreto nº 67.347, de 5 de Outubro de 1970*. Estabelece diretrizes e normas de ação para defesa permanente contra as calamidades públicas, cria Grupo Especial e dá outras providências. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-67347-5-outubro-1970-408879-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 15 abr. 2019.

CARVALHO FILHO, J. S. *Manual do direito administrativo*. 28 ed. São Paulo, Atlas, 2014.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 13. ed.- São Paulo: Editora Atlas, 2001.

FILHO, C. J. S. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

FURTADO. L. R. *Curso de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2001.

GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 17 ed. - São Paulo: Saraiva, 2006.

GRAU, E. R. *Inexigibilidade de licitação: aquisição de bens e serviços que só podem ser fornecidos por determinado agente econômico*. In RDP 100, 1991.

JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NEVES, L. D. C. *Dispensa de licitação por emergência e os princípios da moralidade e impessoalidade*. Conteúdo Jurídico, Brasília, dez. 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.34944&seo=1> . Acesso: 6 mar. 2019.

NETO, F. D. F. *Hipóteses de contratação sem licitação*. Revista de Direito e Administração Pública – L & C, nº 54, dezembro de 2002.

OLIVEIRA, C. B. *Manual de Direito Administrativo*. 3.ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

PEREIRA FILHO, J. T. *Comentários à nova lei das licitações públicas*. Rio de Janeiro Renovar: 2003.

PINHEIRO, H. F. Apud CARVALHO, K. G. *Técnica Legislativa*, 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DOSSIÊ



**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO LÍCITO E RESPONSABILIDADE CIVIL
POR ATO ILÍCITO ABUSIVO AO DIREITO. BRASIL. 1988-2020**

**RESPONSABILIDAD CIVIL POR LEY LEGAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL POR
LEY ABUSO DE LA LEY. BRASIL. 1988-2020**

**CIVIL RESPONSIBILITY FOR LAWFUL ACT AND CIVIL RESPONSIBILITY FOR
LAWFUL ABUSING THE LAW. BRAZIL. 1988-2020**

Auner Pereira Carneiro¹

Luiz Felipe Ribeiro Gomes Capaverde²

RESUMO:

O presente artigo é um convite à reflexão, onde serão abordados dois dos principais temas de responsabilidade civil na atualidade: a responsabilidade civil por ato lícito e a responsabilidade civil por ato ilícito abusivo ao direito. Após as considerações técnicas jurídicas, o jurisconsulto percebe a distinção feita entre as espécies de responsabilidade civil até que se chega ao tema da responsabilidade civil por ato

¹ Doutor USP-SP. Coordenação 2008-2016. Pesquisador no Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal Regional. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3337902004026180> . E-mail: aunerix@yahoo.com.br

² Advogado. Graduado pela Faculdade de Direito de Campos. Pós-graduado em Direito em Direito Público e Direito Privado no Curso de Especialização para a Carreira da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Estágio prático-profissional na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Pesquisador do Serviço de Pesquisas para Magistrados da Biblioteca da EMERJ. Período: julho de 2014 a julho de 2015. Desde 2011. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal/Regional UENF/UNIFLU.

lícito, como forma de superação da concepção da necessidade de ilicitude para que se tenha reparação. Logo após analisa-se alguns casos em que um ato lícito, geralmente estatal, pode gerar dano e, por conseguinte, responsabilidade civil tais como: a) a obra pública que causa prejuízos aos proprietários dos prédios vizinhos, b) o exercício do direito de passagem, c) a desapropriação como intervenção legal na propriedade. Ao continuar o leitor se deparará com a conceituação do termo “abuso” e suas implicações, sem deixar de notar a diferenciação em “abuso de direito” e “abuso do direito”. Mais a frente, esmiúça-se as principais teorias do abuso do direito e os seus entusiastas. Para então, chegar a análise da teoria do abuso do direito como ato ilícito em si, sem deixar de mencionar os seus reflexos na jurisprudência, ou melhor, sua aplicação prática e os marcos legislativos internacionais e nacionais da teoria. Por fim, são feitas as considerações finais e as conclusões do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Ato lícito. Abuso do Direito. Legislação do Brasil. Jurisprudência.

RESUMEN:

Este artículo es una invitación a la reflexión, que abordará dos de los temas principales de la responsabilidad civil actual: la responsabilidad civil por un acto legal y la responsabilidad civil por un acto ilegal que es abusivo de la ley. Después de las consideraciones técnicas legales, el asesor legal percibe la distinción hecha entre los tipos de responsabilidad civil hasta que se alcanza el tema de la responsabilidad civil por un acto legal, como una forma de superar la concepción de la necesidad de ilegalidad para obtener reparación. Inmediatamente después, se analizan algunos casos en los que un acto legal, generalmente estatal, puede generar daños y, en consecuencia, responsabilidad civil, como: a) la obra pública que causa daños a los propietarios de los edificios vecinos, b) el ejercicio del derecho a c) expropiación como una intervención legal en la propiedad. A medida que el lector continúa, se encontrará con el concepto del término "abuso" y sus implicaciones, al tiempo que notará la diferencia en "abuso de derechos" y "abuso de derechos". Más adelante, se desglosan las principales teorías del abuso de la ley y sus entusiastas. Luego, analice la teoría del abuso del derecho como un acto ilegal en sí mismo, mientras menciona sus reflejos en la jurisprudencia, o mejor, su aplicación práctica y los marcos legislativos internacionales y nacionales de la teoría. Finalmente, se hacen las consideraciones finales y las conclusiones del trabajo.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad Civil. Ley Legal. Abuso de la ley. Legislación brasileña. Jurisprudencia.

ABSTRACT:

This article is an invitation to reflection, which will address two of the main themes of civil liability today: civil liability for a lawful act and civil liability for an illegal act that is abusive to the law. After the legal technical considerations, the legal counsel perceives the distinction made between the types of civil liability until the issue of civil liability for a lawful act is reached, as a way of overcoming the conception of the need for illegality in order to have reparation. Right after, some cases are analyzed in which a lawful act, generally state, can generate damage and, consequently, civil

liability, such as: a) the public work that causes damage to the owners of the neighboring buildings, b) the exercise of the right to c) expropriation as a legal intervention on the property. As the reader continues, he will come across the concept of the term "abuse" and its implications, while noticing the differentiation in "abuse of rights" and "abuse of rights". Further on, the main theories of abuse of the law and its enthusiasts are broken down. Then, come to the analysis of the theory of abuse of law as an illegal act in itself, while mentioning its reflexes in the jurisprudence, or better, its practical application and the international and national legislative frameworks of the theory. Finally, the final considerations and conclusions of the work are made.

KEYWORDS: Civil Liability, Lawful Act. Abuse of Law, Brazilian Legislation, Jurisprudence

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Responsabilidade Civil é fonte de obrigações, ou melhor, é o poder que a ordem jurídica vigente atribui ao credor (*accipiens*) de exigir do devedor (*tradens*) o cumprimento de uma prestação, que pode consentir em um dar, fazer ou não fazer algo.

Dessa forma, a obrigação é vista como um dever jurídico originário e a responsabilidade deriva de uma violação da obrigação, ou seja, traduz um dever jurídico sucessivo.

A origem da responsabilidade pode ser contratual, quando deriva da violação de um contrato ou extracontratual (aquiliana), se deriva da existência de um dano. Além disso, devem estar presentes os pressupostos:

- a) conduta (ativa ou omissiva),
- b) culpa em sentido amplo (dolo ou culpa em sentido estrito), este requisito somente é exigido na Responsabilidade Civil Subjetiva,
- c) dano (material (danos emergentes – aquilo que efetivamente se perdeu – e lucros cessantes – aquilo que razoavelmente se deixou de ganhar), moral (ofensa à dignidade da pessoa humana) e estético (alteração morfológica – perda física externa);
- d) nexos causal, a necessária ligação entre a conduta ativa ou omissiva e o dano provocado a terceiros.

Todavia, o objeto deste trabalho são as hipóteses excepcionais de responsabilização por atos lícitos – manifestações de vontade livre e consciente do

agente em conformidade com o sistema jurídico, isentas de qualquer ameaça ou coação, aptas a adquirir, transferir, resguardar, modificar ou extinguir direitos – que produzem todos os efeitos jurídicos, mas causam danos a terceiros e, portanto, há necessidade de reparação (Responsabilidade Civil).

O trabalho em foco, destaca na primeira parte, o ato ilícito como fator de responsabilização no ordenamento pátrio, depois, ainda no mesmo assunto, passa a tratar de algumas hipóteses de responsabilidade civil por ato lícito, dentre elas a obra pública que causa prejuízo aos proprietários dos prédios vizinhos, o direito de passagem forçada e a desapropriação.

Na sequência, segunda parte, trata da responsabilidade civil por abuso de direito, sem deixar de mencionar qual é o pensamento da doutrina sobre o tema, através do conceito de abuso de direito e suas implicações, bem assim a distinção entre “abuso de direito” e “abuso do direito”.

Em ato contínuo, ainda na segunda parte, o texto traz as Teorias do abuso do Direito, dentre elas a Teoria subjetivista do abuso do direito, a Teoria objetivista do abuso do Direito e a Teoria do abuso do Direito como ato ilícito.

Após a parte teórica são abordados os reflexos do abuso do Direito na jurisprudência.

O artigo caminha para o seu final com o surgimento da Teoria do abuso do Direito na legislação do Brasil.

2. DO ATO LÍCITO COMO FATOR DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NO ORDENAMENTO PÁTRIO

O Código Civil de 1916, no art. 81, conceituou o ato jurídico, em síntese, como o *ato lícito* que tenha por finalidade imediata a aquisição, transferência, modificação ou extinção de direitos. Francisco Amaral ensina em seus comentários ao estatuto das gentes, que “é jurídico o que está dentro do sistema”.

Dessa forma a doutrina optou por distinguir o que seja jurídico ou antijurídico, por um juízo de valor, portanto ato ilícito (antijurídico) é o estranho ao sistema.

Para reforçar essa ideia Rui Stoco (2014) diz que:

Mas, seja como for, cabe obtemperar que ato ilícito não é propriamente ato jurídico, na medida em que viola direito alheio e pode causar prejuízo e, ademais, apresenta-se contaminado com alguns dos mais graves vícios da vontade e do consentimento: o dolo, a coação, a fraude e a culpa *stricto sensu*. (STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência – 10 ed. ver. atual. e refom. Com acréscimo de acórdãos do STF e STJ. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.190).

Por isso, ater-se a ideia de que a Responsabilidade Civil pressupõe a ilicitude é uma visão ultrapassada, que não prevalece mais nos dias atuais. Logo, na atual sistemática o foco está no dano.

Se há dano abre-se a possibilidade e necessidade de reparação. Na conduta ilícita a reparação se funda no princípio da legalidade, ao passo que na Responsabilidade Civil por ato lícito o fundamento está no princípio da isonomia.

2.1. Algumas hipóteses de responsabilidade civil por ato lícito

2.1.1. Obra pública que causa prejuízo aos proprietários dos prédios vizinhos

A doutrina pátria abaliza esta questão, novamente, Rui Stoco, ao tratar da Responsabilidade Civil pela prática de atos lícitos, aborda a Responsabilidade do Estado por obras que realiza, ou seja, pela prática de atos *lícitos* da Administração Pública, que encontra base no art. 37, parágrafo 6.º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), ao abraçar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

No campo prático quando determinada obra pública, realizada no interesse da sociedade, causa prejuízos aos proprietários de prédios vizinhos, não seria justo que apenas algumas pessoas fossem prejudicadas, arcando com o ônus do empreendimento. Assim, com fundamento no princípio da isonomia o poder público possui o dever de indenizar esses indivíduos que sofreram danos.

2.1.2. Direito de passagem forçada

O direito de passagem forçada está previsto no *caput* do art. 1.285 do Código Civil de 2002 (CC/02) seção III do Capítulo V do Livro que trata do Direito das Coisas, que enuncia “O dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente

ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário”.

Desse modo, o imóvel que não possui acesso pode ser denominado *imóvel encravado*, expressão prevista no art. 559 do Código Civil de 1916 (CC/1916), e para que possa ter utilidade social necessita que o *imóvel serviente* seja constrangido a lhe dar passagem, de modo menos gravoso ou oneroso ao prédio vizinho, cujo imóvel seja o mais natural para prestar a passagem (*princípio da menor onerosidade*).

A passagem forçada é um instituto afeito aos direitos de vizinhança, que na definição de Washington de Barros Monteiro: “limitações impostas pela boa convivência social, que se inspira na legalidade e na boa-fé”, dessa forma não se confunde com as servidões, em especial a servidão de passagem, que é um direito real de gozo ou fruição. Tendo em vista que nesta última, ao contrário da passagem forçada onde a indenização é obrigatória, a indenização somente será paga após um acordo entre os donos dos imóveis.

Outra diferença é que na passagem forçada a passagem é obrigatória (imóvel sem saída) e na servidão é facultativa, há outras opções.

Portanto, consta-se que o proprietário que está com a propriedade encravada ao ajuizar a ação de passagem forçada e exercer o Direito de Passagem (ato lícito e permitido) é obrigado a indenizar o proprietário do prédio encravado, tendo em vista a responsabilidade civil por ato lícito.

2.1.3. Desapropriação

A propriedade é um direito fundamental previsto no art. 5.º, XXII e XXIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Tal fato traz a aplicação imediata dos direitos fundamentais, em especial da função social da propriedade, nas relações entre particulares – *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* – na forma do parágrafo primeiro do art. 5.º da CRFB/88.

Ainda tendo como norte as disposições constitucionais, cumpre destacar que o art. 186 da Magna Carta traz parâmetros para o atendimento da função social, são eles:

- A) Aproveitamento racional e adequado da propriedade;

B) Utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

C) Observância das disposições que regulam as relações de trabalho; d) Exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

O CC/02 por seu turno foi além, visto que no parágrafo primeiro do art. 1.228 consagrou a *função socioambiental da propriedade*.

O legislador se preocupou com o meio ambiente natural (flora, fauna, recursos naturais) e cultural (patrimônio artístico-cultural).

Desse modo a codificação civilista acabou por especializar a regra prevista no art. 225 da Constituição, ao criar uma hipótese de responsabilidade civil a par das já existentes na Lei n. 6.938/1981 (dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente).

Entretanto, ainda que o proprietário cumpra a função socioambiental de sua propriedade, poderá perdê-la por um ato lícito do Estado, que terá que indenizar o proprietário expropriado.

Via de regra em dinheiro e previamente, antes de ser imitado na posse do imóvel.

Como exemplo desta realidade, a jurisprudência entende que a Criação de Estação Ecológica, que limite o uso da propriedade particular, impede a exploração de recursos naturais existentes nas áreas por ela abrangidas, implica no dever indenizatório dos respectivos proprietários das propriedades, mesmo que o Estado não tenha se apossado fisicamente dos imóveis.

Tendo em vista, que essa situação, por si só, já caracteriza uma mutilação a propriedade (STJ – 2ª. T. – REsp. n. 70.412. Rel. Min. Ari Pargndler. Jul. 05/05/1998. RDA n. 213/250).

Apesar disso, deve se ter em mente que nem todo ato lícito estatal gera indenização.

Como no exemplo em que o poder público cria uma área de proteção ambiental como reserva florestal ou estação ecológica, com restrição de uso, mas sem impor a perda da propriedade.

Dessa maneira, a jurisprudência é firme no sentido inindenizabilidade pela cobertura vegetal de imóvel desapropriado se antes mesmo da desapropriação, a propriedade era considera área para fins recreativos ou estava impossibilitada de exploração econômica, como ocorre a topografia do imóvel é montanhosa (STJ – 1ª.

T. REsp n. 12.835. Rel. Min Milton Luiz Pereira. J. 06/06/2000 – DJU 01.08.2000, p. 194 e Informativo Incijur, publicação do Instituto de Ciências Jurídicas de Joinville-SC, n. 19, fev./2001).

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABUSO DO DIREITO

3.1. O pensamento abusivo na doutrina; Conceito de abuso e suas implicações

Dentre os inúmeros conceitos destaca-se a doutrina de Irineu Strenger³:

Abuso do direito é o ato realizado, com apoio em preceito legal, que causa dano a interesse não especificamente protegido pelo ordenamento positivo, manifestado pela lesão a princípios éticos e sociais, objetiva ou subjetivamente, mediante adequação entre o intencional e o sentido da lei.

Este conceito é ao mesmo tempo amplo, pois é aberto, e dinâmico, seguindo a filosofia da atual codificação civilista em consonância com a teoria tridimensional do jurista Miguel Reale, onde o *Direito é fato, valor e norma*.

Portanto, caberá ao magistrado ao analisar o caso concreto ater-se ao conteúdo valorativo da norma.

Desse modo, o juiz ao perceber que o ato do titular do direito posto em juízo excedeu os limites do seu exercício com ofensa aos atributos/princípios fundamentais do direito subjetivo da pessoa:

A) boa-fé (padrão de comportamento médio em uso de uma dada sociedade. Cláusula geral integrante dos pactos que funciona como norma de interpretação e limitação dos direitos subjetivos);

B) função social (qual é o objetivo pelo qual o legislador editou aquela norma);

C) função econômica (a busca pela realização do objetivo de ordem patrimonial na relação jurídica, de modo equilibrado sem o sacrifício de interesse ou vantagem exagerada)

e D) os bons costumes (diz respeito ao comportamento social que deve observar um complexo de regras e princípios impostos pela moral nas relações sociais e contratuais).

³ STRENGER, Irineu. *Reparação do dano em direito internacional privado*. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 1073.

3.2. “Abuso de direito” e “Abuso do direito”

Os doutrinadores clássicos, em sua maioria, adotavam a nomenclatura “abuso de direito” e são seguidos por alguns doutrinadores modernos, tais como Flávio Tartuce e Cláudio Antônio Soares Levada.

No entanto, ultimamente nos textos jurídicos é comum encontrar inúmeros autores fazendo menção ao “abuso do direito”, expressão também utilizada por Pontes de Miranda (2012) em sua obra monumental, que defendia a sua terminologia científica exata, por inexistência de “abuso de fato” ou “abuso de direito”, mas sim de abuso do direito que se tem.

Desse modo, não há um consenso acadêmico quanto à correta terminologia a ser utilizada, mas neste texto utiliza-se a expressão “abuso do direito”.

Em sua maioria a doutrina brasileira consagra o abuso do direito como ato ilícito. Os doutrinadores clássicos se dividem entre as teorias objetivas e subjetivas.

Dentre os que adotam a primeira teoria destaca-se Clóvis Beviláqua, leciona que o ordenamento reconheceu o abuso nos arts. 160, inciso I, e 100 do CC/1916, na vertente de *Saleilles*, em sua vertente de conteúdo social e econômico.

Ainda com relação à teoria objetiva, contudo agora segundo o critério finalista destacam-se Sílvio Rodrigues, ao argumentar que o ordenamento positivou o abuso no art. 5.º da LICC (LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) e Haroldo Valadão, apesar de condenar o abuso, não via seu reconhecimento no inciso I do art. 160 da CC/1916, muito menos analisava o art. 5.º da lei de introdução, pois defendia a criação de uma lei que coibisse o exercício antissocial, egoísta e excessivo do direito, tal como positivado no art. 187 do Código Civil em 2020.

De tal modo, não se pode deixar de mencionar que, os doutrinadores Washington de Barros Monteiro e Carvalho Santos também admitiam o abuso, entretanto vinculavam a sua aceitação apenas quando haja a má-fé do autor do ato danoso, filiando-se a teoria subjetiva (*aemulatio*).

3.2.1. Das teorias do abuso do direito

3.2.2. Da teoria subjetivista do abuso do direito

A teoria subjetivista do abuso do direito possui sustentáculo na doutrina da emulação (*aemulatio*), que, por sua vez se reporta ao Direito Romano e ao Direito Canônico.

Além disso, a teoria é centrada na demonstração da intenção de prejudicar um terceiro na atitude do agente para caracterização do abuso do direito. Visto que, nesse primeiro momento não havia lugar para discussões a cerca da culpa ou até mesmo do desvio de finalidade.

Por este motivo esse ensinamento era alvo de críticas por restringir de modo excessivo as hipóteses de abuso do direito, em prejuízo do contexto social. Nesse contexto o Doutor Cláudio Antônio Soares Levada faz a seguinte observação: “Observa-se que por essa teoria até mesmo o dolo eventual estaria excluído da caracterização da abusividade, posto que exigiria a intenção, caso especial de dolo [...]” (LEVADA, 1990).

Diante disso, os estudiosos perceberam que essa proposição conduzia a extremos, tal como o relatado acima, e a restrição da configuração do abuso. Contudo, outras teorias subjetivistas exigem certa gravidade na conduta culposa, além da demonstração de prejuízo pelo lesado para configuração do ato como abusivo.

Dessa feita, a gravidade de sua culpa estaria centrada em uma análise volitiva para caracterização do abuso.

3.2.3. Da teoria objetivista do abuso do direito

Dentre todas as teorias objetivas do abuso do direito, duas correntes se destacam. De um lado a corrente que entende o abuso como um exercício anormal de um direito, que possui como expoente Saleilles.

De outro lado a que defende o ato abusivo como algo que deixou de atender ao seu fim social, ou melhor, a finalidade precípua para o qual foi gerado e o sustenta no ordenamento jurídico.

Em apertada síntese Everardo da Cunha Lima (1959) cita que para Saleilles o ato abusivo é algo anormal, esvaziado de conteúdo jurídico, economicamente lesivo e reprovável pela consciência social.

Por sua vez, com relação a vertente finalista da teoria objetivista o mestre francês Josserand (1972) leciona que o abuso do direito está presente quando o ato é exercido de acordo com o direito material, mas contrariamente aos fins sociais.

Logo, quem possui o direito tem a função de exercê-lo de acordo com a finalidade e não é pode desviar-se dela, sob pena de cometimento de ato abusivo. Assim, em conclusão para a teoria finalista o abuso do direito “é a ilicitude, a relação de contrariedade entre a conduta do homem e o fim pretendido pela ordem jurídica”.⁴

3.2.4. Da teoria do abuso do direito como ato ilícito

Ao adotar a teoria objetiva diferencia-se o que é ilegal do que, embora aparentemente legal, se distancia do ordenamento jurídico enquanto sistema permeado de valores éticos, morais e jurídicos, do que é ilegítimo.

Por conseguinte, para que a ato ilegítimo permeado da ideia de abuso de direito seja passivo de responsabilização, necessariamente, deve-se configurar como um ato ilícito, tendo em vista a ofensa ao sistema como um todo, ainda que aparentemente se revista de legalidade, diferentemente do ato ilegal, que ofende uma regra ordinária (comum).

Desse modo, para que o profissional do direito defina um ato como abusivo precisa ser atento, principalmente, aos princípios gerais do direito, e principalmente, aos previstos na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que antigamente era chamada de Lei de Introdução ao Código Civil (LICC).

Mas, graças aos esforços de vários doutrinadores, tais como Haroldo Valladão, e dos congressistas a nomenclatura legislativa foi alterada, atualmente sendo digna de sua importância.

Visto que, trata-se de uma “Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas”⁵ de acordo com esses princípios universais, previstos nos arts. 4.º e 5.º da LINDB, quando a lei for omissa o magistrado decidirá de acordo com a analogia, os

⁴ Definição de Adroaldo Leão na obra *O litigante de má-fé*, Forense, 1982, p.10.

⁵ Expressão cunhada por Haroldo Valladão, artigo em *Estudios de Derecho Civil – em Honor dei Prof. Castan Tobeñas*, Pamplona, ed. Universidad de Navarra, 1969. pp. 637-643.

costumes e os princípios gerais do direito, sem deixar de atender, na aplicação da lei, aos fins sociais e às exigências do bem comum.

Por esta razão, na análise do caso concreto, é que restará caracterizado o abuso do direito, o ilícito e a obrigação de indenizar pelas consequências danosas do ato abusivo.

Dessa forma, Levada, mais uma vez, lembra o seguinte:

a reparação será possível não só quando o causador do dano tenha agido em desacordo com a lei e com a intenção manifesta de prejudicar terceiros, como também quando tenha desatendido aos fins sociais da lei, ainda que a atuação do agente se tenha adstrito aos limites aparentes do direito subjetivo. (LEVADA, 1990).

De tal modo, caberá ao magistrado a árdua tarefa de interpretar o alcance da norma em face ao caso submetido ao Judiciário e, no exercício da função judicante, utilizará esta margem de liberdade decisória para analisar qual é o fim social da lei, naquele contexto social, cultural e econômico.

Por conseguinte, o fruto desse exercício atenderá justamente a regra prevista no art. 5.º da LINDB.

3.3. Os reflexos do abuso do direito na jurisprudência

Com base na teoria da emulação a codificação processualista civil de 1939 já previa o dolo processual como forma de abuso no direito de demandar.

Como isso, a jurisprudência passou a coibir certas atitudes em juízo, a título de exemplo a atitude dos locatários que obrigavam os locadores a propor ações de despejo por falta de pagamento modo sucessivo como modo de receber os aluguéis atrasados somente em juízo.

Outra conduta, coibida pela jurisprudência, foi do credor que, ao invés de se valer das instâncias ordinárias para cobrança de dívida não representada por título executivo, sacava letra de câmbio, a vista, com único objetivo de coagir o devedor ao pagamento da dívida.

Presentemente, os julgadores recorrem a teoria do abuso do direito para obstar os intentos escusos de um dos jurisdicionados.

Por exemplo, quando o credor de um título demonstra interesse em receber o seu crédito, ao apresentar um cheque a protesto antes do prazo prescricional, não se manteve inerte e o devedor mesmo se possui inequívoca ciência desta intenção, não pagou o débito.

Contudo, o credor após se defender de ação cautelar de sustação e ação declaratória de nulidade do título, promoveu o processo de execução, momento em que o devedor alegou prescrição da exequibilidade do título.

Neste sentido, segue abaixo um trecho da ementa do AREsp 1.011.915-RS, de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, publicado em 10/03/2017, julgado em 09/03/2017 pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

2."A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper" (art. 202, p. u., do Código Civil). 3. Aplicação ao caso do disposto no art. 202, segunda parte, do Código Civil. 4. Inocorrência de prescrição na espécie. Com efeito, se esta Corte reconhece que a defesa do credor, nas ações promovidas pelo devedor para contestar o débito, inibe a continuidade do prazo prescricional, com muito mais razão é de se atribuir o mesmo efeito à ação intentada para anular a sustação do cheque e viabilizar o recebimento do crédito. Se a prescrição é instituto jurídico destinado a sancionar a inércia do detentor de um direito, reconhecendo o desinteresse no exercício de sua posição jurídica, não pode incidir no caso como o dos autos, em que o credor foi diligente a ponto de procurar remover qualquer obstáculo ao recebimento do seu crédito, antes de ajuizar a execução do cheque.

Dessa maneira, percebe-se que "a presunção de aplicação da lei não conduza ao absurdo", como é de trivial regra de hermenêutica (J. M. Carvalho Santos, Código Civil, p. 444), deve-se levar em consideração que a inexistência de inércia, requisito essencial do instituto em foco, por quanto está provado o interesse em receber o crédito.

O processo não deve servir a meios escusos, nem mesmo se distanciar de sua função de pacificação social, sob pena de ofensa aos seguintes princípios processuais previstos no capítulo I – Das normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015 (da primazia da decisão de mérito, da duração razoável do processo, da atividade satisfativa, da cooperação, do devido processo processual (legal), do comportamento legal e ético das partes).

3.4. O surgimento da teoria do abuso do direito na legislação do Brasil

A Constituição vigente inovou ao adotar, em seu art. 1.º, caput, o Estado de direito Democrático, como transição entre um momento de exceção para o momento de Democracia (2ª. Redemocratização), e de Direito, uma vez que deve ser respeitado o Ordenamento Jurídico.

Como comparativo a carta portuguesa, em vigor, adotou o Estado de Direito Democrático, pois lá, deu-se mais ênfase ao Direito do que a Democracia.

Ao mesmo tempo, a CRFB/88 adotou a Teoria do Abuso de Direito, seja no art. 5.º, LXIX, que trata do Mandado de Segurança, ao coibir o abuso de poder, ou no art. 170, caput e parágrafo único, ao assegurar o livre exercício da atividade econômica, de modo a proibir o abuso de Poder Econômico, corolário da supracitada teoria.

A título de curiosidade, no direito comparado tal teoria possui os seguintes marcos temporais em ordem cronológica de surgimento:

- 1- Direito Romano;
- 2- Doutrina Canônica;
- 3- Direito Francês (Declaração Universal do Homem (Revolução Francesa) e Código Napoleônico);
- 4- Código suíço;
- 5- Código Polonês;
- 6- Código Grego;
- 7- Código Civil Português de 1966;
- 8- Código Civil Italiano;
- 9- Código Civil Espanhol;
- 10 – Código Civil Alemão.

Por sua vez no Brasil, a sua origem possui a seguinte ordem sucessiva:

- 1- Ordenações Filipinas (Império);
- 2- Interpretação a contrário sensu do disposto no art. 160, I, do Código Civil de 1916;
- 3- Lei n. 6.404 de 1976 – Lei de Sociedades Anônimas – LSA –;
- 4- Lei n. 8.078 de 1990 – Código de Defesa do Consumidor – CODECON –;
- 5- Art. 187, do Código Civil de 2002 – CC/02 –.

Um exemplo de legislativo de aplicação de Abuso de Direito, é a positivação Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica previstas nos seguintes dispositivos legais do ordenamento pátrio:

A) art. 50 do CC/02 – Teoria Maior – tem que comprovar o abuso de personalidade caracterizado pelo desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva) ou pela confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva);

B) art. 28, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor – CDC – Teoria Maior – tem que comprovar a caracterização de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica todos provocados por má administração;

C) art. 28, parágrafo 5.º, do CDC – Teoria Menor – quando a personalidade for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores;

D) art. 4.º da Lei n. 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) – Teoria Menor – quando a personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente;

E) art. 34 da Lei n. 12.529/2011 – Lei Antitruste (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) – Teoria Maior – tem que comprovar a caracterização de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica todos provocados por má administração.

Dessa forma, constata-se que a teoria do abuso do direito está presente na ordem jurídica vigente no Brasil.

Portanto, antes mesmo da promulgação da Constituição em vigor, em verdadeira atitude heroica, vários doutrinadores e juristas lutavam para aplicar a teoria do abuso do direito.

Nesse sentido, seja por meio da interpretação a contrário sensu do disposto no art. 160, inciso I, do CC/1916, ou até pela aplicação dos arts. 4.º e 5.º da LINDB, quando ainda era chamada de LICC.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou tratar, sem intenção de esgotar os assuntos abordados, de alguns dos mais importantes temas da responsabilidade civil na atualidade. Por mais amplo que pareça o texto, no caso concreto são infinitas as possibilidades de responsabilização tanto por atos lícitos, quanto por atos ilícitos.

Dessa feita pode-se concluir que:

- 1- Atos lícitos podem sim gerar danos e, portanto, necessidade de reparação (responsabilidade civil);
- 2- O fundamento para a responsabilidade civil por ato lícito é o princípio da proporcionalidade, por seu turno o fundamento para a responsabilidade civil por ato ilícito é o princípio da legalidade;
- 3- As condutas lícitas do Estado no exercício de seu poder de império e justificadas pela supremacia do interesse público podem sim gerar responsabilização no caso concreto;
- 4- O exercício abusivo de um direito fere o ordenamento jurídico e, ainda que aparente legalidade, na verdade é um ato ilícito;
- 5- A responsabilização por ato abusivo deriva de sua natureza ilícita, ou seja, de sua prática não conforme ao fim social legal e às exigências do bem comum. Nesta análise, pelo entendimento doutrinário, legal e jurisprudencial, não é levada em conta a vontade danosa do agente prejuízo a terceiros.

Por fim, vê-se que a responsabilidade civil apesar de alvo de grande produção doutrinária ainda carece de debates para que seja determinada o seu alcance, principalmente na em 2020, onde ocorre o fenômeno da judicialização dos conflitos, para dar subsídios aos ampliadores da lei para exercer no caso concreto a análise da carga valorativa aplicando em sua atividade ideológica de julgador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico.2016.

BRASIL. LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm . Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. CÓDIGO CIVIL DE 1916. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm . Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. CÓDIGO CIVIL. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm . Acesso: em 15 dez. 2017.

BRASIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm . Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm . Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impresao.htm . Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm . Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 6.938/1981 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm . Acesso em 15 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 6.404 de 1976 - Lei de Sociedades Anônimas - Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm . Acesso em 15 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.605/1998 – Lei de Crimes Ambientais. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm . Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.529/2011 – Lei Antitruste (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm . Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão. Recurso Especial n. 70.412. 2.^a Turma. Administrativo. Criação de estação ecológica. Mutilação da propriedade dos imóveis nela situados. Direito à indenização. Relator Ministro Ari Pargndler. Julgamento em 05/05/1998. RDA n. 213/250. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199500362481&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> . Acesso em: 1 jan. 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão. Recurso Especial n. REsp n. 12.835. 1.^a Turma. Indevida indenização pela cobertura vegetal do imóvel desapropriado. Impossibilidade de exploração econômica anterior a expropriação. Relator Min Milton Luiz Pereira. Julgamento em 06/06/2000. Disponível em DJU 01.08.200, p. 194, Informativo Incijur, publicação do Instituto de Ciências Jurídicas de Joinville-SC, n. 19, fev./2001 e no *Tratado de Responsabilidade Civil*, Título III – *Responsabilidade extracontratual*, Capítulo VIII – *Responsabilidade por ato próprio*. P.1133 de Rui Stoco 10.^a edição. Acesso em 13/12/2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão. Agravo em Recurso Especial n. 1.011.915-RS. 4.^a Turma. Direito Privado. Execução de título extrajudicial. Cheque. Prescrição. Interrupção do prazo pelo ajuizamento de ação desconstitutiva de contra-ordem. Nulidade da citação afastada. Termo inicial dos juros de mora e correção monetária. Agiotagem. Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Publicado em 10/03/2017. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201602935599&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 15 dez. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional n.º 19/98)*. Apud MORAES, Alexandre. Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999, p.166.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. revista, atualizada de acordo com o código Civil de 2002, e aumentada por Rui Belford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GONÇALVES. Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 10. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

JOSSERAND, *De l'Esprit des Droits et de leur Relativité – Théorie dite de l'Abus des Droits*, Paris, 1972.

LEÃO, Adroaldo. *O litigante de má-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *Responsabilidade civil por abuso de direito*. RT 661/1990 – nov.1990

LIMA, Everardo da Cunha. *Abuso do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1959..

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 85-113.

NERY, Júnior. NERY, Rosa Maria de Andrade. Organizadores. *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil, v.1 – Teoria Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTOS, J. M. de Carvalho (João Manoel de Carvalho). *Código Civil Brasileiro Interpretado: principalmente do ponto de vista prático*. 16 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

STOCO, RUI. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. ver. atual. e reform. Com acréscimo de acórdãos do STF e STJ. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

STRENGER, Irineu. *O ressarcimento do dano no direito internacional*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1973.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

VALADÃO, Haroldo. *Estudios de Derecho Civil – em Honor dei Prof. Castan Tobeñas*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1969. p. 637-643.

DOSSIÊ



**CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A INFLUÊNCIA DA DOCTRINA E
AS PRÁTICAS DE DIREITO REPRESSIVO, AUTÔNOMO E RESPONSIVO NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LA INFLUENCIA DE LA
DOCTRINA Y LAS PRÁCTICAS DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS REPRESIVOS,
AUTÓNOMOS Y RESPONSABLES EN LA SUPREMA CORTE FEDERAL**

**INTRODUCTORY CONSIDERATIONS ABOUT THE INFLUENCE OF DOCTRINE
AND THE PRACTICES OF THE LEGAL SYSTEMS REPRESSIVE, AUTONOMOUS
AND RESPONSIVE IN THE SUPREME FEDERAL COURT**

Auner Pereira Carneiro¹

Evandro Monteiro de Barros Junior²

¹ Doutor USP-SP. Coordenação 2008-2016. Pesquisador no Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal Regional. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3337902004026180>. E-mail: aunerix@yahoo.com.br

² Possui graduação em Direito pelo UNIFLU (2011). É especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera UNIDERP (2014), mestre em Cognição e Linguagem (Pesquisas Interdisciplinares em Ciências Humanas, Artes e Filosofia) pela UENF (2017). Advogado, conciliador e mediador de conflitos.

RESUMO:

Este artigo tem como objetivo estudar de que maneira os pensadores da Teoria e Filosofia do Direito e áreas afins, como Sociologia do Direito, Ciência e Filosofia Política entre outras doutrinas, inclusive de direito alienígena, exercem certa influência na formação do entendimento dos magistrados do Supremo Tribunal Federal. Nesse bojo, ressalta-se a importância da análise proposta por Philippe Nonet e Philip Selznik no livro: *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*, no que tange à alteração da jurisprudência, seja para atender novas necessidades do povo brasileiro ou mesmo para a imposição de certas medidas de políticas públicas à agenda do que se mostra tema de carência nacional. Este trabalho é um ponto de partida para uma análise mais profunda de decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal nos moldes da teoria dos sistemas de Nonet e Selznick, a saber: *Direito Repressivo, Autônomo e Responsivo*, com a finalidade de se extrair uma imagem da influência que a formação de cada ministro exerce na qualidade de suas decisões.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria e filosofia do Direito. Filosofia Política. Supremo Tribunal Federal. Direito Responsivo.

RESUMEN:

Este artículo tiene el objetivo de estudiar cómo los pensadores de Teoría y Filosofía del Derecho y áreas relacionadas, como la Sociología del Derecho, la Ciencia y la Filosofía Política, entre otras doctrinas, incluidas las doctrinas de derecho extranjero, influyen en la comprensión de los magistrados del Tribunal Federal Supremo. En este bulto, es importante el análisis propuesto por Philippe Nonet y Philip Selznik en el libro *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, sobre la jurisprudencia, para satisfacer las nuevas necesidades del pueblo brasileño o imponer medidas de política pública en cuestiones de carácter nacional. falta

PALABRAS CLAVE: Teoría y filosofía del derecho. filosofía política. Tribunal Supremo. Derecho receptivo.

ABSTRACT:

This article has the goal of study how the thinkers of Theory and Philosophy of Law, and related areas, such as Sociology of Law, Science and Political Philosophy among other doctrines, including foreign law doctrines, influence understanding of magistrates of The Supremo Tribunal Federal. In this bulge, is important the analysis proposed by Philippe Nonet e Philip Selznik in the book *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, concerning of jurisprudence, to meet new needs of the Brazilian people or impose measures of public policy in issues of national lack.

KEYWORDS: Theory and Philosophy of Law. Political Philosophy. Federal Court of Justice. Responsive law.

1. INTRODUÇÃO

Nessas duas décadas do século XXI, o Supremo Tribunal Federal tornou-se palco de grandes discussões que destoaram da sua competência constitucional.

Dentre elas discussões jurídicas e, sobretudo, políticas a respeito dos acontecimentos na seara do Poder Público que se perpetraram ao longo dos séculos, mas que somente em 2020, a evidência empírica veio à tona, exigindo-se medidas eficientes contra a prática de atos ilícitos de toda sorte.

Nesse ínterim, a Suprema Corte transformou-se em arena de cunho processual, penal, civil, administrativo, dentre outras esferas jurídicas, o que ocasionou a inflação de demandas e, por conseguinte, o aumento das atribuições da corte de última instância do nosso país. Com o protagonismo dos Ministros do Supremo, diante das sessões exibidas na TV Justiça, suas influências doutrinárias e filosóficas passaram a servir como vetores para a tomada de decisões tão caras à pátria.

Sob esse enfoque é que se propõe estudos a respeito de que maneira os pensadores da Teoria e Filosofia do Direito e áreas afins, como Sociologia do Direito, Ciência e Filosofia Política, entre outras doutrinas, inclusive de direito alienígena, podem exercer certa influência na formação do entendimento dos magistrados da Suprema Corte do nosso país.

Nesse bojo, ressalta-se a importância da análise proposta no que tange à alteração da jurisprudência, seja para atender novas necessidades do povo brasileiro (nos moldes do que Philippe Nonet e Philip Selznik denominaram como Direito Responsivo) ou mesmo para a imposição de certas medidas de políticas públicas à agenda do que se mostra tema de carência nacional. A análise do perfil do Supremo Tribunal Federal permitirá extrair uma imagem da qualidade da distribuição de justiça (prestação jurisdicional) realizada pela Egrégia Corte, o que é imprescindível para o melhoramento da distribuição da justiça no Brasil.

De início, o objetivo seria o de identificar as doutrinas e modelos, inclusive alienígenas, que são utilizados em grande escala como inspiração para decisões da Suprema Corte, bem como os seus limites (se seriam compatíveis ou não ao nosso sistema jurídico e à nossa cultura), de maneira crítica, considerando as peculiaridades do Direito brasileiro. Em outras palavras, seria necessário estudar a

qualidade da prestação jurisdicional da mais alta corte e em que medida tais decisões causam impactos na sociedade, sendo eles positivos ou negativos.

De alguma maneira, as conclusões deste trabalho permitirão melhorar as práticas do Supremo Tribunal Federal por meio da crítica, como forma de robustecer não só uma atuação mais legítima como também mais transparente e eficiente, diminuir as possibilidades de produção de justiça sem bases e fundamentos ou mesmo, com base em modelos não passíveis de aplicação ao direito pátrio. Essas análises deverão fazer parte do primeiro passo nessa proposta de estudos empíricos.

Para tanto, é necessário o estudo minucioso de decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal, no intuito de identificar como e o quanto a teoria e a filosofia do direito influem na formação da *opinio juris* dos magistrados, para mapear os estilos e perfis de cada um dos julgadores integrantes do Tribunal Constitucional. Assim, a presente pesquisa pretende arguir se o perfil do Ministro do Supremo Tribunal Federal influencia suas decisões; se o contexto institucional pode influenciar em seus julgamentos; se a pauta de governo e a opinião pública têm o condão de influir em suas decisões; dentre outras questões relevantes para a análise do perfil da Egrégia Corte.

Este estudo pretende identificar o perfil dos ministros do Supremo Tribunal Federal por meio da análise de decisões emblemáticas e por meio de pesquisa empírica com entrevistas a ministros do Excelsior Tribunal.

2. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No que se refere à competência do Supremo Tribunal Federal, que precipuamente é à guarda da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Brasil, 2018), conforme define o artigo 102, pode-se afirmar que em 2020, a Suprema Corte tem-se deparado com questões que vão muito além dessa nobre função, como por exemplo: julgamentos de Habeas Corpus a todo instante e também recursos de toda sorte que, a princípio não deveriam ser parte das atribuições do Egrégio Tribunal.

Como dito, este artigo possui cunho empírico e pretende analisar como a teoria do direito influencia o entendimento dos ministros do Supremo Tribunal

Federal no que toca especificamente a tomada de decisões, leva em conta os magistrados a proferirem votos tendentes a subsumirem-se aos três perfis da teoria dos sistemas de Nonet e Selznick.

Para tanto, tentar-se-á no bojo da proposta, definir o perfil e as influências do Supremo, bem como, analisar os modelos jurídicos ideais propostos pelos referidos autores em decisões emblemáticas da Suprema Corte, bem como, estabelecer um parâmetro da influência do pensamento teórico na convicção dos magistrados que a compõem.

Desse modo para falar sobre os sistemas repressivo, autônomo e responsivo desenvolvidos na obra de Nonet e Selznick e identificá-los na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não como sistemas, mas sim como **práticas** de direito: repressivo, autônomo e responsivo é necessário, antes de tudo, conceituar os referidos sistemas segundo a obra em comento e demonstrar suas principais características, tarefa que nos propomos a realizar nos seguintes tópicos (NONET; SELZNICK, 2010).

Inicia-se pelo sistema jurídico repressivo, que no entendimento dos autores significa o momento no qual o Direito é subordinado ao Poder Político.

As normas legais e os juízes que as aplicam legitimam e servem aos interesses dos politicamente poderosos, para os quais as restrições da lei são menos obrigatórias.

Esse sistema apresenta características marcantes como explicado pelos autores na obra em comento. Dentre as características mais marcantes pode-se mencionar o fato de as instituições judiciárias possuírem acesso direto ao Poder Político, o direito como “o Estado” e subordinado à Razão do próprio Estado. Outra característica relevante desse sistema é a preservação da autoridade que se mostra como “preocupação dominante no mundo do direito”.

Assim, nesse prisma, as decisões que tocam a esfera da conveniência administrativa possuem grande relevância. Além das já citadas, o sistema repressivo preza pela independência dos organismos de controle, como por exemplo, a polícia, que deve se manter isolada dos contextos sociais tidos como moderadores e, como salientam os autores, “capacitados a resistir à autoridade política”.

Nesse sentido, é lícito afirmar que para esse sistema: “Um regime de “direito dual” institucionaliza uma justiça de classe consolidando e legitimando padrões de subordinação social”, assim como:

“O código penal reflete costumes dominantes; o moralismo legal prevalece”. Em uma análise mais completa, pode-se afirmar, de acordo com os autores em comento, que a finalidade do sistema repressivo é basicamente a ordem, tendo o referido sistema como legitimidade a segurança social e, sobretudo, a razão de Estado. Em sequência, é lícito afirmar que o Direito Repressivo, possui um sistema normativo pouco elaborado, ainda que detalhado, como afirmam Nonet e Selznick: “pouco capaz de sujeitar governantes”, e, sua racionalidade jurídica pode ser classificada como casuística e particularista; enquanto sua discricionariedade é difusa e oportunista.

Outra característica de suma importância encontrada em tal sistema é sua coerção extensiva, com poucos limites, cumulada com uma moralidade comunal pautada no legalismo moral, “moral de coação” (NONET; SELZNICK, 2010).

A política do Direito Repressivo é do estilo direito subordinado ao poder político, o que traduz expectativa de obediência incondicional, sob pena de punição por rebeldia. Por último, uma característica marcante do direito Repressivo é o consentimento passivo quanto ao quesito “participação”, que entende a crítica ao sistema como manifestação de deslealdade. Assim, tendo conceituado o sistema jurídico repressivo e demonstrado suas principais características, adentraremos ao sistema jurídico do direito autônomo.

Devido ao caráter de incompetência do direito repressivo no que tange a garantia do que Nonet e Selznick chamam de “estabilidade fundada no consentimento”, surge no cenário da discussão o direito autônomo com a justificativa de que seria o meio próprio para sanar tal incapacidade. O direito autônomo converte a ordem legal em uma espécie de recurso para “domar a repressão”. Para os autores em comento o estado de direito nasce quando as instituições judiciárias adquirem autoridade e independência suficientes para impor limites ao exercício do poder governamental.

Em outras palavras: não é possível haver um estado de direito sem que haja um judiciário independente. Nonet e Selznick asseveram na referida obra que o Estado de Direito deve ser compreendido como um “sistema institucional singular”, algo muito diferente de um ideal abstrato.

Salientam ainda que há fortes limitações no modelo de direito autônomo no que concerne ao excesso de energia consumido na preservação da integridade

institucional em detrimento de outros objetivos e, aproveitam o gancho para apresentar as principais características do direito autônomo.

No direito autônomo, há uma separação definida entre política e direito, na qual o judiciário possui posição independente marcando linha divisória no que diz respeito as funções judiciárias e legislativas. Nesse sistema o modelo normativo é adotado pela ordem jurídica, tendo como foco as normas, que ajudam a responsabilização oficial, de maneira que, a criatividade das instituições judiciárias fica limitada, bem como o risco de o judiciário adentrar a discussão de questões políticas. Existe ainda no referido sistema, uma característica marcante que é: “O procedimento é o coração do direito”, o que pretende garantir a equidade e a regularidade como finalidade almejada”.

Por fim, o sistema autônomo defende a fidelidade à lei como regra inviolável. Em outras palavras, deve haver estrita obediência ao direito positivado, canalizando a crítica das leis ao processo político.

Melhor conceituando o presente modelo, segundo Nonet e Selznick a finalidade do Direito Autônomo é basicamente a legitimação e sua legitimidade está pautada em procedimentos equânimes, enquanto seu sistema normativo é elaborado, sujeitando governantes e ao mesmo tempo, governados (NONET; SELZNICK. 2010).

Quanto à racionalidade jurídica do sistema autônomo de direito, cabe ressaltar que possui forte aderência à autoridade legal, sendo bastante vulnerável ao formalismo e ao legalismo e sua capacidade de coerção é controlada por limites legais.

No direito Autônomo, a moralidade é institucional, está preocupada com a eticidade do processo legal e, acima de tudo, cuida-se de um direito independente da política, buscando assegurar a separação entre os poderes.

Nesse íterim, a expectativa de obediência em tal sistema é condicionada, poderá a desobediência ser justificada somente em casos amparados pela legalidade.

Por último, quanto às regras de participação no modelo autônomo, podemos afirmar que o acesso é limitado pelos procedimentos estabelecidos e leva muito em conta a emergência da crítica ao sistema jurídico.

A partir das explicações apresentadas neste tópico e no anterior, já é possível partirmos para a definição e apresentação das linhas gerais dos argumentos de Nonet e Selznick em prol do que seria o sistema jurídico responsivo.

Para definir o sistema jurídico responsivo, Nonet e Selznick buscam alicerce na teoria de Pound sobre os interesses sociais e reputam tal teoria como a “tentativa mais explícita de desenvolver um modelo de direito responsivo³”.

Nesse sentido, conceituam o direito responsivo da seguinte maneira: “A boa lei deveria oferecer mais que justiça formal, deveria ser tanto competente quanto equânime, ajudando a definir o interesse público e empenhando-se na concretização da justiça substantiva” (NONET; SELZNICK, p. 122).

Na obra basilar para a realização deste trabalho, Nonet e Selznick examinaram as principais características do direito responsivo e indicaram seus problemas e aspirações com base em argumentos sólidos. O primeiro deles cuida da dinâmica do desenvolvimento do direito que, segundo os autores, valoriza a argumentação jurídica.

Um segundo aspecto relevante do sistema responsivo trata propriamente de sua finalidade, que tensiona a autoridade do direito de tal forma que desencadeia em uma exigência de obediência mais atenuada, abrindo portas para uma interpretação da ordem pública menos rigorosa e mais voltada ao viés civil.

Nesse contexto, as causas de dimensão pública são privilegiadas por conta da flexibilização e da abertura que o direito adquire, o que permite correção e modificação de instituições legais, tendo como perigo a destruição de sua integridade. Melhor explicando, o Direito Responsivo tem por finalidade a capacidade de resolver problemas e legitimidade pautada na justiça substantiva.

Seu sistema normativo é subordinado a princípios e, ao que os autores em estudo chamam de “políticas institucionalizadas”. No sistema responsivo a racionalidade jurídica é orientada aos fins (aplicação da competência cognitiva) e sua discricionariedade é classificada como ampla, porém subordinada à justificação dos fins.

Nesse modelo, o estilo de coerção é exercido como busca de alternativas baseadas em incentivos pedagógicos, exemplo, ou sistema de obrigações autossustentadas.

³ Roscoe Pound, *Jurisprudence* (St. Paul, Minn: West Publishing, 1959), I, p. 350.

Cabe frisar que a moralidade nesse prisma é civil, uma espécie de “moral de cooperação” e também, há nesse sistema uma integração de aspirações legais e políticas, assim como combinação entre os poderes.

Quanto às expectativas de obediência, nota-se que é possível exercer a desobediência, que será avaliada em termos de danos efetivos, percebida como portadora de temas emergentes a serem legitimados.

Por último, a participação no sistema em comento, é de acesso ampliado pela integração dos grupos defensores de causas sociais na esfera da política com os grupos que atuam com o mesmo propósito na esfera judicial “social and legal advocacy” (NONET; SELZNICK. 2010).

A proposta de Montesquieu, considerada por Ingeborg Maus como “a tese correta” é baseada na regra de que “somente o poder pode impor barreiras ao poder”. Nesse sentido, a divisão dos poderes por aparelhos estatais distintos garante a atuação do Estado de forma mais equilibrada. Como exemplo, pode-se citar o direito de veto do Rei ou do presidente no processo legislativo, o aperfeiçoamento do direito por parte da representação popular e, por fim, o aperfeiçoamento do direito pelo poder judiciário.

Nesse ponto, identifica-se grande semelhança com o modelo ideal de direito responsivo proposto por Nonet e Selznick. A expansão sem precedentes do judiciário na vida dos brasileiros, sobretudo no que toca a esfera das políticas públicas como, por exemplo, a questão da saúde, ações afirmativas, entre outras de igual importância, ocasiona significativa presença do sistema responsivo em decisões do Supremo.

Isto posto, pretende-se adentrar à esfera da análise de algumas decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal na tentativa de extrair o perfil da Egrégia Corte e identificar os três sistemas jurídicos concernentes à obra de Nonet e Selznick no teor dos acórdãos e, para tanto, no primeiro momento, para iniciar a análise das influências do Supremo Tribunal Federal no que tange às suas decisões, faz-se necessário uma passagem sobre as possíveis influências extrajurídicas que cada um dos magistrados carrega consigo, a saber, traços da sua formação e vivência.

A doutrina identifica esses fatores, (não oriundos da esfera jurídica) como influências políticas, pessoais e sociais, como relevantes no momento da decisão

judicial, ocorre que, ainda não foram identificados estudos empíricos sobre o referido tema no direito pátrio (MAUS. 2010; VIEIRA, 2010). Este trabalho é um convite à pesquisa em uma próxima etapa que acontecerá ao longo das atividades do Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal Regional. UENF – UNIFLU - CNPQ

3. DESENVOLVIMENTO

O Brasil vive intensamente um momento crítico nas esferas política, jurídica e todas as outras que concernem ao funcionalismo da nação.

Sendo assim, o estudo dirigido aos aspectos influenciadores das decisões judiciais mostra-se cada vez mais relevante, tanto para o aprimoramento da distribuição de justiça (no presente caso, do Supremo Tribunal Federal), como também para a vida social e política do país.

Nesse sentido, o presente tema abarca a análise da formação dos magistrados da Egrégia Corte e as influências de cada um deles na hora de decidir temas de quilate constitucional; decisões de cunho político; que dizem respeito a questões econômicas; a própria atuação do Supremo como Corte de Cassação, entre outras, que por sua importância acabam trazendo consequências que repercutem na realidade nacional.

É nesse sentido que a tarefa de analisar a jurisprudência, ou para ser mais específico, focar na formação da convicção do magistrado, frisa-se que: não deve ser confundido o contexto da descoberta com o contexto de justificação, que com seu saber jurídico e suas influências doutrinárias e extrajurídicas irá proferir a decisão, se justifica como modo de aprimoramento da aplicação do direito. OBS: Peço ao professor eu desenvolva esse tópico com base no livro *As Razões do Direito* de Manuel Atienza.

Ainda na seara jurisprudencial, diante da carência permanente de interpretação legal e, logo, da necessidade de se “acolmatar lacunas” no ordenamento jurídico, bem como adequar situações diversas, porém com sintonia e clareza, pois a jurisprudência jamais deve promover contradições, deve primar pela sintonia e uniformização, a jurisprudência, além de guardar tais funções de alto

valor, possui em si fatores jurídicos e extrajurídicos que devem ser objeto de estudo para o aprimoramento da justiça.

Noutro giro, para Luís Roberto Barroso, existem diversos fatores extrajurídicos que podem influenciar decisões judiciais, como por exemplo, ideologia, interação com atores políticos e instituições, perspectiva do cumprimento da decisão, opinião pública e circunstâncias internas dos órgãos colegiados, entre outras (LARENZ, 1997; BARROSO, 2007).

No caminho para compreender a decisão do juiz, em outras palavras, quando cuida-se de analisar a influência no pensamento de um magistrado foca em sua decisão, isto é, no conteúdo e as consequências que a decisão irá gerar no mundo fenomênico, não pode-se olvidar que antes de ingressar na carreira da magistratura. Seja por meio de concurso público ou por indicação política nos moldes do ordenamento jurídico pátrio, o magistrado foi acadêmico de direito e também carrega consigo, além de conhecimentos doutrinários e filosóficos, uma gama de conhecimentos extrajurídicos como, por exemplo: sua influência religiosa e os costumes da família e do local onde cresceu.

Segundo alguns autores, tais como Borges, o juiz jamais poderia se desligar de sua formação, dos livros e de grandes nomes da doutrina que marcaram sua trajetória, sendo por fim, influenciado por esses aspectos, sobretudo, no que toca o momento de tomada de decisão (BORGES, 2018).

Ainda na seara da doutrina, compreendida como sendo a última das fontes pela teoria das fontes, fonte indireta, de maneira que ela não deve ser adotada pelos órgãos jurisdicionais de forma cogente. Ocorre que, mesmo diante desse detalhe, a doutrina influencia tanto o pensamento dos legisladores, como também o mundo do julgador na formação de suas convicções, e adentra tecnicamente ao ordenamento, primeiramente por meio da jurisprudência, para posteriormente se consolidar se for o caso.

Por outro lado, em uma concepção silogística, a doutrina somente poderia adentrar ao ordenamento jurídico em virtude da criação de leis e servir também para acolmatar lacunas de forma suplementar em alguns casos.

Nesse prisma, essa tese, mesmo que bem aceita por parte dos estudiosos, revela-se complexa, uma vez que a lei, sobretudo na codificação, deveria contemplar todos os casos (SICHES, 1963; BOBBIO, 1995).

A partir da década de sessenta, a decisão passou a ser interpretada e explicada de forma retórica, como por exemplo, a busca da compreensão do direito a partir de problemas *topoi* ou *loci*.

Theodor Viehweg explicou que na tópica, usam – se esses lugares, que resumem em si os argumentos mais gerais que não podem nem sequer ser previstos. A doutrina, por sua vez, realiza seus estudos por tópicos.

Na sequência, a razoabilidade deve ser reconhecida como principal critério de escolha doutrinária, evitando erros na escolha de doutrinas famosas, porém menos eficientes na resolução de casos concretos.

Há também o que Alexy, na teoria da argumentação jurídica, denomina de “amarras”, com o escopo de serem estabelecidas regras a serem seguidas para a obtenção de uma teoria da argumentação jurídica racional. Para o autor em comento, dentre vários elementos da argumentação jurídica, o direito como ciência apresenta-se como possibilidade livre para a discussão. (VIEHWEG, 1974; PERELMAN, 1970; ALEXY, 2005).

Para Ost.(1933), não há como ser prolatada uma sentença sem que haja influência imprescindível da doutrina, pois, segundo o autor, a figura do juiz não pode ser comparada ao “juiz Hercules” de Dworkin, capaz de atingir uma “única decisão correta”.

Diante dessas considerações, cabem algumas questões sobre o tema como, por exemplo, quais seriam as possibilidades de influência no Supremo e quem poderia influenciá-lo?

Com base em quais premissas um doutrinador, nacional ou estrangeiro poderia influenciar o voto de um ministro da mais alta corte do nosso país? Poderia a opinião pública (maioria) em nossa democracia influenciar a decisão do Tribunal Constitucional?

Entre outras perguntas pertinentes, é interessante lembrar que o Supremo Tribunal Federal deve primar por julgamentos guiados pelos preceitos constitucionais, visando preservar direitos fundamentais, mesmo que decida contra a opinião da maioria dos cidadãos e dos seus representantes no parlamento, mesmo no caso de uma lei de iniciativa popular (que seja aprovada por unanimidade pelas casas do Congresso Nacional e sancionada sem qualquer veto pela Presidência da

República), ferir de morte qualquer direito fundamental, deverá o supremo declarar sua inconstitucionalidade.

Para tanto, é de clareza solar que o tema não é tão simples como pode parecer, uma vez que valores fortemente impregnados na sociedade não podem ser olvidados pelo Supremo Tribunal Federal.

Na mesma toada, acrescenta-se o fato de que a sociedade possui valores considerados como preponderantes, mas que assujeitam-se com o passar do tempo a prováveis mutações por conta das aspirações constitucionais, principalmente no que diz respeito ao “labor jurisprudencial”.

A mais nova jurisprudência do supremo Tribunal Federal tem demonstrado que seu exercício ultrapassa a questão de “mutação constitucional”, revelando-se verdadeira prática de “ativismo judicial”. Para a melhor doutrina, o Supremo Tribunal Federal não deve inclinar-se à “voz do povo” como se ela fosse a “voz de Deus”, mas nem por isso deve estar completamente distante dos anseios da comunidade, tem como principal função ao apreciar os casos concretos, decidir com atenção à ponderação em prol do melhor desfecho e levando-se em conta que deve compreender a consternação popular.

Também não é difícil constatar que a cada dia o Supremo Tribunal Federal se compromete mais com as questões meta-jurídicas, tais como: economia, política, entre outras não menos importantes, mas esse fato não gera somente satisfação da sociedade, pelo contrário, acaba por aguçar as críticas e a censura. Nesse sentido cabe alusão a parábola sobre diversos comentadores atentos, cada um deles a diferentes aspectos do direito, tendo cada um uma percepção distinta sobre funções sociais da ciência jurídica (OST, 1993; GARCIA, 2012; SELZNICK; NONET, 2010).

Da mesma forma que o Supremo não está isolado do mundo, há também a velha parêmia de que ele não está sozinho no “mundo *jurídico*”, cabendo a ele proferir a última palavra no que atinge a interpretação e aplicação da norma jurídica, sobretudo, constitucional, todavia, quando o supremo se manifesta, gera a crítica doutrinária, reafirmar acertos e apontar erros interpretativos, no intuito de que o próprio Supremo os corrija.

Essa função, segundo alguns, “não é apenas da doutrina, mas de toda a comunidade – nos remete àquilo que alguns chamam de sentimento constitucional”.

A doutrina, nesse prisma, deve ser destacada no que toca à Bíblia Política, uma vez que o que é produto da doutrina oriunda do direito alienígena não pode ser recepcionado pelo direito pátrio como “fonte do Direito Constitucional”, ou mesmo, como se a Carta Magna não pudesse ser interpretada sem que houvesse uma leitura do pensamento de determinado autor estrangeiro (quase nunca conhecido pelos intérpretes constitucionais, ou mesmo pelo fato de não terem construído seu pensamento com base em reflexões pautadas nos problemas jurídicos e sociais, e quiçá, conhece o texto constitucional).

Assim, é de bom alvitre voltar os olhos às obras dos autores nacionais, que partem de meditações a respeito da Constituição e da sociedade, bem como realizar observação sistêmica da Teoria e filosofia do Direito brasileiro e no quanto a teoria posta no livro de Nonet e Selznick pode ser encontrada nas decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo que ao longo dos anos, em períodos históricos espaçados, os estados Unidos e o Brasil vivem realidades de muito próximas.

Utilizar-se-á sempre como ponto de partida a tentativa de classificação de decisões emblemáticas do Supremo nos moldes da teoria dos sistemas, três perspectivas de Direito e Política apontadas na obra de Nonet e Selznick, quais sejam: Repressivo, Autônomo e Responsivo. (GARCIA. 2012; WEBBER; ROCHA. 2018).

A fortiori, uma vez que a sociedade atual incorporou os conflitos entre o os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo certo que em determinados momentos algumas esferas avançam sobre as outras, tais celeumas acabam por traçar novas discussões sobre as delimitações dos referidos poderes oriundos da inspiração montesquieuana (separação dos Três Poderes), confronta a teoria “le pouvoir arrête le pouvoir” (o poder limita o poder) com a apresentação de fenômenos como a expansão do Poder Judiciário na cena política (judicialização da política) ou até mesmo com a emergência de um “direito legislativo”, como ocorre nos dias atuais em nosso país.

Desse modo, é lícito afirmar que, mesmo o uso mais claro da linguagem legislativa revela-se capaz de apresentar lacunas que devem ser colmatadas pelo julgador quando provocado. É nessa toada que o Poder Judiciário faz-se presente de certa forma que acaba por interferir na formulação política, tendo o juiz uma postura de *policy-marker* (formulador de políticas), sobretudo quando o Judiciário se

posiciona em relação a constitucionalidade ou não de uma lei, ou até mesmo frente a algumas demandas sociais, na maioria das vezes aforadas em prol de minorias diante de decisões que favorecem posições majoritárias.

Nesses casos, o Judiciário assume um papel relevante e emerge como “ator chave” na arena, deixando o Poder Legislativo de ser palco de resolução de conflitos. Daí surge a discussão da judicialização da vida política manifestada pelo uso dos tribunais e Cortes constitucionais como ferramenta de oposição às iniciativas do governo.

Tal mecanismo atinge a classe política, transferindo a responsabilidade para as Cortes do Judiciário.

Em outro prisma, a judicialização da política avança no que toca a intervenção das Cortes Judiciais em matéria eleitoral, remodelando regras sobre financiamento de campanhas, prazos, leis éticas que regulam a conduta dos políticos, entre outras intervenções do judiciário nos campos dos pleitos legislativos e executivos (FLORENCIO. 2007; CAPPELLETTI. 1993; BADINTER; BREYER, 2004).

A discussão retoma o modelo de Direito Responsivo, que em sua integridade parece apontar certa “relação da discricionariedade” com o passado e com o futuro, sendo este baseado na abertura para a mudança e aquele pautado na tradição. Nesse ínterim, os magistrados encaram sempre um dilema, aplicar a lei original “emendá-la às ocultas para atualizá-la”.

Em outras palavras, o juiz deve escolher entre a mão morta, mas legítima do passado e o encanto claramente ilícito do progresso. É nesse ponto que muitos pensadores do direito exprimiram seus modelos ideais em prol da aplicação de um direito aprimorado, ou melhor dizendo, de uma distribuição de justiça mais lapidada.

Segundo Sanches (2017) para Reale, por exemplo, o direito é algo revelador da própria experiência humana, baseada em razões que ele chamava de *concretas*. Ele compreende o direito como tradução cultural de um processo construído pela história, expressando um divórcio contra o formalismo, principalmente após o término da Segunda Grande Guerra.

Já Gofredo Telles Junior se pronunciou em seus escritos no sentido de que as leis seriam criações da inteligência com o objetivo de apresentar diretrizes para o comportamento humano para uma melhor convivência em sociedade.

Para ele, a lei só seria legítima é fosse oriunda de uma fonte legítima, ou seja, do povo. Sua visão era no sentido de que após a conquista do Estado Democrático de Direito, haveria a pressuposição de que existiriam profissionais de escol, não simples operadores do Direito, (como muitos em 2020, insistem em dizer), meros repetidores de conceitos.

Os profissionais do Direito (Lidadores do Direito) deveriam ser verdadeiros humanistas, regidos pelo comprometimento perene às ideias de justiça, críticos da sistemática normativa e com baluarte na Ética (DWORKIN, 2003; SANCHES. 2017).

Com a influência de grandes nomes da doutrina mundial no perfil do Supremo Tribunal Federal, não poder-se-ia deixar de mencionar o jurista germânico, Peter Häberle, que por conta de sua notável influência revela sólidas fundamentações para o desenvolvimento do Estado Constitucional do presente.

O referido autor apresentou forte interesse na América Latina, quando mencionou em seus escritos a possibilidade de constituição de um “Direito Constitucional Latino Americano Comum”, que segundo ele, poderia ser identificado por “elementos culturais” das constituições vigentes em todo o continente.

Sua obra foi traduzida para o português sob o nome “*Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição — contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*”, e foi bem recebida no âmbito acadêmico e, sobretudo, pelo Supremo Tribunal Federal.

Prova dessa evidente influência no âmbito nacional é a Lei 9.868/99, que institucionalizou a figura do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira levando-se em conta o entendimento do referido jurista em prol de uma interpretação aberta da Constituição.

A inestimável contribuição e influência de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo, aparece em decisões cujos temas são caros à nossa pátria, tais como: *Amicus curiae* e audiências públicas; Pensamento de possibilidades; Tempo e Constituição: a mutação constitucional e Estado constitucional cooperativo, que serão desenvolvidos com mais profundidade ao longo da pesquisa (HÄBERLE. 2004; MENDES; VALE. 2009).

Ao Corroborar com a tese de Häberle, há autores, dentre eles, Sanches, que sustentam ser o princípio do quinto constitucional (e nesse ponto pretende-se

desenvolver discussão profícua ao longo da pesquisa em sentido contrário à regra vigente para composição do Supremo Tribunal Federal).

Isto é uma notória homenagem ao valor apontado pelo jurista tedesco com o escopo de permitir uma composição diversificada da mais alta Corte do país.

Na mesma linha, o Supremo já se deparou com questões de grande monta como, por exemplo, quando no julgamento do RE 80.004, julgado em 01/06/1977, como demonstrado a seguir:

[...] os ministros integrantes do tribunal discutiram amplamente o tema das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. O relator, ministro Xavier de Albuquerque, calcado na jurisprudência anterior, votou no sentido do primado dos tratados e convenções internacionais em relação à legislação infraconstitucional. A maioria, porém, após voto-vista do ministro Cunha Peixoto, entendeu que ato normativo internacional — no caso, a Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias — poderia ser modificado por lei nacional posterior, ficando consignado que os conflitos entre duas disposições normativas, uma de direito interno e outra de direito internacional, devem ser resolvidos pela mesma regra geral destinada a solucionar antinomias normativas num mesmo grau hierárquico: *lex posterior derogat legi priori*. Ao término dessas análises, pode-se constatar a forte presença do pensamento de Peter Häberle na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. (MENDES; VALE. 2009).

Nesse contexto a utilização da doutrina alienígena, bem como de citações de precedentes de tribunais estrangeiros pelo supremo, cuida de um dos temas mais caros ao nosso direito, principalmente no âmbito constitucional, uma vez que a Egrégia Corte tem utilizado o direito comparado como balizamento de suas decisões, mesmo que essa prática não se configure como definidora da sua jurisprudência, pois não há regra no regimento da corte ou mesmo na legislação pátria que verse sobre essas atividades do Supremo.

Há quem defenda ser essa atividade do Tribunal constitucional proveitosa à nação brasileira, como faz o Ministro Gilmar Mendes, ao afirmar que o resultado dessa prática se traduz em “decisões extremamente bem fundamentadas, com o conseqüente aperfeiçoamento da jurisprudência do tribunal”.

Todavia, o que se busca no presente trabalho, é compreender se de fato essa influência tanto da doutrina como dos precedentes estrangeiros é benéfica ou não para a distribuição da justiça no Brasil (SLAUGHTER. 2003; MENDES; VALE. 2009).

O próprio Häberle considera como inegável o fato do direito Comparado exercer atualmente forte influência na formação da jurisprudência das cortes constitucionais e, na correnteza, o Supremo se mantém aberto à essa prática, de maneira que cada vez mais se intensifica o crescimento de “processos de intercâmbio” entre tribunais constitucionais de vários países.

Entende-se que o núcleo do pensamento de Häberle tem sido parte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e isso, segundo alguns autores, configura uma tendência ao intercâmbio de conhecimentos entre os órgãos de jurisdição constitucional para a construção de um direito constitucional comum na região, a saber, um “direito constitucional comum latino-americano”. (HÄBERLE. 1994; VALE. 2009; MENDES; VALE. 2009).

Pode-se dizer que, para alguns estudiosos, Häberle é tido como um jurista que contribui inestimavelmente com a evolução do Direito Constitucional, principalmente quando se trata da aderência de doutrinadores brasileiros à teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, segundo a qual a interpretação da Constituição deve abarcar todos os cidadãos e grupos sociais, ultrapassando o limite de competência somente das autoridades públicas.

Com o mesmo espírito, os defensores dessa corrente afirmam que a doutrina de nos quadro em foco, está fortemente presente no mundo acadêmico, nas produções bibliográficas, nas aulas de professores das universidades, na própria jurisprudência (foco deste trabalho), bem como na produção legislativa. (MENDES. S/D; HÄBERLE. 1997).

O tema, “interpretação da constituição”, assim como as técnicas e doutrinas que influenciam tal atividade devem ser objeto de estudo na seara da Teoria e Filosofia do Direito, uma vez que acabam por refletir no mundo fenomênico como consequências sérias à Sociedade.

Assim, a comunicação entre o fato e a norma⁴, no entendimento de alguns especialistas, é condição para a própria atividade hermenêutica-constitucional, integrando conhecimento de elementos fáticos e jurídicos.

Complementa-se que, a Carta Magna não pode ser compreendida como uma norma fechada, mas como algo que se desenvolve de maneira elástica de acordo com os anseios da sociedade como, por exemplo, representam as experiências e

⁴ Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt.

conquistas de uma determinada minoria ou mesmo a ambição de se atingir uma utopia.

Tal interpretação constitucional não deve ser pautada em uma regra do “um ou outro”⁵, mas sim visando uma abertura para alternativas e possibilidades. (MARENHOLZ, 1990; MENDES. 2008;2009).

Dito isso, retornando às questões afeitas a influência estrangeira na formação do perfil do Supremo Tribunal Federal, há autores que afirmam ser o Direito uma unidade e, portanto, defendem que tanto o Direito estrangeiro como o pátrio devem ser interpretados em conjunto da melhor forma possível para atender a solução dos casos concretos.

Esse grupo de autores advoga que não há fontes do direito privilegiadas em detrimento de outras e que a realidade deve ser considerada como ponto de partida para a criação do direito. Nesse molde, o direito consuetudinário, a lei, a jurisprudência, os ordenamentos jurídicos interno e alienígena, bem como a doutrina entre outras fontes, possuem o escopo de contribuir de forma peculiar para a aplicação do direito. (FIGUEIREDO, 2015).

Quando adentra-se na seara que investiga a aplicação do direito internacional e do Direito Alienígena no ordenamento pátrio, temos que levar em conta que os denominados Sistemas Internacionais e Sistemas Internos, para alguns teóricos, não são constituídos de partes separadas, mas sim uma unidade. É que para esses acadêmicos, os chamados processos de “universalização” e de “globalização” do Direito, principalmente no que toca a esfera do Direito Constitucional, terminaram por realizar uma criação de um “Sistema Político Integrado a Vários Níveis”, e este, obedece a uma sistemática jurídica singular além da rede tradicional dos Estados. Ocorre que, mesmo com essa amplitude admitida por parte dos pensadores do Direito, cada magistrado deve se ater a lei em primeiro lugar, não pode ser indiferente a ela sob pena de violar o Estado de Direito em diversos aspectos.

Do mesmo modo, o legislador não pode ignorar as regras jurídicas e até mesmo os julgamentos reiterados dos tribunais que se tornam corpo da jurisprudência (uniformizando a aplicação do Direito ou a distribuição da justiça). Verifica-se que, a doutrina, os grandes pensadores do direito devem conhecer bem

⁵ Entweder-oder.

as leis, até mesmo para o exercício de criticá-las, contribuindo assim para sua evolução em prol da sociedade (QUEIROZ. 2009; FIGUEIREDO. 2015).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista disso tudo cabe formular as seguintes indagações: A teoria do direito, mais especificamente, a doutrina, possui o poder de influenciar o entendimento dos ministros do Supremo Tribunal Federal? Como se dá o processo de formação da convicção íntima dos magistrados da Suprema Corte no que toca à influência da doutrina na formação dos magistrados? Qual seria o perfil atual do Supremo?

Afirma-se retoricamente que as doutrinas prediletas dos magistrados são utilizadas nas fundamentações de suas decisões judiciais, o que ocasiona um perfil em cada julgador. O Supremo Tribunal Federal, enquanto colegiado possui um perfil que se configura por meio da atuação de seus membros. Daí ser relevante a tentativa de se extrair um retrato atual do perfil do Supremo.

Nessa perspectiva, faz-se necessário: a) analisar as decisões escolhidas do Supremo Tribunal Federal com a finalidade, a primeira vista, de identificar os modelos ideais de Nonet e Selznick presentes em tais decisões direito repressivo, autônomo e responsivo;

b) identificar os doutrinadores mais citados nas fundamentações das decisões escolhidas com o intuito de compreender qual o nível de influência que tais autores exercem na formação na *opinio juris* dos ministros do STF.

c) analisar os modelos jurídicos das decisões escolhidas identificando-os como um dos modelos apresentados por Nonet e Selznick na obra *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*;

d) identificar os autores que mais influenciam os votos dos ministros no intuito de extrair uma média dessas influências e outras características como nacionalidade dos autores, modelo jurídico adotado pelo país de origem da doutrina, entre outras e, por fim,

e) compreender os limites e impactos destes julgados e qual relação que pode ser atribuída entre os resultados no mundo fenomênico e as doutrinas utilizadas na fundamentação dos votos.

Na realização desta pesquisa, utilizar-se-á dos mecanismos de busca de informação, disponíveis no próprio *site* do Supremo Tribunal Federal e de outros sítios oficiais que contenham informações sobre o perfil do Tribunal Constitucional e similares, a fim de obter um material de pesquisa capaz de identificar as principais influências doutrinárias nas decisões proferidas pelos ministros. Em seguida, será elaborada uma pesquisa sobre as doutrinas mais utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal e, logo, as mais influentes na distribuição de justiça, bem como sobre os requisitos utilizados para a seleção e utilização dessas doutrinas, com vistas a identificar como se estabelecer um contínuo processo de desenvolvimento e melhoramento do produto final, a saber, das decisões do Supremo.

Espera-se com essa metodologia conseguir estabelecer o perfil atual do Supremo Tribunal Federal, bem como estabelecer eventuais parâmetros e análises críticas para o aprimoramento da jurisprudência. Cabe ressaltar que, como apresentado no bojo da justificativa do presente projeto, a pesquisa proposta cuida de tema relevante para o melhoramento da aplicação do direito em nosso país, já tendo alguns trabalhos sido pautados em metodologia semelhante e obter resultados coerentes com os objetivos formulados, razão pela qual a proposta se sustenta como válida e aceitável.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 257-263.

BADINTER, R.; BREYER, S. (2004). *Judges in Contemporary Democracy*. New York/London: New York University Press.

BARROSO, Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, *Boletim de Direito Administrativo*, a. XXIII, n. 1, São Paulo: Editora NDJ, jan-2007, p. 30-45).

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 11. ed. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 65.

BRASIL. *Constituição da República federtiva do Brasil*. -SãoPaulo : Atlas. 2018

CAPPELLETTI, M. (1993). Juízes Legisladores? Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

CASTRO, Maria. A influência estrangeira na construção da jurisdição constitucional brasileira. 2008. Disponível em http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=406710. Acesso em: 01 jul. 2018.

CORREIA, Alexandre & SCIASCIA, Gaetano. Manual de Direito Romano de Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, Volume I, Ed. Saraiva, São Paulo, 1949.

DAL, Lucilene; CAMPOS, Marcos. Publicidade dos atos públicos como garantia do Estado Democrático: a influência de Norberto Bobbio nas decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 15, n. 2, jul./dez. 2015, p. 447-469 DOI: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2015v15n2p447-469> .

DWORKIN, R. *O Império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. *A influência da doutrina nas cortes constitucionais*. Revista DIREITO UFMS, Campo Grande, MS - Edição Especial - p. 131 - 144 - jan./jun. 2015. Disponível em <http://seer.ufms.br/index.php/revdir/article/view/1236/787>. Acesso em: 01 jul. 2018.

FLORENCIO, Thais. *A judicialização da política ou o rearranjo da democracia liberal*. Ponto e Vírgula, 2: 142-159, 2007. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/download/14305/10454> . Acesso em: 1 jul. 2018.

FREIRE, Carlos Coelho de Miranda. *Influência da doutrina jurídica nas decisões judiciais*. João Pessoa, 1977, p.105.

FREIRE, Andre Borges Coelho de Miranda. *A influência da doutrina na decisão do juiz: Uma visão pela Argumentação Jurídica*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 05 jan. 2018. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590207&seo=1> . Acesso em: 02 jul. 2018.

GARCIA, José. A voz das ruas. O Supremo Tribunal Federal deve ouvir a sociedade? *Revista Consultor Jurídico*, 22 de fevereiro de 2012, 12h46. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-fev-22/supremo-tribunal-federal-ouvir-sociedade>. Acesso em: 01 jul. 2018.

HÄBERLE, Peter. El concepto de los derechos fundamentales. In: *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado - B.O.E; 1994, p. 109.

_____. Mexico y los contornos de un derecho constitucional común americano: un ius commune americanum. In: HABERLE, Peter; KOTZUR, Markus. De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo -

latinoamericano, Trad. Héctor FixFierro. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken, in: *Die Verfassung des Pluralismus, Königstein/TS*, 1980, p. 9.

HÄBERLE, Peter. Zeit und Verfassung. in: DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, Friedrich. *Probleme der Verfassungsinterpretation*. Nomos, Baden-Baden, 1976, p.312-313.

LARENZ. Karl. *Metodologia da ciência jurídica*. Tradução de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 326.

MARENHOLZ, Ernst Gottfried, Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht, in: *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53 (54).

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2010.

MENDES, Gilmar; RUFINO, André. *A influência do pensamento de Peter Häberle no STF*. Revista **Consultor Jurídico**, 10 de abril de 2009, 9h07. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 01 jul. 2018.

MENDES, Gilmar. *Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil*. S/D. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anelxo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf . Acesso em: 01 jul. 2018.

MENDES, Gilmar. *O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 2. 2008-2009.

NONET, Philippe. SELZNICK, Philip. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

OST, François. *Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez*. Revista Doxa, Alicante, n. 14, 1993, p. 170-172.

PERELMAN, Chaim & OLBRECHTS – TYTECA. *Traité de L’ Argumentation*. Bruxelas: Edições do Instituto de Sociologia da Universidade Livre de Bruxelas, 1970, p. 119 -124.

QUEIROZ, Cristina. Direito Constitucional. Coimbra Editora, Editora RT, São Paulo, 2009.

RECASENS SICHES, Luis. *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*. Vol. I. México: Editorial Porrúa, 1963, p.172.

SANCHES, Alexandre. *Manual de Filosofia do Direito*. Editora JusPodium. 2017.

SANDEL. M. J. *Justice: what's the right thing to do?* Farrar, Straus and Giroux. New York. 2009.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. In: HeinOnline -- 29 U. Rich. L. Rev. 138 1994-1995. Idem. Judicial globalization. In: HeinOnline -- 40 Va. J. Int'l L. 1103 1999-2000. Idem. A global community of Courts. In: HeinOnline -- 44 Harv. Int'l L.J. 191 2003.

VALE, André Rufino do. *Intercâmbio e cooperação internacional entre órgãos de Jurisdição Constitucional*. Observatório da Jurisdição Constitucional Ano 2008/2009 – IDP – ISSN 1982-4564, www.idp.edu.br.

VIEHWEG, Theodor. *Topik und Jurisprudenz*. Munique: C.H.Beck, 1974, p. 32 -35.

VIEIRA, Ricardo. *As influências extrajurídicas sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal*. 2010. Disponível em: <http://www.diritto.it/as-influencias-extrajuridicas-sobre-as-decisoes-do-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em: 01 jul. 2018.

WEBBER, SUELEN; ROCHA, LEONEL. *Direito e Sociedade em transição: respostas sociológicas para decisões judiciais autopoieticas*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=914101ec47c52b48> . Acesso em 01 jul. 2018.